

HISTOIRE  
DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

DE

LA FRANCE

PAR

E. GLASSON

Membre de l'Institut,  
Professeur à la Faculté de droit de Paris,  
Professeur honoraire à l'École libre des sciences politiques.

TOME SEPTIÈME

LA FÉODALITÉ (fn).

Le Droit civil.

PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, Successeur, Imprimeur-Éditeur,

Libraire du Conseil d'État

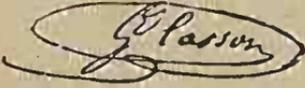
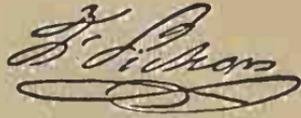
24, rue Soufflot, 24.

1896

HISTOIRE  
DU DROIT ET DES INSTITUTIONS  
DE LA FRANCE

VII

Chaque exemplaire doit être revêtu de la signature de  
l'auteur et de celle de l'éditeur.

A handwritten signature in cursive script, enclosed within a hand-drawn oval border. The signature appears to read "G. Larsson".A handwritten signature in cursive script, enclosed within a hand-drawn oval border. The signature appears to read "J. Larsson".

no 1603

26 3607

Paris. 1870.

# HISTOIRE DU DROIT ET DES INSTITUTIONS

DE

## LA FRANCE

PAR

### E. GLASSON

Membre de l'Institut,  
Professeur à la Faculté de droit de Paris,  
Professeur honoraire à l'École libre des sciences politiques.

---

TOME SEPTIÈME

LA FÉODALITÉ (fin).  
Le Droit civil.



3162.

---

## PARIS

LIBRAIRIE COTILLON

F. PICHON, SUCCESSEUR, IMPRIMEUR-ÉDITEUR,

LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT.

24, rue Soufflot, 24.

—  
1896

9/10  
BIBLIOTECA CENTRALA UNIV. ENSTIARA  
BUCURESTI  
1870  
DATA .....

PC 210/03

1981

L

B.C.U. Bucuresti  
  
C3162

BIBLIOGRAPHIE DES MATIÈRES DU SEPTIÈME VOLUME.

QUATRIÈME PARTIE. — LE MOYEN AGE (*fin*).

XIII. — CONDITION DES PERSONNES (1).

- Allard. *Esclaves, serfs et mainmortables*, Paris, Librairie de la Société bibliographique, 1884, 1 vol. in-12.
- Amiable. *Essai historique et critique sur l'âge de la majorité*, Paris, 1861, 1 vol. in-8.
- Arbois (d') de Jubainville. *Document inédit relatif à l'histoire de la tutelle testamentaire*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, t. I, p. 293.
- Arbois (d') de Jubainville. *Recherches sur la minorité et ses effets dans le droit féodal français*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 3<sup>e</sup> série, t. II, p. 413; t. III, p. 136 et 533.
- Arbois (d') de Jubainville (Paul). *Recherches sur la condition de la classe agricole dans l'ancien diocèse de Troyes au moyen âge* (thèse de l'École des Chartes, année 1893).
- Backer. *Le droit de la femme dans l'antiquité, son devoir au moyen âge, d'après les manuscrits de la Bibliothèque nationale*, Paris, 1880, 1 vol. in-12.
- Bardinet. *Condition civile des juifs du Comtat Venaissin pendant le séjour des papes à Avignon*, dans la *Revue historique*, t. XII et XIV.
- Barthélemy (de). *Recherches sur la noblesse maternelle*, Paris, 1861, 1 br. in-8 (Extrait de la *Bibliothèque de l'École des Chartes*).
- Beaune. *La condition des personnes*, Paris, 1882, 1 vol. in-8.
- Beautemps-Beauprè. *Du droit des propriétaires de fiefs d'ajouter le nom du fief à leur nom patronymique*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 381.
- Bédarride. *Les juifs en France, en Italie et en Espagne*. Recherches sur leur état, depuis leur dispersion jusqu'à nos jours, sous le rapport de la législation, de la littérature et du commerce, Paris, 1860, 1 vol. in-8.

(1) Parmi les ouvrages relevés sous cette rubrique, il en est qui ont un caractère plus général et s'occupent de l'ensemble du droit civil; aussi s'abstiendra-t-on le plus souvent de les citer de nouveau dans les paragraphes suivants.

- Beugnot (Arthur). *Les juifs d'Occident, ou Recherches sur l'état civil, le commerce et la littérature des juifs en France, en Espagne et en Italie, pendant la durée du moyen âge*, Paris, 1824, 1 vol. in-8. Voir un article de Daunou, dans le *Journal des Savants*, année 1824, p. 341.
- Bianchi (Giulio). *La proprietà fondiaria e le classi rurali nel medio ero e nell' età moderna. Studio economico-sociale*, Pise, 1 br. in-16.
- Bonvalot. *Le Tiers-État d'après la Charte de Beaumont et ses filiales*, Paris, 1884, 1 vol. in-8.
- Boucomont (Ant.). *Des mainmortes personnelle et réelle en Nivernais*, Paris, 1 vol. in-8.
- Brussel. *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, Paris, 1750, 2 vol. in-4.
- Brutails. *Étude sur la condition des populations rurales du Roussillon au moyen âge*, Paris, 1891, 1 vol. in-8.
- Brutails. *Étude sur l'esclavage en Roussillon au XIII<sup>e</sup> et au XVII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1886, t. X, p. 388.
- Buche. *Essai sur l'ancienne coutume de Paris aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1882, t. VIII, p. 46, 321, 635.
- Buvignier. *Les maladreries de la cité de Verdun*, Metz, 1862, 1 vol. in-8.
- Delisle (Léopold). *Études sur la condition de la classe agricole et de l'agriculture en Normandie au moyen âge*, Évreux, 1851, 1 vol. in 8. — Voir des articles de Biot, dans le *Journal des Savants*, année 1851, p. 486, 581, 627.
- Demante (Gabriel). *Observations sur les actes d'affranchissement du cartulaire de Notre-Dame de Paris*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 4<sup>e</sup> série, t. I, p. 36.
- Demante (Gabriel). *Étude historique sur les gens de condition mainmorteable en France au XVIII<sup>e</sup> siècle*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1894, p. 126.
- Depping (G.-B.). *Les juifs dans le moyen âge, Essai historique sur leur état civil, commercial et littéraire*, Paris, 1834, 1 vol. in-8. Voir un article de Daunou, dans le *Journal des Savants*, année 1835, p. 321.
- Desplanque. *Les infâmes dans l'ancien droit roussillonnais*, Perpignan, 1893, 1 br. in-8.
- Dupuy. *Mémoire sur les causes de l'abolition de la servitude en France et sur l'origine du gouvernement municipal*, dans les

- Mémoires de l'ancienne Académie des inscriptions*, t. XXXVIII, p. 196.
- Erréra. *Les Warechaix, Étude de droit foncier ancien*, Bruxelles, 1894, 1 br. in-8 (Extrait des *Annales de la Société d'archéologie de Bruxelles*, t. VIII).
- Fassin. *Une page de l'histoire des juifs de Provence*, dans la *Revue sextienne*, t. XXI, 1889-1890.
- Favier. *Échange de deux femmes, contracté entre Robert de Joinville et l'abbé de Saint-Mihiel en 1265*, dans le *Bulletin historique et philologique du Comité des travaux historiques*, année 1893, p. 276.
- Finot. *La Jacquerie et l'affranchissement des paysans de la terre de Focogne en 1412*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1883, t. VII, p. 292.
- Flach. *Les origines de l'ancienne France*, Paris, 1886 et 1893, 2 vol. in-8.
- Funck-Brentano. *Philippe le Bel et la noblesse franc-comtoise*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1888, t. XLIX, p. 5 et 238.
- Gautier. *La Chevalerie*, Paris, 1884, 1 vol. in-4.
- Gerson (A.). *Essai sur les juifs de la Bourgogne au moyen âge et principalement aux XII<sup>e</sup>, XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles*, Dijon, 1893, 1 br. in-8.
- Graetz. *Histoire des juifs*, traduit de l'allemand par Moïse Bloch, Paris, 1893, 4 vol. in-8.
- Grandmaison (Louis de). *Note sur le cimetière des juifs à Tours*, Paris, 1 br. in-8 (Extrait de la *Revue des Études juives*).
- Gui (Bernard). *Les juifs et l'Inquisition dans la France méridionale : extraits de la Practica de Bernard Gui*, par Israël Lévi, Paris, 1 br. in-12.
- Guilhiermoz. *Un nouveau texte relatif à la noblesse maternelle de Champagne*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. I, p. 509.
- Guillouard. *Recherches sur les colliberts*, Caen, 1 broch. in-12.
- Guillouard. *Étude sur la condition des lépreux au moyen âge*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, t. VI, p. 246.
- Hanauer. *Les constitutions des campagnes de l'Alsace au moyen âge*, recueil de documents inédits, Paris, 1865, 1 vol. in-8.
- Hanauer. *Les paysans de l'Alsace au moyen âge*, Paris, 1865, 1 vol. in-8.
- Henry (Léon). *Histoire des juifs de Bayonne*, Paris, 1893, 1 vol. in-4.

- Heusler. *De la lèpre d'Occident au moyen âge* (en allemand), Hambourg, 1790, 1 vol. in-8.
- Jourdain. *Mémoire sur l'éducation des femmes au moyen âge*, dans le recueil des *Mémoires de l'Académie des inscriptions*, t. XXVIII, 1<sup>re</sup> partie, p. 79.
- Kahn (S.). *Documents inédits sur les juifs de Montpellier au moyen âge*, dans la *Revue des Études juives*, année 1891.
- Klimrath. *Études sur les Coutumes*, Paris, 1837, 1 vol. in-8.
- Kühns. *Über Ursprung and Wesen des Feudalismus*, dans le Recueil de Virchow et d'Holtzendorff.
- Kurch. *La lèpre en Occident avant les Croisades*, dans les *Comptes rendus du Congrès scientifique international des catholiques*, année 1891, *Sciences historiques*, p. 125.
- Lagrèze. *Histoire du droit dans les Pyrénées (comté de Bigorre)*.
- Lamprecht. *Beiträge zur Geschichte des französischen Wirthschaftslebens im elften Jahrhundert*, Leipsig, 1878, 1 vol. in-8.
- Langer. *Sklaverei in Europa während der letzteren Sahrhunderte des Mittelalters*, Leipsig, 1891, 1 vol. in-8.
- Lazard (Lucien). *Un bourgeois de Paris au XIV<sup>e</sup> siècle : Étienne Marcel*, Paris, 1 vol. in-8.
- Lecesse. *Exposé de la législation contumière de l'Artois*, Paris, 1 vol. in-8.
- Lecoy de La Marche. *Les classes populaires au XIII<sup>e</sup> siècle. Les Vilains*, dans le *Correspondant* des 10 et 24 septembre 1884.
- Lefranc. *Un règlement intérieur de léproserie au XIII<sup>e</sup> siècle*, Saint-Quentin, 1889 (Extrait des *Mémoires de la Société académique de Saint-Quentin*, 4<sup>e</sup> série, t. VIII).
- Le Gentil. *Recherches sur le droit contumier de l'Artois*, 1 vol. in-8.
- Léon (Henry). *Histoire des juifs de Bayonne*, Paris, 1893, 1 vol. in-4.
- Lévy (Émile). *Un document sur les juifs du Barrois en 1321-23*, Paris, 1 br. in-8.
- Liebe. *La condition juridique et économique des juifs dans l'archevêché de Trèves* (du temps des Mérovingiens au XVIII<sup>e</sup> siècle), en allemand, dans le *Westdeutsche Zeitschrift für Geschichte und Kunst*, t. XII, année 1893.
- Manneville (de). *De l'état des personnes et des terres dans la paroisse d'Amblainville (Vexin français), du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle*, Beauvais, 1890, 1 vol. in-8 (Extrait des *Mémoires de la Société académique d'archéologie, sciences et arts du département de l'Oise*, t. XIII et XIV).

- Marchegay. *Les colliberts de Saint-Aubin d'Angers*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 4<sup>e</sup> série, t. II, p. 409.
- Maulde (de). *Les rachats de servage en Savoie au XIV<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 163.
- Mauroy (de). *La noblesse maternelle en Champagne*, Paris, 1882, 1 br. in-8 (Extrait de la *France judiciaire*).
- Michel (Francisque). *Histoire des races maudites de France et d'Espagne*, Paris, 1846, 2 vol. in-8.
- Molard. *De la capacité civile des lépreux*, dans le *Bulletin de la Société des Sciences historiques et naturelles de l'Yonne*, t. XLII, année 1888.
- Montalembert. *Les moines d'Occident*, Paris, 1860-1874, 5 vol. in-8.
- Morey. *Les juifs en Franche-Comté au XIV<sup>e</sup> siècle*, dans la *Revue des Études juives* de juillet 1883.
- Morillot. *Enfants nés hors mariage : de leur condition dans l'antiquité et au moyen âge en Europe*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 149, 363, 526.
- Mossmann. *Les colonges lorraines en Alsace*, dans les *Mémoires de l'Académie de Stanislas*, année 1887.
- Muther. *Zur Geschichte der mittelalterlichen Rechtsliteratur für « pauperes » und « minores »*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. VIII, p. 99.
- Périn. *Études sur le droit coutumier dans le nord de la France*, Paris, 1859, 1 vol. in-4.
- Perreiciot. *De l'état civil des personnes et de la condition des terres dans les Gaules, des temps celtiques jusqu'à la rédaction des coutumes*, 1786, 2 vol. in-4, et Paris, 1851, 3 vol. in-8.
- Pirenne (H.). *L'origine des constitutions urbaines au moyen âge*, dans la *Revue historique*, t. LVII, p. 57, 293.
- Piton (C.). *Les Lombards en France et à Paris*, Paris, 1892, 1 vol. in-8.
- Prou. *De la nature du service militaire dû par les roturiers, aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles*, dans la *Revue historique*, t. XLIV, p. 313.
- Prudhomme. *Les juifs en Dauphiné*, Grenoble, 1883, 1 br. in-8 (Extrait du *Bulletin de l'Académie delphinale*, séance du 10 février 1882).
- Quantin. *Note sur les lépreux, à l'occasion d'une ordonnance du bailli de Vézelay contre trois lépreux de Saint-Père-sous-Vézelay*, dans le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques, section d'histoire et de philologie*, année 1884, p. 292.
- Rameau. *La population de la France au moyen âge, à propos d'une*

- communication faite à l'Académie des Sciences morales et politiques, dans la *Revue des questions historiques*, t. XXIII, p. 602.
- Raulin. *Les derniers malades de la léproserie de Notre-Dame-de-Beaulieu ou Grande maladrerie de Caen*, dans l'*Année médicale de Caen*, année 1890-1891.
- Raymond (Paul). *Mœurs béarnaises*, Pau, 1872, 1 vol. in-8.
- Réville (André). *Les paysans au moyen âge*, dans la *Revue internationale de sociologie*, 1895, p. 761, 833, 921, 1042.
- Richard. *Thierry d'Hirecon, agriculteur artésien (1302-1328)*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1892, t. LIII, p. 383.
- Riston. *De la noblesse maternelle en Champagne*, Paris, 1878, 1 br. in-8.
- Rivière. *Histoire des institutions de l'Auvergne*, Paris, 1874, 2 vol. in-8.
- Robert. *Les signes d'infamie du moyen âge. Juifs, Sarrasins, hérétiques, lépreux, cagots et filles publiques*, Paris, 1 br. in-8 (Extrait des *Mémoires de la Société nationale des antiquaires de France*, t. LIX).
- Robert. *Étude historique et archéologique sur la race des juifs depuis le XIII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Revue des Études juives*, t. VI.
- Rochas (de). *Les parias de France et d'Espagne*, Paris, 1876, 1 vol. in-8.
- Rozenweig. *Les Cacous de Bretagne*, Vannes, 1872, in-8.
- Saige. *Les juifs du Languedoc antérieurement au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1881, 1 vol. in-8.
- Saige. *De la condition des juifs dans le comté de Toulouse avant le XIV<sup>e</sup> siècle*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XXXIX, p. 255, 432; t. XL, p. 424.
- Salmon. *Le livre des serfs de Marmoutiers*, suivi de chartes sur le même sujet et précédé d'un essai sur le servage en Touraine, par Ch. L. Grandmaison, Tours, 1865, 1 vol. in-8.
- Sée. *Étude sur les classes serviles en Champagne du XI<sup>e</sup> au XIV<sup>e</sup> siècle*, dans la *Revue historique*, t. LVI, p. 225 et t. LVII, p. 1.
- Seignobos. *Le régime féodal en Bourgogne jusqu'en 1360*, Paris, 1 vol. in-8.
- Simonnet. *Droit bourguignon, l'état des personnes et l'état civil, d'après les protocoles des notaires aux XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIII, p. 543; t. XIV, p. 529; t. XV, p. 161.
- Slouff. *Le régime colonger dans la Haute Alsace et les pays voisins, à propos d'un rôle colonger inédit du XV<sup>e</sup> siècle*, dans la

- Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1893, t. XVII, p. 43 et suiv.
- Tardif. *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, Paris, 1886, 1 br. in-8.
- Trévedy. *Des gens infâmes selon la très ancienne coutume de Bretagne*, dans la *Revue générale de droit*, année 1892, t. XVI, p. 222 et 481; année 1893, t. XVII, p. 60, 197, 316.
- Vachez (A.). *Histoire de l'acquisition des terres nobles par les roturiers dans les provinces du Lyonnais, Forey et Beaujolais, du XIII<sup>e</sup> au XVI<sup>e</sup> siècles*, Lyon, 1 br. in-8.
- Warnkönig. *Examen des recherches sur la condition civile des femmes depuis les Romains jusqu'à nos jours* par Laboulaye, dans la *Revue de Wolowski*, t. XVIII, p. 238.
- Yanoski. *De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen âge et de sa transformation en servitude de la glèbe*. Paris, 1860, 1 br. in-8.

## XIV. — LA FAMILLE.

- Arbois (d') de Jubainville. *Document inédit relatif à l'histoire de la tutelle testamentaire*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, t. I, p. 293.
- Arnaud. *L'histoire d'une famille provençale depuis le milieu du XIV<sup>e</sup> siècle jusqu'en 1883*, Marseille, 1884, 2 vol. in-8.
- Baret. *Histoire et critique des règles sur les preuves de la filiation naturelle en droit français et étranger*, Paris, 1872, 1 vol. in-8.
- Barthélemy (Anatole de). *Le droit du seigneur*, dans la *Revue des questions historiques*, t. I, p. 93.
- Bateave. *La constitution de la famille et du patrimoine sous le for en Béarn*, dans la *Réforme sociale*, t. XXVI, p. 633, 743 et 823.
- Beauchet. *Étude historique sur les formes de la célébration du mariage dans l'ancien droit français*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1882, t. VI, p. 331, 608 et 631.
- Beauchet. *Formation et dissolution du mariage dans le droit irlandais du moyen âge*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1883, t. IX, p. 63.
- Bernard. *Histoire de l'autorité paternelle en France*, Paris, 1864, 1 vol. in-8.
- Brandileone (Fr.). *L'intervento dello Stato nella celebrazione del*

- matrimonio in Italia prima del Concilio di Trento*, dans les *Atti della R. Accademia di scienze morali e politiche di Napoli*, 1894-1895, t. XXVII.
- Cauvet. *De l'organisation de la famille d'après la coutume de Normandie*, Paris, 1850, 1 br. in-8.
- Delisle (Léopold). *Études sur la condition de la classe agricole en Normandie au moyen âge*, Évreux, 1851, 1 vol. in-8.
- Delpit (Jules). *Le droit du seigneur, réplique d'un campagnard à un parisien, ou deuxième réponse à M. L. Veuillot*, Bordeaux, 1873, 1 br. in-8.
- Demangeat. *Étude historique sur l'ancien droit de bail ou de garde, considéré comme la source du droit de jouissance légale que le Code civil accorde au père ou à la mère survivante sur les biens des enfants*, dans la *Revue de Fœlix*, année 1845, p. 653; année 1847, p. 635.
- Derosme. *De l'usage de Rohan ou du domaine congéable*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXI, p. 229; t. XXII, p. 209, et 524.
- Desforges. *Étude historique sur la formation du mariage*, Paris, 1887 (thèse de doctorat).
- Devilla. *L'elemento romano-germanico nel diritto familiare del medio evo*, Sassari, 1 br. in-8.
- Duguit. *Étude historique sur le rapt et la séduction*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1886, t. X, p. 587.
- Freisen. *Geschichte des canonischen Eherechts bis zum Verfall der Glossenliteratur*, Tubingue, 1888, 1 vol. in-8.
- Foras. *Le droit du seigneur au moyen âge. Étude historique et critique*, Chambéry, 1886, 1 vol. in-8.
- Glasson. *Du consentement des époux au mariage*, Paris, 1866, 1 vol. in-8.
- Guibert. *La famille limousine d'autrefois, d'après les testaments et la coutume*, Limoges, 1883, 1 vol. in-12.
- Hanauer. *Coutumes matrimoniales au moyen âge*, dans les *Mémoires de l'Académie de Stanislas*, année 1892, p. 253 (tirage à part, Nancy, 1893, 1 br. in-8).
- Huc. *Influence du droit canonique sur la constitution de la famille*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. IX, p. 224.
- Hussarek von Heinlein. *Die bedingte Eheschliessung. Eine canonistische studie*, Vienne, 1892, 1 br. in-8.
- Königswarter. *Essai sur la législation des peuples anciens et mo-*

- dernes relativement aux enfants nés hors mariage, Paris, 1843, 1 vol. in-8.
- Kœnigswarter. *Histoire de l'organisation de la famille en France*, Paris, 1851, 1 vol. in-8.
- Kœnigswarter. *Du mariage dans son développement universel et historique*, dans la *Revue de Wolowski*, t. XL, p. 5.
- Labaude. *Autour du mariage, mœurs et coutumes avignonaises des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles*, dans les *Mémoires de l'Académie de Vaucluse*, 1894.
- Labessade (de). *Le droit du seigneur et la rosière de Salency*, Paris, 1878, 1 vol. in-18.
- Mellerio (Joseph). *La famille Mellerio, son origine et son histoire (1000-1803)*, Paris, 1893, 1 vol. in-8.
- Morillot. *De la condition des enfants nés hors mariage dans l'antiquité et au moyen âge en Europe*, Paris, 1863, 1 vol. in-8.
- Ribbe (Charles de). *Une famille provençale au XV<sup>e</sup> siècle. Les Guiraud La-Brillane*, Digne, 1894, 1 br. in-8.
- Salis (von). *Beitrag zur Geschichte der väterlichen Gewalt nach altfranzösischen Recht*, dans la *Zeitschrift der Savigny-Stiftung*, t. VII, p. 137.
- Schæfer. *Fiançailles et mariage en Allemagne au XIII<sup>e</sup> siècle* (en allemand), dans la *Zeitschrift für deutsche Kulturgeschichte*, année 1891.
- Scherer (von). *Zur Geschichte des Kanonischen Ehegesetzes*, dans l'*Archiv für Katholisches Kirchenrecht*, année 1891, t. LIX, p. 353.
- Schmidt. *Der Streit über das jus primæ noctis*, Berlin, 1874, 1 vol. in-8.
- Schmidt. *Jus primæ noctis*, Fribourg en Brisgau, 1881, 1 vol. in-8.  
— Cpr. la *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft*, t. IV, p. 279; t. V, p. 397; t. VI, p. 156.
- Veullot (Louis). *Le droit du seigneur au moyen âge*, Paris, 1871, 1 vol. in-18.

#### XV. — LES BIENS ET LA PROPRIÉTÉ.

- Adler (S.). *Eheliches Güterrecht und Abschichtungsrecht nach den ältesten bairischen Rechtsquellen*, Leipzig, 1893, 1 br. in-8.
- Alauzel. *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, Paris, 1849, 1 vol. in-8.
- Audigier. *Quelques coutumes et traditions de la haute Auvergne*, Aurillac, 1892, 1 br. in-8 (Extrait de la *Revue d'Auvergne*).

- Avenel (vicomte d'). *La propriété foncière de Philippe-Auguste à Napoléon*, dans la *Revue des Deux-Mondes*, des 1<sup>er</sup> janvier, 13 février, 13 août 1893, 1<sup>er</sup> avril 1894.
- Azcarate (de). *Ensayo sobre la historia del Derecho de propiedad*. — Cpr. un compte rendu par M. Berge, dans la *Revue générale de droit*, année 1881, p. 394.
- Bauby. *Essai sur les mazades, avant et depuis les lois abolitives de la féodalité*, Toulouse, 1886, 1 br. in-8 (Extrait du *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*).
- Baugas. *Une vieille coutume bretonne, le domaine congéable*, dans la *Réforme sociale* du 16 septembre 1893.
- Beaune. *La condition des biens*, Paris, 1886, 1 vol. in-8.
- Beautemps-Beaupré. *Du droit des propriétaires de fiefs d'ajouter le nom du fief à leur nom patronymique*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. IX, p. 381.
- Bemmelen. *Le système de la propriété mobilière*, Paris et Leyde, 1887, 1 vol. in-8.
- Blondel. *Les classes agricoles en Allemagne à la fin du moyen âge; le bien de famille, sa conservation et sa transmission*. — Voir un compte rendu dans *La Réforme sociale*, t. XXII, p. 68.
- Brink. *Bestellung der dinglichen Rechte an fremden Immobilien im Mittelalter*, Breslau, 1887, 1 br. in-8.
- Bruel. *Note sur la transcription des actes privés dans les cartulaires, antérieurement au XII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XXXVI, p. 443.
- Brümreck (von). *Zur Geschichte des Grundeigentums in Ost- und Westpreussen, I. Die Kölmischen Güter*, Berlin, 1891, 1 br. in-8.
- Brunner. *Les titres au porteur français au moyen âge*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1886, t. X, p. 11 et 139.
- Bruns. *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, Tubingue, 1848, 1 vol. in-8.
- Bruns. *Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium*, dans ses *Kleinere Schriften*, Weimar, 1882, 2 vol. in-8.
- Bryan (Enoch. A.), *The Mark in Europe and America, a review of the discussion of early land tenure*, Boston, 1893, 1 br. in-12.
- Burdet. *De l'influence des anciennes institutions féodales sur la formation de quelques parties du droit civil en France et spécialement dans la province du Dauphiné*, Paris, 1858, 1 vol. in-8.

- Cauvet. *Le droit de colombier sous la coutume de Normandie*, Paris, 1861, 1 br. in-8.
- Clément. *Étude sur les communautés d'habitants dans la province de Berry* (thèse de l'École des Chartes, année 1890).
- Croos (P. de). *Des biens et de la propriété à Termonde, d'après le droit coutumier et féodal*, dans les *Annales du cercle archéologique de la ville et de l'ancien pays de Termonde*, t. V.
- Errera. *Les masuirs, recherches historiques et juridiques sur quelques vestiges des formes anciennes de la propriété en Belgique*, Bruxelles, 1891, 2 vol. in-8. — Voy. un compte rendu dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1892, p. 280.
- Errera (Paul). *Les Waréchaix, étude de droit foncier ancien*, Bruxelles, 1894, 1 br. in-8 (Extrait des *Annales de la Société archéologique de Bruxelles*, t. VIII).
- Fergus. *La propriété féodale*, dans la *Nouvelle Revue* du 1<sup>er</sup> février 1891.
- Flach. *Notes et documents sur l'origine des redevances et services coutumiers au XI<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1882, t. VI, p. 608.
- Franken. *Geschichte des Französischen Pfandrechts*, t. I, Mittelalter, Berlin, 1879.
- G. de P. *Étude sur l'allodialité dans la Drôme de 1000 à 1400, 1874 à 1877*, 1 vol. in-8.
- Galabert. *Les associations rurales sous l'ancien régime*, dans le *Recueil de la Société archéologique du Tarn-et-Garonne*, année 1884.
- Gfrörer. *Die Verjährung*, dans *Zur Geschichte deutscher Volksrechte im Mittelalter*, 1866, t. I, p. 68.
- Glasson. *De la possession et des actions possessoires au moyen âge*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1890, t. XIV, p. 588.
- Glasson. *Communaux et communautés*, dans l'*ancien droit français*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1891, t. XV, p. 446.
- Gomme. *The village community*, Londres, 1890, 1 vol. in-16.
- Gothein. *Wirtschaftsgeschichte der Schwarzwaldes und der angrenzenden Landschaften*, t. I, *Städte und Gewerbegeschichte*, Strasbourg, 1892, in-8.
- Guibert. *Quelques notes sur la culture des propriétés collectives au XIII<sup>e</sup> siècle*, dans le *Bulletin historique et philologique du Comité des travaux historiques*, année 1891, p. 10.
- Guibert. *Les communes du Limousin aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles.* — Voir un compte rendu dans la *Réforme sociale*, t. XXII, p. 65.

- Henry (P.). *Une vieille coutume bretonne. Étude du domaine congéable et de la réforme projetée de cette institution*, Angers, 1894, 1 br. in-8.
- Heusler. *Die Gewere*. Weimar, 1873, 1 vol. in-8.
- Inama-Sternegg. *Deutsche Wirthschaftsgeschichte. II Bd : Deutsche Wirthschaftsgeschichte des 10 bis 12 Jahrhunderts*, Leipsig, 1891, in-8.
- Jobbè-Duval. *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1881, 1 vol. in-8.
- Klimrath. *Étude historique sur la saisine d'après les coutumiers du moyen âge*, dans ses *Travaux sur l'histoire du droit français*, Paris, 1831, 2 vol. in-8.
- Klimrath. *De la saisine*, dans la *Revue de Wolowski*, t. II, p. 356.
- Laboulaye. *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*, Paris, 1839, 1 vol. in-8.
- Lair. *Étude sur le droit coutumier en Bretagne du domaine congéable*, dans la *Revue de Wolowski*, t. V, p. 173.
- Laurière. *Dissertation sur le tènement de cinq ans*, Paris, 1696.
- Leber. *Essai sur l'appréciation de la fortune privée au moyen âge, relativement aux variations des valeurs monétaires et du pouvoir commercial de l'argent*, Paris, 1847, 1 br. in-8.
- Lefort. *Étude sur l'histoire de la propriété. Histoire des locations perpétuelles ou à longue durée*, Paris, 1894, 1 vol. in-8.
- Lefort. *Étude sur l'histoire de la propriété. Le droit de marché*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales*, année 1877, t. CVII, p. 87 et 498.
- Lefort. *La condition de la propriété dans le nord de la France. Le droit de marché*, Paris, 1892, 1 vol. in-8.
- Lefort. *Nouvelles recherches sur la saisine*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. I, p. 343.
- Lespinasse (René de). *Notice sur les redevances roturières du Nivernois appelées bordelages*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 6<sup>e</sup> série, t. II, p. 409.
- Mailland. *Un « Conveyancer » au XIII<sup>e</sup> siècle*, dans *The Law quarterly Review*, de janvier 1891.
- Meixheider. *Besitz und Besitzschutz. Studien über alte Probleme*, Berlin, 1876, 1 vol. in-8.
- Odier. *Esquisse du droit féodal*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. VII, p. 407; t. VIII, p. 400.
- Ortlieb. *De la « collatio » en droit romain. Des effets de la possession des meubles dans le droit ancien et moderne*, Nancy, 1871, in-8 (Thèse de doctorat).

- Pariou (Esquirou de). *Études sur les actions possessoires*, Paris, 1850, 1 vol. in-8.
- Planiol. *Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1890, t. XIV, p. 433.
- Prost (Auguste). *Étude sur le régime ancien de la propriété. La vesture et la prise de ban à Metz*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. IV, p. 1, 301, 572, 701; t. IV, p. 572, 701 (Tirage à part, Paris, 1880, 1 vol. in-8).
- Prou. *De la nature du service militaire dû par les roturiers aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles*, dans la *Revue historique*, t. XLIV, p. 313.
- Quinon. *Mémoire sur le franc alleu en Dauphiné*, et rapport de M. Rodière sur ce mémoire, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. VII, p. 156.
- Rérolle. *Du colonage partiaire et spécialement du métayage*, Paris, 1888, 1 vol. in-8.
- Richard. *Une conversion de rente à Arras en 1392*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XLI, p. 561.
- Riston. *Contribution à l'étude du droit coutumier lorrain, des différentes formes de la propriété en Lorraine*, Paris, 1887, 1 vol. in-8. — Cpr. *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1890, p. 162.
- Rivière. *Histoire des biens communaux en France*, Tours, 1856, 1 vol. in-8.
- Rozy. *Rapport sur l'usage de Rohan et le domaine congéable*, par M. Derosne, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1870, p. 406.
- Saige (Gustave). *Une alliance défensive entre propriétaires allodiaux au XII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 5<sup>e</sup> série, t. II, p. 374.
- Salleilles. *Des délits et des peines en matière forestière au moyen âge dans le duché de Bourgogne*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XVI, p. 90.
- Schmidt (Ch.). *Notes sur les seigneurs, les paysans et la propriété rurale en Alsace au moyen âge*, dans les *Annales de l'Est*, année 1895.
- Schröder. *Zur Lehre von der Ebenbürtigkeit nach dem Sachsen-spiegel*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. III, p. 461.
- Serrigny. *Du cens féodal*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2<sup>e</sup> série, t. III, p. 417.
- Smith (Valentin). *De l'origine de la possession annale*, Paris, 1854, 1 br. in-8.

- Stobbe. *Miteigenthum und gesammte Hand*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. IV, p. 207.
- Stouff. *Le régime colonger dans la Haute-Alsace et les pays voisins, à propos d'un rôle colonger inédit du XV<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1 br. in-8 (Extrait de la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, 1893).
- Tambour. *Des voies d'exécution sur les biens des débiteurs dans le droit romain et dans l'ancien droit français*, Paris, 1836, 2 vol. in-8.
- Thézar. *Des modes de transmission de la propriété*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 2<sup>e</sup> série, t. I, p. 683.
- Thiercelin. *De la saisie coutumière*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXVII, p. 80.
- Tocileseo. *Étude historique et juridique sur l'emphytéose*.
- Unterholzner. *Ausführliche Entwicklung der gesammten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, Leipsig, 1858, 2 vol. in-8 (2<sup>e</sup> éd. par Schirmer).
- Vanderkindere. *Notice sur les Masuirs, recherches historiques et juridiques sur quelques vestiges des formes anciennes de la propriété en Belgique*, par P. Errero, dans le *Bulletin de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, 1891.
- Vargès. *Droit communal et droit de marché (en allemand)*, dans les *Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik*, 3<sup>e</sup> série, t. III.
- Vidal. *Lecture à propos d'un mémoire de M. de Bellefon, relative à l'hommage dans la vicomté de Turenne*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXXII, p. 48.

#### § XVI. — LES BIENS DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA FAMILLE.

- Adler. *Ueber das Erbenwarentrecht nach den ältesten Bairischen Rechtsquellen*, Breslau, 1891, 1 br. in-8.
- Anouilh. *De l'institution contractuelle dans l'ancien droit français et d'après le Code Napoléon*, Paris, 1860, 1 vol. in-8.
- Batclave. *La Nouvelle 118 dans le Midi de la France et son influence sur la formation des mœurs successorales*, dans la *Réforme sociale*, année 1894, 3<sup>e</sup> série, t. VIII, p. 212.
- Beseler. *Die Lehre von den Erbverträgen*, Göttingue, 1840, 2 vol. in-8.
- Böhlau. *Zur Lehre von den Erbverträgen*, dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. V, p. 472.
- Boissonnade. *Histoire des droits de l'époux survivant*, Paris, 1873, 1 vol. in-8.

- Boissonnade. *Histoire de la réserve héréditaire*, Paris, 1873, 1 vol. in-8.
- Boudet (Marcellin). *Documents inédits et Problèmes d'Auvergne. Le droit de frénéllage, le fief et la famille de La Roche*, Clermont-Ferrand, 1 br. in-8 (Extrait de la *Revue d'Auvergne*, 1891).
- Bressolles (Gustave). *Rapport sur l'histoire de la Nouvelle 118 dans les pays de droit écrit, depuis Justinien jusqu'en 1789*, par Jarriand, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, t. XXXIX, p. 126.
- Brocher. *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, Paris, 1869, 1 vol. in-8.
- Bruel. *Charte de pariage de Jean, sire de Joinville, avec l'abbé de Saint-Mansuy de Toul (1264)*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XLV, p. 653.
- Brunner. *Das anglonormannische Erbfolgesystem*, Leipsig, 1869. — Cpr. l'article de Maurer, dans le *Kritische Vierteljahrschrift*, t. XII, p. 306.
- Caqueray (de). *Recherches historiques sur la théorie du rapport*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, année 1860.
- Cauvel. *De l'organisation de la famille, d'après la coutume de Normandie* (Extrait de la *Revue de législation et de jurisprudence de Wolowski*, année 1847-1848).
- Chatellier (A. du). *De quelques modes de la propriété en Bretagne*, Paris, 1861, 1 vol. in-8.
- Colin. *Le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1892, t. XV, p. 427.
- Demangeat. *Étude historique sur l'ancien droit de bail ou de garde considéré comme la source du droit de jouissance légale que le Code civil accorde au père ou à la mère survivante sur les biens des enfants*, dans la *Revue de Fœlix*, t. XII, p. 633 et XIV, p. 633.
- Desjardins (Albert). *Recherches sur l'origine de la règle : Donner et retenir ne vaut*, Paris, 1869, 1 br. in-8.
- Dubois. *De l'origine de la communauté*, dans la *Revue de Wolowski*, t. XXXVI, p. 368.
- Dufourmantelle. *Origines de la saisine héréditaire*, dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, année 1891, p. 584.
- Ernouf (le baron). *Du droit de juveigneurie (borough englisch) et de son origine probable*, dans la *France judiciaire*, t. VII, p. 313.

- Eschbach. *Notice historique sur l'institution contractuelle*, dans la *Revue de Wolowski*, t. XI, p. 127.
- Esmein. *Des rapports à succession*, Paris, 1872, 1 vol. in-8 (thèse de doctorat de la Faculté de Paris).
- Espinay (d'). *L'ancien droit successoral en Basse-Bretagne*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1895, t. XIX, p. 136 et 257.
- Favre. *De l'origine de la maxime : le partage est déclaratif de propriété*, Paris, 1872, 1 vol. in-8 (thèse de doctorat de la Faculté de Paris).
- Ficker (Julius). *Untersuchungen zur Rechtsgeschichte; 2<sup>es</sup> Band, Untersuchungen zur Erbenfolge der ostgermanischen Rechte, 1<sup>er</sup> Hälfte Innsbruck; 1893, 1 vol. in-8.*
- Fons. *Mémoire ayant pour titre : Un testament nuncupatif au XIV<sup>e</sup> siècle dans la sénéchaussée de Toulouse*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1862, p. 10.
- Fons. *Mémoire sur les chartes inédites relatives au jugement des affaires concernant les successions des Toulousains tués à la bataille de Muret*, dans le *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, année 1871, p. 13.
- Frommhold. *Beiträge zur Geschichte der Einzelerbfolge im deutschen Privatrecht*, 1889 (Gierke, *Untersuchungen*, Heft 33), Breslau.
- Furic. *L'usage du domaine congéable de l'évesché et comté de Cornouailles*, Paris, 1644.
- Glasson. *Le droit de succession au moyen âge*, Paris, 1893, 1 br. in-8 (Extrait de la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1892).
- Guilhiermoz (Paul). *Le droit de renonciation de la femme noble, lors de la dissolution de la communauté*, dans l'*ancienne coutume de Paris*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XLIV, p. 489.
- Larombière. *Le régime dotal et la coutume de la Haute-Marche*, dans les *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales*, année 1880, t. CXIV, p. 396.
- Le Cerf. *Étude sur le domaine congéable*, Paris, 1872, 1 vol. in-8.
- Le Poittevin. *Des droits de la fille ou du mariage avenant dans la coutume de Normandie*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1889, t. XIII, p. 257.
- Liègeard. *De l'origine de l'esprit et des cas d'application de la maxime : le partage est déclaratif de propriété*, Paris, 1855, 1 br. in-8 (Mémoire couronné par la Faculté de droit de Dijon en 1854).

## QUATRIÈME PARTIE

---

### LA FÉODALITÉ

(Fin).

---

---

#### CHAPITRE XIII.

#### Condition des personnes.

---

##### § 1<sup>er</sup>. — LES CLERCS.

La condition des personnes était aussi compliquée au moyen âge que celle des terres : clercs, seigneurs, vassaux, bourgeois, vilains, serfs, étrangers, Juifs, Lombards, etc., étaient soumis à autant de lois et d'usages différents, et dans chacune de ces classes il y avait même des variétés à l'infini. Néanmoins, pour la condition des personnes, comme pour le régime des biens, on constate l'existence de principes communs d'une application très générale. Nous allons essayer de les faire connaître.

Les clercs étaient très nombreux au moyen âge; il y en avait partout, non seulement dans les monastères et dans les églises séculières, mais encore auprès des princes, dans les cours de justice du roi ou des seigneurs; il y en avait même qui faisaient le commerce. La qualité de clerc était en effet très recherchée : les clercs séculiers arrivaient aux plus grands honneurs ou étaient tout au moins assurés d'une situation respectée; les clercs réguliers, en entrant dans les monastères, acquéraient la sécurité, ce qui n'était pas à dédaigner dans ces temps de violences et de troubles. Tous jouissaient enfin de privilèges considérables.

Sous les Mérovingiens et sous les Carolingiens on ne pou-

vait être ordonné prêtre sans la permission du roi. C'est qu'en effet l'Église défendant au clerc le service militaire, la cléricature enlevait à l'armée des hommes de guerre (1). Il n'est plus question au moyen âge de cette autorisation royale; le serf seul a encore besoin, comme à l'époque franque, du consentement de son maître pour devenir clerc et ce consentement implique un affranchissement.

Pendant la première partie du moyen âge, les clercs séculiers ou réguliers furent respectés de tous. C'est seulement au XIII<sup>e</sup> siècle que, de graves abus s'étant introduits dans la vie monastique, on commença à attaquer sérieusement les couvents (2). Mais le clergé séculier ou régulier était si fortement organisé, formait une masse si compacte et si homogène, constituait un ordre si puissant, avec ses lois, ses tribunaux, ses privilèges, qu'il fallut de tout temps compter avec lui. Les villes les plus puissantes ne purent triompher de ses résistances; la féodalité elle-même échoua contre l'Église; la royauté seule parvint à la dominer à ce point qu'elle en fit, à partir d'une certaine époque, une branche de l'administration de l'État et que les clercs furent, avant tout, les sujets du roi.

Mais au moyen âge le clerc est bien plutôt indépendant de la couronne que soumis à son autorité. Le clergé forme déjà le premier ordre de l'État; il est même sous certains rapports un État dans l'État. Cette prérogative se traduit jusque dans l'étiquette extérieure : les pairs ecclésiastiques du roi ont le pas sur les pairs laïques. Le clergé était si indépendant que les personnes des conditions les plus diverses essayaient même de se soustraire aux lois et à l'autorité du roi en se proclamant clercs. Aussi les évêques et les abbés étaient-ils accablés de demandes d'entrée dans le clergé ou dans la vie monastique. Les évêques

(1) Voy. Marculfe, liv. I, form. 19, dans Zeumer, p. 55. — Capitulaire d'Ansgèse, liv. I, chap. 114 et Pertz, *Leges*, t. I, p. 134.

(2) C'est ce que fit Jean de Meung dans son *Roman de la Rose*. Mais il ne faut pas oublier que le célèbre poète est aussi violent contre la monarchie; il demande le partage des biens et proclame la communauté des femmes.

ordonnaient plus de prêtres qu'il n'était nécessaire pour le service de l'Église. Certains ordres religieux admettaient, par pure fiction, dans leur sein, telles ou telles personnes, dans le seul but de leur procurer les privilèges accordés à la vie cléricale. Le roi dut parfois intervenir pour réprimer ces abus. Une ordonnance de Philippe le Bel, de 1290, rendue en Parlement, décida que les Templiers, Hospitaliers et autres religieux ne jouiraient pas des privilèges attachés à leur ordre s'ils n'en portaient pas l'habit et s'ils n'en observaient pas les règles (1).

Pour être clerc séculier et profiter des privilèges attachés à cette qualité, il suffisait d'avoir reçu la tonsure. Cette couronne de clerc, comme on disait au moyen âge, ouvrait à ceux qui l'avaient reçue, les ordres ecclésiastiques (2). Aussi était-elle fort recherchée. Bien des personnes, tout en exerçant le commerce ou l'industrie, se faisaient donner la tonsure et recevaient les ordres du premier degré, au seul fait d'être protégées par la qualité de clerc. D'autres quittaient la tonsure et leurs habits pour commettre des folies et les reprenaient ensuite pour jouir de leurs privilèges (3). Enfin certains laïques se tonsuraient eux-mêmes, pour profiter du bénéfice du clergé et, s'ils avaient commis quelques méfaits, pour être traduits devant la justice d'Église, qui n'appliquait que des peines très légères (4). La tonsure établissait en effet une présomption de cléricature, surtout si elle était confirmée par le port de l'habit. Mais le clerc non tonsuré ne jouissait pas de cette présomption (5). Aussi celui qui aurait frappé un clerc non tonsuré et en habit laïque n'aurait

(1) Isambert, t. II, p. 686.

(2) Portier, lecteur, exorciste, acolyte, sous-diacre, diacre, prêtre.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 331.

(4) Voy. ce que nous avons dit au tome V, p. 248.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 93, t. I, p. 119; C, n° 86, t. I, p. 303; F, n° 22, t. II, p. 40; K, n° 3 et 167, t. IV, p. 45 et 91; L, n° 444, t. IV, p. 327. Il résulte de ces textes que le clerc non tonsuré aurait d'ailleurs pu prouver sa qualité par toute espèce de moyen de preuve, notamment par la notoriété publique.

pas encouru l'excommunication, à moins qu'il n'eût connu la qualité de sa victime (1).

On admettait sans difficulté que les tribunaux laïques devaient immédiatement rendre les clercs arrêtés par les gens du roi ou du seigneur dès que ces clercs montraient leur tonsure. Mais que faire s'ils n'étaient pas tonsurés? Les uns permettaient aux justices laïques de juger; d'autres, sans aller aussi loin, soutenaient qu'elles avaient le droit de garder les inculpés non tonsurés tant qu'ils ne prouvaient pas leur qualité. Aussi Beaumanoir recommandait-il aux clercs qui voulaient éviter cet ennui, de montrer leur tonsure et de ne pas porter de robes rayées (2). C'est pour exprimer cette présomption de cléricature résultant du port de l'habit cléricale qu'on disait : *l'habit fait le moine* (3).

Quant aux canonistes, ils disaient au contraire : *l'habit ne fait pas le moine* s'il précède les vœux, mais si la prise d'habit suit le vœu, elle le rend solennel et cet habit fait alors présumer la profession, sans qu'on puisse même établir le contraire, à la condition que cet habit soit distinct de celui des novices et des convers et qu'il ait été porté trois jours; s'il est semblable, la présomption n'est plus admise qu'au bout d'un an (4).

Les jurisconsultes et praticiens laïques ayant constaté que beaucoup de gens ne portaient le vêtement cléricale et ne se faisaient tonsurer qu'au moment d'être arrêtés, voulurent que ces marques extérieures ne fussent plus suffisantes pour faire naître la présomption de cléricature; désormais l'inculpé dut prouver qu'il était habituellement ainsi vêtu et tonsuré et c'est en ce sens que les jurisconsultes

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 19, t. II, p. 39.

(2) Beaumanoir, chap. 11, n° 43, t. I, p. 173. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 93, t. I, p. 119; C, n° 86, t. I, p. 103; F, n° 17 et 18, t. II, p. 38 et 39; H, n° 55, t. III, p. 92; K, n° 3, t. IV, p. 45.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 193.

(4) Voy. sur ces divers points, Hostiensis, *Summa*, p. 263. — C. 3, in fine. VI<sup>e</sup>, *De regulis*, III, 14; C. 1, 6. *De regulis*, III, 4.

laïques arrivèrent à dire de leur côté : *l'habit ne fait pas le moine* (1).

Si certains laïques se faisaient tonsurer pour obtenir par fraude le privilège clérical, en sens inverse certains clercs ne portaient pas la tonsure ou en étaient même dispensés; tels étaient notamment les clercs mariés. Le *Livre de justice et de plet* nous apprend qu'on les avait autorisés à supprimer la tonsure pour plaire à leurs femmes, mais ils étaient en principe, privés du privilège clérical (2). Ainsi en matière civile personnelle, les clercs mariés, à la différence de ceux qui ne l'étaient pas, pouvaient être actionnés devant la cour laïque (3). De même ces clercs mariés devaient le service du fief, bien qu'ils eussent essayé d'y échapper (4).

Mais cependant, les clercs mariés, eux-mêmes, jouissaient d'une partie importante des privilèges des clercs en ce que, pour leurs délits, ils ne pouvaient pas être actionnés devant la justice laïque; la juridiction d'Église les réclamait et comme sa répression était très douce, elle était fort recherchée (5). Les choses en vinrent à ce point que les gens les plus mal famés échappaient à toute répression sérieuse en se faisant passer pour clercs. Les représentants du roi com-

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n° 3, t. IV, p. 45.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 327 : « Cum uns clerz fut mariez, ses évesques le forçoit porter corone; par quoi il se plaint le roi, qui dit : Comme clere mariez ne se puisse joir de privilège de clerc, et il li conviegne fere totes les choses par quoi il plese à sa feme, et convient qu'il soit entendis es choses del monde, il ne doit pas estre forciez de porter corone, por plere à sa feme; car lede chose a en la tonsure et en la roigneuse ». On sait que le mariage était permis aux clercs séculiers des degrés inférieurs jusqu'aux sous-diacres inclusivement. Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 193 et 326 Quant aux clercs réguliers, on peut dire d'une manière générale que l'habit des novices ne faisait naître aucun empêchement de mariage, l'habit des convers impliquait vœu de chasteté, créait un empêchement prohibitif, et l'habit de profès, rendant le vœu de chasteté solennel, produisait un empêchement dirimant; Voy. pour les détails Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 280 et suiv. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 108, 193 et 194.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 832. Mais en retour on lui reconnaissait le droit de se porter plège, *ibid.*, n° 939.

(4) Voy. sur ce point et, d'une manière plus générale sur la situation des clercs mariés, Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 842 à 848.

(5) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 812.

prirent la nécessité de mettre un terme à ces scandales en imaginant, dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle, le germe de ce qu'on appela plus tard la théorie des *cas privilégiés* : ils obtinrent que, dans les cas les plus graves, où la paix du roi avait été manifestement troublée, les juges du roi assisteraient ceux de la cour d'Église (1). De même, en cas de flagrant délit, les gens du roi avaient le droit d'arrêter le clerc coupable, sauf à le rendre à la justice ecclésiastique (2). Les clercs étaient également justiciables des tribunaux laïques en cas de nouveleté, peut-être à cause du caractère pénal qui était alors attaché aux actions possessoires, peut-être aussi à raison de la nature immobilière de ces actions. Il était en effet admis, dès le temps de Beaumanoir, que le clerc, possesseur d'un fief ou d'une censive, était, pour ce bien, privé du privilège clérical.

Les tribunaux laïques essayèrent sans cesse d'étendre ces exceptions. Ils prétendaient que les clercs relevaient de leur juridiction pour les conséquences des infractions civiles qu'ils commettaient et qu'on pouvait saisir le temporel de ces clercs, pour l'amende de la cour, les intérêts et les dépens de la partie (3). La justice laïque s'attribuait encore le droit de mettre la main sur les meubles des clercs lorsqu'ils s'en étaient allés, ou sur leur temporel en cas de saisine brisée (4).

Les clercs marchands avaient donné lieu à bien des controverses. Étaient-ils toujours justiciables des tribunaux laïques, sans qu'il y eût lieu de distinguer s'ils étaient mariés

(1) Voy. sur ce point notre t. V, p. 251. — Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, II, n<sup>o</sup> 48, 50, 51, 57, 59, t. III, p. 91.

(2) Voy. ce que nous avons dit au tome V, p. 251. — Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 22, t. II, p. 40; K, n<sup>o</sup> 4, t. IV, p. 45. Déjà une ordonnance de Philippe le Bel, pour mettre un terme à certains scandales provenant de l'indulgence excessive des justices d'Église, avait décidé que les clercs absous en cour ecclésiastique, pourraient cependant être punis par la justice temporelle et leurs biens confisqués si le crime était notoire, Voy. *Isambert*, t. II, p. 725.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, II, n<sup>o</sup> 47, t. III, p. 91.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 952, t. II, p. 311.

ou non, ou ne pouvaient-ils y être traduits que pour faits de leur commerce et s'ils n'étaient pas mariés? Les justices laïques tendaient sans cesse à affirmer leur compétence, mais elle était souvent contestée (1). On se mit toutefois d'accord pour priver du privilège clérical et même de la cléricature, les clercs qui exerçaient les professions de boucher, d'écorcheur ou d'aubergiste, lorsqu'ils n'y renonçaient pas après trois avertissements successifs de l'évêque. Cette déchéance était même encourue de plein droit par celui qui se faisait voleur de grand chemin ou exerçait une profession ignoble, comme aussi par celui qui entraît à l'armée, mais dans ce dernier cas, par un motif tout particulier, à cause de la prohibition que l'Église adressait aux clercs de verser le sang (2).

Malgré leurs efforts, les juridictions laïques ne parvinrent jamais à faire disparaître le principe de leur incompétence pour les causes des clercs; elles ne purent qu'en restreindre l'application. Mais la règle que le clerc relève avant tout de la justice d'Église, introduite peu à peu par l'influence même du clergé, confirmée à un certain moment par le système de la justice personnelle (3), définitivement établie au moment où ce système disparut, persista jusqu'à la fin de l'ancien régime.

Indépendamment de ce privilège de juridiction, les clercs jouissaient encore d'un certain nombre de prérogatives, quelques-unes fort importantes. On peut dire, d'une manière

(1) Le créancier d'un clerc marchand non marié, ayant saisi ses meubles et le clerc ayant demandé au Châtelet la mainlevée de la saisie, le prévôt de Paris, par sentence du 12 août 1402, ordonna cette mainlevée, mais interdit en même temps à ce clerc de faire le commerce tant qu'il n'aurait pas acquitté sa dette. Voy. *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 23, p. 10. — Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, II, p. 43 et suiv., t. III, p. 91 et suiv.; L, n° 445, t. IV, p. 327; M, n° 82, t. IV, p. 409. On verra aussi par ces derniers textes que les tribunaux laïques réclamaient les causes des clercs relatives aux garanties qu'ils avaient pu consentir sur certains héritages.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n° 6 et suiv., t. IV, p. 46.

(3) Sur le développement de la compétence des justices d'Église, voy. notre t. V, p. 227 et suiv., et les autorités citées; sur le système des justices personnelles, voy. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 237 à 293.

générale, qu'ils échappaient comme les nobles à un grand nombre de taxes directes ou indirectes et qu'ils supportaient seulement les impôts votés par leurs assemblées; ces charges particulières étaient d'ailleurs parfois assez lourdes. Les gens d'Église étaient dispensés des tailles, des banalités, des corvées, à moins qu'il ne s'agit de charges réelles attachées à des immeubles qui leur appartenaient (1). Les clercs, comme les gentilshommes, étaient exempts des droits de transit ou autres de même nature (2); dans les villes, ils étaient dispensés du droit de gîte du roi ou du seigneur (3). Une ordonnance de Philippe VI, du 27 mars 1348, portait mandement à la Chambre des comptes, de faire payer aux religieux, les aumônes ou pensions ecclésiastiques, avant toutes autres assignations (4).

Dans les cas où les clercs étaient obligés de plaider devant les juges laïques, ils avaient aussi d'importantes prérogatives. La grande ordonnance du 23 mars 1303 voulut qu'au Parlement les causes des clercs fussent jugées les premières (5), pour qu'ils ne fussent pas trop longtemps distraits de leur ministère spirituel. A l'époque où il était interdit de plaider par procureur, les clercs étaient, en général, relevés de cette défense (6).

Sous prétexte que l'Église leur défendait de verser le sang,

(1) Mais il leur était interdit de faire des fours, moulins, etc., en concurrence du seigneur et leurs hommes devaient se soumettre aux banalités seigneuriales; en d'autres termes, ce privilège des clercs leur était tout à fait personnel. *Antiques coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 20, t. IV, p. 148.

(2) Beaumanoir, chap. 30, n° 69, t. I, p. 439.

(3) Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 553.

(4) Isambert, t. IV, p. 544. — Certains privilèges étaient particuliers aux clercs d'une contrée : tels étaient ceux du clergé de Languedoc et ceux du clergé de la province de Narbonne. — Voy. Lettres patentes de Philippe le Bel, de février et de mai 1302, Isambert, t. II, p. 739 et 816; voy. aussi, pour le clergé de Normandie des lettres de la même année, dans Isambert, t. II, p. 743. Certains privilèges n'appartenaient même qu'au clergé d'une ville. Voy. à titre d'exemple pour la ville de Senlis, Flammermont, *Histoire des institutions municipales de Senlis*, p. 9 et 18.

(5) *Textes relatifs à l'histoire du Parlement*, p. 172.

(6) Mais au temps de Beaumanoir ils devaient cependant venir en personne s'ils étaient demandeurs, Beaumanoir, chap. 4, n° 31, t. I, p. 86.

les clercs demandaient à être dispensés du service militaire. Mais malgré les protestations des conciles, les rois ne tinrent pas toujours compte de ces réclamations. Plus d'une fois on vit des curés ou des abbés à la tête de leurs vassaux ou sujets (1). Philippe Auguste soutenait que les clercs devaient le service militaire comme les autres, quand il y allait de la défense de la couronne et du royaume. Pendant la guerre de Cent ans la même prétention reparut, mais on permit aux clercs de se faire remplacer ou de se racheter à prix d'argent (2). Cependant le roi reconnut parfois aux clercs le bénéfice de la dispense militaire. Il n'y eut jamais de règles bien précises à ce sujet et tout ce qu'on peut dire, c'est que cette faveur, profitant autant aux moines qu'au clergé séculier, soulevait de vives récriminations parmi la noblesse et le peuple (3).

De ce que les clercs ne devaient pas le service militaire on concluait qu'ils n'avaient pas le droit de guerre privée (4). Le clerc ne pouvait pas non plus provoquer ni être provoqué au combat judiciaire; tout au moins lui fallait-il, sous peine de déposition, l'autorisation de son évêque et cette permission ne pouvait être accordée qu'autant qu'il n'y avait pas danger d'homicide ou de perte d'un membre (5). Aussi tout clerc était-il incapable de remplir les fonctions de juge ou assesseur du bailli ou du prévôt dans les tribunaux laïques, à l'époque de l'appel sous forme de défi, car tout juge pouvait être obligé de défendre sa sentence les armes à la main (6). Le clerc n'aurait pas davantage été admis à déposer comme

(1) Voy. Delisle, *Études sur la condition de la classe agricole en Normandie*, p. 101 et 732.

(2) Voy. *Recueil du Louvre*, t. IX, p. 530.

(3) « Ils devraient être soldats, tous ces moines gras, disait Hervis de Metz; tous ces chanoines, tous ces prêtres et tous ces nobles. Ah! si le roi me les donnait! » Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 231.

(4) Beaumanoir, chap. 59, n° 22, t. II, p. 363.

(5) Beaumanoir, chap. 63, n° 1 et 2, t. II, p. 417. Cpr. chap. 1, n° 28, t. I, p. 37. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 20, t. II, p. 39. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 363.

(6) Beaumanoir, chap. 1, n° 28, t. I, p. 37.

témoin dans une affaire où les plaideurs auraient eu le droit de contester les dépositions en provoquant les témoins au combat judiciaire. Beaumanoir ne veut pas non plus que les clercs soient avocats en cour laïque, car, dit-il, s'ils méfont de leurs paroles, il faut les rendre à leur ordinaire. Il ne les autorise à plaider qu'avec le consentement du juge ou s'ils se font avocats de l'Eglise, de leur famille ou des pauvres, et à la condition de n'en tirer aucun profit (1). Philippe III et Philippe le Bel allèrent encore plus loin : ils défendirent d'employer les clercs, à un titre quelconque, dans les juridictions laïques, par la raison qu'il était trop difficile d'exercer un recours en garantie contre eux, lorsqu'ils avaient manqué à leur devoir (2).

En retour de ces avantages les membres du clergé régulier étaient frappés de graves incapacités. Cela provenait de ce que le pouvoir civil s'était peu à peu occupé de leur condition. Jusqu'au x<sup>e</sup> siècle, les moines n'avaient pas été nécessairement clercs. C'est seulement à cette époque que s'introduisit l'usage de leur conférer certains ordres et le concile de Vienne, en 1312, s'efforça de généraliser cet usage. Bien avant déjà, la loi et les usages civils avaient reconnu les vœux monastiques et y avaient attaché des effets, pourvu qu'ils eussent été librement prononcés et valablement reçus (3). Tout religieux faisait trois vœux solennels : de pauvreté, de chasteté, d'obéissance. Au premier se ratta-

(1) Beaumanoir, chap. 5, n° 14, t. I, p. 95. — *Livre de justice et de plet*, p. 102. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 40.

(2) Ordonnance de Philippe III, de 1278, et ordonnance de Philippe le Bel, de 1287. On a souvent dit que Philippe le Bel avait pris l'initiative de cette mesure, tandis qu'il s'est borné à renouveler une prescription de Philippe III. Voy. Langlois, *Le règne de Philippe III le Hardi*, p. 234. — Cpr. *Recueil du Louvre*, t. I, p. 316. — *Le Livre de justice et de plet*, p. 49 et 50, nous apprend que les clercs ne pouvaient pas non plus, en général, prendre part aux élections municipales, notamment à la nomination du maire. Autrefois il en était autrement, mais le roi leur avait interdit de se mêler de ces affaires.

(3) Autrement il y aurait eu nullité pendant cinq ans. — On voyait même des hommes mariés appartenant à la plus haute noblesse, entrer dans les monastères, mais avec le consentement de leurs femmes et celui de leurs enfants. Voy. Montalembert, *Les moines d'Occident*, t. VI, p. 45 et suiv.

chaient l'ouverture de la succession du nouveau moine et son incapacité d'acquérir à l'avenir ; le second créait un empêchement dirimant de mariage ; le troisième impliquait une certaine sujétion vis-à-vis de la communauté représentée par son supérieur. Le premier effet, l'ouverture de la succession, est le plus important au point de vue du droit civil. C'est lui qui a préparé le système d'une véritable mort civile. Les parents héritaient de celui qui entrait dans le monastère, comme s'il était mort naturellement. Le moine ne pouvait plus hériter de ses parents ; il ne passait même plus aucun acte de la vie civile sans le consentement de son abbé et ce qu'il pouvait acquérir profitait au monastère.

Les communautés religieuses avaient en effet une existence légale ; elles étaient représentées par leur abbé et celui-ci exerçait une véritable juridiction sur les moines. Le pouvoir civil assurait même le respect de ses décisions. C'est ainsi que si un moine s'était enfui de son monastère, sur la plainte de l'abbé, le roi ou le seigneur l'y aurait fait rentrer, même par la force (1).

## § 2. — LES NOBLES.

La noblesse s'est formée lentement, pendant la période franque. Au début les termes *ingénu* et *noble* avaient été synonymes. Mais peu à peu, parmi les ingénus, les uns acquièrent une autorité considérable par leurs fonctions ou par leurs possessions territoriales ; ils formèrent alors une véritable noblesse (2). Il ne faut pas oublier d'ailleurs qu'il existait des nobles dans l'Empire romain et qu'ils se sont assez longtemps maintenus avec ce caractère dans les villes. Mais la noblesse ne reçut une première organisation sérieuse que dans les capitulaires des Carolingiens : elle forma la cavalerie de l'armée impériale. Le changement de dynastie facilita une transformation qui se préparait déjà auparavant :

(1) Voy. sur ces divers points de Fontaines, *Conseil*, p. 49. — Beaumanoir, chap. 56, n° 1, t. II, p. 325. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 15 et 830, t. II, p. 38 et 293 ; N, n° 73, t. IV, p. 539.

(2) Voy. sur ce point notre t. II, p. 586.

les dignitaires usurpateurs de leur indépendance transmirent à la terre leurs titres de duc, de comte, de marquis ou de vicomte ; la seigneurie et la noblesse s'identifièrent. Puis, certaines terres étant devenues nobles, ce furent elles qui à leur tour conférèrent la noblesse à leurs possesseurs. Désormais fut noble ou, pour employer l'expression du temps, *gentilhomme*, quiconque possédait une terre noble, un fief (1). Aucune règle précise ne déterminant alors les conditions d'acquisition de ces fiefs, on a pu dire que, pendant cette période, les vilains acquéraient la noblesse au moyen de la terre. Celle-ci n'était pas une qualité personnelle, mais résultait de ce qu'on possédait un certain héritage, une seigneurie. On remania ensuite la règle et on décida que, pour pouvoir acquérir un fief, il fallait être gentilhomme. Mais ce principe ne fut guère observé. Beaumanoir se plaint amèrement que de son temps les vilains possèdent des fiefs et il fait tous ses efforts pour arrêter cet envahissement ; mais c'est en vain (2). Le mouvement était depuis longtemps commencé en sens inverse ; il remontait au temps des Croisades. Pour se procurer des ressources dans ces guerres lointaines, nombre de nobles furent réduits à vendre leurs terres et les roturiers s'empressèrent de les acquérir. Les ordonnances royales et les coutumes réglementèrent ces acquisitions mais ne les défendirent pas ; dans certaines coutumes, l'acquisition de la noblesse fut reculée à la troisième génération,

(1) Sur l'influence de la terre sur la condition de l'homme, voy. De Fontaines, *Conseil*, chap. 3 ; Loyseau, *Des seigneuries*, chap. VIII, n° 24 ; De Laurière, v° *Vilain*. Au moyen âge, on disait volontiers que les gentilshommes étaient les descendants de la race franque ou barbare qui avait vaincu les Romains et cette opinion se transmit longtemps à travers les siècles. Voici ce que porte un manifeste de la noblesse contre le clergé en date de 1246 : « *Jurisdictionem secularium principum sic absorbit ut filii servorum secundum suas leges judicent liberos et filios literorum quamvis secundum leges priorum triumphatorum deberent a nobis potius judicari.* » Huil-Bréholles, *Historia diplomatia Frederici secundi*, t. VI, pars I, 1860, p. 467, 468 ; cité par Viollet, *Établissements de saint Louis*, t. I, p. 170.

(2) Voy. par exemple Beaumanoir, chap. 4, n° 7, t. II, p. 256. Nous avons déjà dit ce qu'il faut penser de l'ordonnance royale qui, selon Beaumanoir, aurait interdit aux roturiers l'acquisition des fiefs.

mais nulle part elle ne fut prohibée (1). Partout on établit aussi un droit de franc fief, mais les vilains n'hésitèrent pas à l'acquitter et le roi lui-même en dispensa, fort souvent, les bourgeois de certaines villes (2). On ne doit pas non plus oublier que les vilains pouvaient aussi acquérir la chevalerie militaire personnelle, qu'il faut bien se garder de confondre avec la tenure en chevalerie (3).

Au temps de Beaumanoir, il n'existait encore que des nobles de race. Mais c'est cependant de son temps, sous le règne de Philippe le Hardi, que commence à paraître la noblesse de concession et, dès l'année 1280, un arrêt du Parlement affirma, tout en reconnaissant l'existence d'un usage contraire, que le droit d'anoblir n'appartenait qu'au roi seul (4). Toutefois les grands feudataires comme le duc de Bourgogne et le duc de Bretagne continuèrent à anoblir (5).

Les anoblissements par lettres restèrent peu nombreux même pendant les derniers temps du moyen âge. La noblesse continuait à être surtout de race; on tenait cette qualité de

(1) Voy. *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. 137, t. II, p. 281. Mais dans d'autres textes on lit que la noblesse est immédiatement acquise par le fief. De Fontaines, *Conseil*, p. 12, 14, 80; *Livre de justice et de plet*, p. 66. Voy. aussi l'ordonnance de Philippe le Hardi de 1275, art. 7, qui permet au roi d'évincer les non nobles acquéreurs de fiefs dans ses domaines. Isambert, t. II, p. 659. Mais cette disposition tomba rapidement dans l'oubli.

(2) Par exemple, pour les villes de Bourges et de Saint-Omer, *Recueil du Louvre*, t. XIII, p. 233 et 327. Les habitants de Paris furent dispensés du droit de franc fief en 1371. Voy. Berthelot du Ferrier, *Traité de la connaissance des droits et des domaines du roy*, p. 239.

(3) Les romans se plaignent parfois de cette introduction des vilains dans l'ordre de la chevalerie, mais nulle part ils ne disent que ce choix ait été contraire aux usages. Voy. par exemple Girart de Roussillon, § 60, édition Meyer, p. 28. — Nous avons déjà vu comment il faut interpréter les *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. 134.

(4) Isambert, t. II, p. 645. — Boutaric, *Actes du Parlement*, t. I, p. 221, n° 2304. — Olim, t. II, p. 166. Dans ses *Observations sur l'histoire de France*, t. II, p. 102. Mably se trompe lorsqu'il écrit qu'il y avait eu déjà des anoblissements avant cette époque. Sur les premiers anoblissements faits par Philippe III, et sur la question de savoir s'il a anobli son orfèvre, voy. Langlois, *Le règne de Philippe III le Hardi*, p. 203 à 205.

(5) Voy. Morice, *Mémoire pour servir de preuves à l'histoire de Bretagne*, t. II, col. 1190 et 1191. — Cpr. De Barthélemy, *Etudes sur les lettres d'anoblissement*.

la naissance. Celui-là était noble qui avait la qualité d'enfant légitime ou légitimé d'un père noble. La transmission de la noblesse se faisait donc par le père. Est-il vrai de dire que cette règle est de date relativement récente et que primitivement la noblesse se transmettait, comme la liberté, par la mère (1) ? A notre avis, l'influence de la mère a été tout à fait exceptionnelle. C'est ainsi qu'en Champagne et dans le Barrois la noblesse ne se transmettait au début que par les femmes; puis ensuite on admit que les enfants acquerraient la noblesse, soit de père, soit de mère; en d'autres termes il suffisait qu'un des deux parents fût noble (2). Mais en général la noblesse ne pouvait venir que du père et non de la mère : l'enfant né d'un noble et d'une roturière était lui-même noble, tandis qu'il aurait été vilain s'il était né d'un roturier et d'une femme noble.

Lorsque la féodalité fut définitivement organisée, la no-

(1) Voy. en ce sens Viollet, *Etablissements de saint Louis*, t. 1, p. 172. Mais le texte cité à l'appui de cette opinion se borne à dire que l'homme né d'une mère franche peut être armé chevalier et nous avons vu, en effet, qu'un vilain peut obtenir cette dignité s'il l'a méritée par une action d'éclat; M. Gautier en cite de nombreux exemples dans son livre *La Chevalerie*.

(2) Cpr. *Le droit et les coutumes de Champagne et de Brie*, art. 20, éd. Legrand, p. 352. La coutume de Châlons disait encore au XVI<sup>e</sup> siècle : *ventre affranchit, enoblit*, et cet usage était également observé à Vitry, Troyes, Chaumont, Sens, Langres; mais la coutume de Reims le repoussait. Cpr. *Coutume de Châlons*, art. 2; Vitry, art. 69; Troyes, art. 1<sup>er</sup>; Chaumont, art. 2; Meaux, art. 2; Sens et Langres, art. 161. Pour Reims, voy. Papon, *De la noblesse*, p. 3. On a beaucoup discuté sur les causes de cette particularité; mais elles sont restées assez obscures. A-t-on voulu par là faciliter la reconstitution de la noblesse du pays à peu près détruite, soit à la bataille de Fontanet (841), soit dans une défaite au fossé de Jaulnes, près de Bray-sur-Seine? Est-ce une conséquence de ce que dans ce pays le commerce ne dérogeait pas à noblesse? Bien d'autres questions ont encore été posées. Nous devons nous borner à renvoyer aux nombreux travaux qui leur ont été consacrés. Voy. Pithou, *Les coutumes du bailliage de Troyes*, art. 1<sup>er</sup>; Baille, Henrion et Oudart, *Mémoires et consultation sur la noblesse maternelle de Champagne*; De Barthélemy, *Recherches sur la noblesse maternelle*, Paris, 1861, 1 broch. in-8 (extr. de la *Bibliothèque de l'École des Chartes*). Voy. aussi du même auteur un article dans la *Revue nobiliaire* de 1867; Bourquelot, dans les *Mémoires de l'Académie des inscriptions*, 2<sup>e</sup> série, t. V, 1<sup>re</sup> part.; Riston, *De la noblesse maternelle en Champagne*, Paris, 1878; De Mauroy, *La noblesse maternelle en Champagne*, Paris, 1882, 1 broch. in-8 (extrait de la *France judiciaire*); Guilhaume, *Un nouveau texte relatif à la noblesse maternelle de Champagne*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. L, p. 509 et suiv.

blesse comporta des degrés qui déterminaient le rôle et la place de chacun à l'armée et en particulier dans le service de la cavalerie (1). On eut soin aussi de ne pas confondre ces titres de noblesse avec les titres de seigneurie. Le noble par excellence était celui qui devait le service de chevalier à raison de son fief.

La noblesse se considérait comme une classe supérieure, appelée à gouverner et à protéger les faibles; elle comprenait volontiers son rôle de la même manière que les premiers Mérovingiens avaient entendu celui de la royauté. Jurisconsultes, poètes, chroniqueurs, acceptent cette sorte de mission sociale de la noblesse et lui reconnaissent la supériorité (2). C'est qu'en effet les lois et les usages étaient en parfait accord avec les mœurs. Dans la vie journalière, le contraste était aussi frappant entre le noble et le roturier, qu'au point de vue du droit. Le noble vivait dans son château, entouré d'une sorte de cour, s'occupant à rendre la justice et à administrer son fief; quand il n'était pas parti en guerre, se livrant aux plaisirs de la chasse et des tournois. Il avait bien soin de tenir le roturier à grande distance (3). Ses enfants étaient élevés dans les mêmes idées : dès l'âge de sept ans on leur recommandait de ne pas fréquenter les vilains, et à douze ans ils étaient envoyés à la cour du roi ou d'un grand seigneur pour s'y former (4). On tenait compte de la dignité des personnes même pour le choix des nourrices : le fils du roi devait être nourri par la femme d'un duc; l'enfant du duc par une comtesse; celui du vavasseur par une bourgeoise et lorsque cette coutume tomba en désuétude, les poètes et les moralistes s'en plaignirent sous prétexte qu'on se ressent

(1) Les simples hommes libres formaient l'infanterie et ne servaient que très rarement à cheval. Voy. Boutaric, *Histoire des institutions militaires de la France*, p. 151.

(2) Voy. par exemple ce que dit Beaumanoir dans son chapitre 45.

(3) Certains nobles ne recevaient pas les roturiers à leur table. Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 630.

(4) Sur l'éducation du jeune noble, voy. des pages très intéressantes dans Gautier, *La Chevalerie*, p. 130, 135, 163, 185.

toujours de la nature de celle dont on a sucé le lait (1).

De son côté le roturier vivait modestement dans une échoppe, à la ville ou à la campagne; il assurait son existence par le commerce ou l'industrie à la ville, par la culture de la terre à la campagne. En Angleterre, un certain rapprochement s'opéra entre les deux classes; en France il n'en fut pas de même et le roturier, parvenu à la noblesse par l'acquisition d'un fief, se montrait encore plus fier de son titre que tout autre. Les vilains reprochaient, non sans cause, aux grands seigneurs, leurs violences et leurs mesures arbitraires. A ce point de vue, Simon de Montfort était resté célèbre dans le Midi, mais ailleurs bien des exactions se commettaient sur un territoire plus limité. Les vilains se vengeaient en tournant les nobles en ridicule et parfois même en changeant leurs plaintes en menaces. A certains moments les haines sont sur le point d'éclater (2). Dans *Renard le contrefait*, toute la féodalité est attaquée avec la dernière violence : on conteste la légitimité des tailles, de la mainmorte, des corvées, du formariage, qui sont des inventions du diable et de la luxure. La propriété féodale est déclarée abusive et il faut en dépouiller ceux qui la possèdent. Cette haine du régime féodal se développera surtout pendant la guerre de Cent ans et la royauté saura en tirer parti (3).

Sous le rapport du droit public, comme sous celui du droit privé, nobles et vilains forment aussi deux classes bien différentes. Seuls les gentilshommes ont le droit de guerre privée

(1) *Roman des sept Sages*, édit. Keller, 184. — Raoul de Cambrai, édit. Le Glay, p. 7. — Brun de La Montagne, v. 1867; 627-629. — Guy de Nanteuil, v. 116. — Jourdain de Blavres, v. 577-579. — *Parise la Duchesse*, v. 944 et 959.

(2) Voy. par exemple dans les *Fabliaux* la figure d'Audigier, au visage pâle, à la tête noire, aux grosses épaules, au ventre maigre. Armé chevalier, il se bat contre une vieille mégère du voisinage; son père le comte Turgibus, jaune, pâle et bouffi, perce de sa lance les ailes des papillons. Voir aussi le fragment d'un poème publié par Le Clerc, dans le t. XXIII du *Recueil des historiens de la France*. Voir surtout l'œuvre satirique du *Renard et Renard le contrefait*.

(3) A lire, le livre de M. Lenient, *La satire en France au moyen âge*, Paris, 1883, 1 vol. in-12. Le contraste entre le noble et le vilain y est pris sur le vif et tel qu'il se dégage des œuvres satiriques du temps.

entre eux (1). Ces guerres privées avaient sans doute leur origine dans les coutumes germaniques qui consacraient le droit de vengeance et la solidarité de famille. Les hommes de poeste ne pouvaient pas se battre entre eux, ni à plus forte raison contre les gentilshommes, sous prétexte que leurs droits étaient garantis par la justice du roi ou du seigneur (2). Les nobles relevaient aussi des cours de justice, mais il leur paraissait plus digne de faire valoir leurs droits les armes à la main. La royauté s'attacha, dès qu'elle le put, à restreindre et même à supprimer les guerres privées; de là la quarantaine le roi, les trêves et les assurances; elle s'efforça aussi d'assurer la suprématie de sa justice et de la faire respecter, en même temps qu'elle supprimait le duel judiciaire. Des réclamations et même des révoltes éclatèrent çà et là, mais ce fut en vain (3).

Le noble était fait pour la guerre. Aussi lui permettait-on la chasse et le tournoi, de même qu'on lui défendait de se livrer au commerce et à l'industrie. Ces métiers étaient réservés aux vilains auxquels la chasse et la pêche étaient interdites, ordinairement sous peine d'amende (4).

Au point de vue des charges publiques, les nobles furent de tout temps affranchis des tailles et des corvées, par cela même qu'elles étaient considérées comme des marques de servage et de sujétion (5). Il va sans dire que les nobles

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 59 et 60.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 59, n° 5 et suiv., t. II, p. 86.

(3) « Gens de France, vous voilà bien ébahis! Je dis à tous ceux qui sont nés dans les fiefs de par Dieu! Vous n'êtes plus francs; on vous a privés de vos franchises, car vous êtes jugés par enquête.... Douce France! Il ne faut plus l'appeler ainsi, mais il faut te nommer un pays d'esclaves. » Leroux de Lincy cité par Lenient.

(4) V. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. I, p. 166 et 347; elles punissent d'une amende de soixante sous l'homme coutumier qui chasse dans la garenne de son seigneur ou qui pêche dans ses étangs. Quant à la défense absolue de faire le commerce, elle ne fut faite aux nobles que par l'ordonnance de 1569.

(5) « Nobles, dit une ancienne coutume d'Anjou, sont exempts de toutes exactions et servitudes personnelles, et leurs femmes après leur décès étans veuves combien qu'elles soient roturières. » *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 337; voy. aussi p. 362.

acquéreurs de fiefs, ne payaient pas les droits de franc fief. Ils étaient exempts de certaines taxes indirectes, droits de circulation, péages et autres de même nature (1). Dans les villes, ils échappaient comme les clercs au droit de gîte du roi ou du seigneur (2). Beaumanoir nous présente les nobles comme essayant déjà de son temps de se soustraire à un grand nombre de charges et il voudrait déterminer leur condition au moyen d'une distinction (3) : les nobles ne doivent pas supporter les charges qui sont des signes de sujétion; mais il n'y a aucune raison pour les dispenser de celles qui sont plutôt établies dans l'intérêt public (4).

Il faut ajouter que les nobles étaient, par la possession même de leurs seigneuries, tenus de certains devoirs parfois très onéreux : faire la police, assurer la paix publique, rendre la justice, entretenir des prisons pour les malfaiteurs. Le noble devait le service de guerre à raison de son fief et s'il ne remplissait pas cette obligation, il encourait une sanction féodale. Le roturier était aussi tenu de se rendre à l'appel du roi ou du baron, mais son service était moins onéreux, car il ne servait qu'à pied et s'il ne rejoignait pas son corps, il n'encourait qu'une amende de 60 sous, vieux souvenir des temps carolingiens. Cette amende était devenue si légère, qu'on la payait volontiers pour se dispenser d'aller en guerre. Enfin, d'après la plupart des coutumes, si les vilains doivent l'ost et la chevauchée et si le prévôt a le devoir de les mener au baron qui prend leur commandement, cependant celui-ci ne peut pas les mener au loin, il faut que les coutumiers puissent rentrer le soir à leur demeure et si le baron veut

(1) *Établissements de saint Louis*, liv. 1, chap. 63, éd. Viollet, t. II, p. 91. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 148. — D'après les mêmes coutumes « homme noble qui tient son bien à foy et hommaige est fondé de droit naturel et commun d'avoir buisson defensible à congnilz environ son hostel : et s'il est tenu à cens, il peut aussi avoir son buisson à congnils defensible au vol de son chappon. » F, n° 1479, t. II, p. 532.

(2) Voy. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 558.

(3) Beaumanoir, chap. 21, n° 14, t. I, p. 346.

(4) Voy. aussi Beaumanoir, chap. 25, n° 15, t. I, p. 361.

les conduire à de trop grandes distances, ils ont le droit de le quitter sans encourir l'amende (1).

Appelé en justice, le noble est tout autrement traité que le vilain : il a le droit d'être jugé par ses pairs et c'est un devoir pour le seigneur de les lui donner (2). Le roturier au contraire est jugé par le bailli ou le prévôt du roi ou du seigneur qui statue seul ou assisté d'hommes de loi ou même d'hommes de fief; mais les pairs du plaideur ne siègent pas au tribunal, à moins que ce privilège ne résulte de la concession d'une charte (3). Le noble ne peut être assigné régulièrement que par un de ses pairs et le roturier est valablement appelé par un sergent (4). Dans la suite les formes de l'ajournement changent, mais cependant on continue à procéder différemment selon qu'il s'agit de nobles ou de bourgeois (5). Le noble a quinze jours pour comparaitre, le vilain est tenu de se présenter le jour même à cause des égards qu'il doit à son seigneur (6). Le noble peut constituer procureur s'il est défendeur, tandis qu'en principe l'homme de poeste n'a pas ce droit (7). De Fontaines refuse au vilain le droit d'opposer des

(1) Voy. sur ces divers points *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. 65, éd. Viollet, t. I, p. 93; Cpr. t. I, p. 174. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 66, t. I, p. 99; C, n° 60, t. I, p. 256.

(2) La présence de quelques pairs suffisait, et s'ils n'étaient pas en nombre, le seigneur devait demander des juges à son propre seigneur. De Fontaines, *Conseil*, chap. 21, n°s 10 et 29, p. 232 et 255. — *Établissements de saint Louis*, liv. I, ch. 76, éd. Viollet, p. 124. — Beaumanoir, chap. 67, n°s 2 et 3, t. II, p. 456. — *Ancien coutumier d'Artois*, tit. LVI, art. 32.

(3) Voy. De Fontaines, *Conseil*, chap. 21, n° 8. — Beaumanoir, chap. 4, n°s 13 et 15, t. I, p. 28 et 30. — *Ancien coutumier d'Artois*, tit. III, n° 20; tit. LIII, n° 2; tit. LVI, n°s 11 à 13.

(4) *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. 71 et 73, p. 111. — Beaumanoir, chap. 2, n° 12, t. I, p. 50.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n°s 49 et suiv., t. IV, p. 62.

(6) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 61, éd. de Gruchy, p. 148; Boutellier, *Somme rural*, liv. I, tit. 3. — Dans le Beauvoisis, lorsqu'un débiteur reçoit commandement de payer sa dette, il a sept ou quinze jours, selon qu'il est homme coutumier ou gentilhomme. Voy. Beaumanoir, chap. 24, t. I, p. 338. — Voy. sur des questions analogues, De Fontaines, *Conseil*, p. 91, 239, 280.

(7) Beaumanoir, chap. 4, n°s 30 et 31, t. I, p. 86. Pour le cas où l'on était demandeur, voy. le même texte et voyez aussi notre t. VI, p. 364.

contremands et de demander jour de conseil (1); il ne peut pas davantage fausser le jugement de son seigneur (2); il a toutefois le droit d'en demander l'amendement, mais au risque d'encourir une amende s'il succombe.

Au temps du combat judiciaire les vilains se battent entre eux à pied et avec des bâtons, tandis què les gentilshommes combattent à cheval et s'équipent en guerre. Le vilain est-il demandeur contre un gentilhomme, il doit combattre à pied, avec son bâton, contre le gentilhomme à cheval et revêtu de son armure; si le gentilhomme est demandeur contre le vilain alors, par cela même qu'il s'abaisse à plaider contre une personne de cette condition, il doit aussi combattre à pied et avec les mêmes armes que son adversaire. Mais en obligeant dans le cas contraire le vilain demandeur à combattre contre un seigneur armé de pied en cap on rend en réalité le procès impossible (3).

Le seigneur a un sceau qui a un caractère authentique; le vilain en est dépourvu et s'il veut en revêtir un acte, il faut qu'il s'adresse au bailli ou à son juge ordinaire ou à toute autre personne ayant sceau (4). Le gentilhomme peut aussi timbrer ses armoiries, c'est-à-dire dessiner sur le sommet de l'écu une des parties de l'ancien costume du guerrier carolingien (5).

Pour la répression des crimes il n'y a pas de différence au moyen âge, quant aux peines corporelles, entre le noble et le vilain; mais lorsqu'une amende est encourue, celle que doit le gentilhomme est deux ou vingt fois plus forte que l'amende imposée au roturier, suivant qu'il s'agit d'une peine pécuniaire légère ou d'une peine grave, et dans le cas où le rotu-

(1) De Fontaines, *Conseil*, p. 17, 29, 73.

(2) De Fontaines, *Conseil*, p. 240, 287, 302. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 148, t. I, p. 158.

(3) De Fontaines, *Conseil*, chap. 12, n° 7. — Beaumanoir, chap. 4, nos 30 et 31, t. I, p. 86; chap. 61, n° 7, t. II, p. 378. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 91, t. I, p. 118; C, n° 84, t. I, p. 303.

(4) Beaumanoir, chap. 4, n° 9, t. I, p. 78.

(5) V. la 24<sup>e</sup> dissertation de Du Cange sur l'*Histoire de saint Louis*.

rier est menacé d'une amende de 60 sous, le noble encourt la confiscation de tous ses meubles. On considérait avec raison que le manquement à la loi était plus grave de la part d'un seigneur que de la part d'un homme ordinaire (1).

Au point de vue du droit civil, les différences étaient non moins nombreuses, non moins graves. Lorsque noblesse et seigneurie devinrent synonymes, les lois des fiefs furent aussi celles des gentilshommes; elles avaient pour objet d'assurer la conservation des biens dans les familles et d'éviter les mésalliances. Il n'y eut jamais aucune interdiction de mariage entre nobles et roturiers (2), mais en fait ces unions ont toujours été très rares parce que les mœurs les voyaient avec défaveur, et pour rendre les mariages plus faciles dans les familles nobles un concile de Latran décida même qu'à l'avenir l'empêchement de mariage résultant de la parenté, autrefois établi jusqu'au septième degré, se limiterait désormais au quatrième.

Quant à la majorité, la différence était très sensible entre nobles et roturiers (3).

Les nobles étaient aussi soumis à des dispositions spéciales pour les donations et le régime des biens entre époux. C'est ainsi que le douaire de la femme noble n'était pas semblable à celui de la femme roturière et que pendant fort longtemps, dans certaines coutumes, notamment dans celle de Paris, le droit de renoncer à la communauté fut un privilège de la gentillefemme.

### § 3. — VILAINS, ROTURIERS, BOURGEOIS.

Telle est la condition des terres, telle est aussi celle des personnes au moyen âge. De même qu'il existe trois classes

(1) *Etablissements de saint Louis*, liv. I, chap. 54, 107 et 158. — « Et assavoir, dit encore une ancienne coutume d'Anjou, que en tous cas où le coutumier fait grosse amende, le noble fait ses meubles..... », éd. Beaumont-Beaupré, t. II, p. 512.

(2) Sur les mariages entre libres et esclaves, voy. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 317 et suiv.

(3) C'est un point que nous étudierons plus loin.

de tenures, de même il y a trois classes de personnes : aux fiefs correspondent les nobles ; aux censives les vilains ; aux tenures serviles appartiennent les serfs. On peut même dire que la condition des personnes est encore plus variée que celle des biens. Les tenures ecclésiastiques, en effet, sauf exception pour la franche aumône, ne diffèrent pas des autres, tandis que les clercs sont soumis, quant à leurs personnes, à une législation et à des institutions particulières. Dans les villes, les immeubles, même bâtis, sont parfois des fiefs ou plus souvent des censives et, comme tels, soumis au droit commun de ces tenures, alors que la condition des bourgeois est particulièrement privilégiée (1).

On a souvent écrit et répété que nulle société n'a offert plus d'inégalités dans les conditions que celle du moyen âge, et en effet les différences sont sensibles, considérables même, entre les gentilshommes et les roturiers, surtout si l'on rapproche les plus hauts des nobles et les plus bas des vilains. C'est ce que nous venons de constater dans le paragraphe précédent. Mais il ne faut pas oublier qu'entre les deux degrés extrêmes de l'échelle sociale, il existait un grand nombre de degrés intermédiaires et qu'aucun d'eux n'était infranchissable. Aussi peut-on dire encore qu'à aucune époque la condition des hommes n'a été plus variée qu'au moyen âge. C'est ce qu'on espère établir à propos des vilains.

La plupart des coutumiers définissent la liberté en reproduisant le droit romain (2). *Le Livre de justice et de plet* dit même que la condition des serfs est une, comme celle des hommes libres. Mais Beaumanoir ne commet pas cette erreur et il a soin de constater, en s'affranchissant du droit romain, que la condition des serfs varie à l'infini (3). Il en est de même de celle des hommes libres placés entre les serfs et les nobles. Aussi arrivait-il de confondre ces vilains, surtout

(1) Sur la tenure en villenage, voir ce que nous avons dit au t. IV, p. 412.

(2) Voy. par exemple Beaumanoir, chap. 45, n° 30, t. II, p. 233; *Livre de justice et de plet*, p. 154; Cpr. *Institutes de Justinien*, liv. 1. tit. 3, § 1.

(3) Beaumanoir, chap. 45, n° 31, t. II, p. 233.

ceux des campagnes, avec les serfs. Le terme même de *vilain* est souvent employé pour désigner les uns ou les autres et les mots *homme de poeste*, *homme coutumier*, ne sont pas plus clairs, car ils nous apprennent seulement que ces hommes avaient un seigneur ou payaient des redevances. Or, sous ce rapport, les hommes libres et les serfs ne différaient pas sensiblement les uns des autres. C'est seulement dans la suite que le terme de *vilain* eut un sens plus précis; peut-être a-t-il désigné d'abord les cultivateurs libres des campagnes, puis ensuite il s'est bien certainement appliqué à toutes les personnes non nobles, mais d'ailleurs de condition libre, sujettes aux tailles et aux impôts indirects. C'est en effet par ce côté que les hommes simplement libres différaient surtout des nobles. Ceux-ci ne payaient pas les tailles ni les taxes indirectes qui s'étaient maintenues au profit du roi ou du seigneur. Mais il ne faut pas oublier qu'ils étaient tenus des charges imposées à leurs tenures, fiefs, censives ou autres, notamment des aides aux quatre cas et qu'il y avait aussi certaines redevances indirectes, telles par exemple que celles des réparations des chemins, qui pesaient même sur les gentilshommes (1). Les nobles étaient sans doute soumis à des juridictions et à des lois de procédure particulières, mais leur rendait-on meilleure justice qu'aux habitants des villes (2)?

Il y avait parfois plus de différence entre deux vilains qu'entre un vilain et un noble ou un serf. C'est qu'en effet la condition des vilains des villes fut, à certaines époques du moyen âge, tout à fait autre que celle des vilains des campagnes.

Dans les campagnes, il ne se fit qu'un seul changement, d'ailleurs considérable et assez rapide, je veux parler de la suppression du servage au moyen des affranchissements.

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 25, n° 15, t. I, p. 364. Sur le principe de l'exemption des taxes, voy. *Établissements de saint Louis*, liv. I, tit. 63.

(2) Quant aux vilains des campagnes, il est certain qu'au point de vue de la justice ils étaient tout à fait sacrifiés.

A partir du moment où le paysan cessa d'être serf pour devenir libre, sa condition légale resta ensuite presque toujours la même, tandis que celle des habitants des villes changea plusieurs fois ; certains bourgeois acquirent des libertés importantes et les perdirent ensuite en partie. Dans les campagnes, au contraire, la substitution du villenage au servage eut moins de conséquences en fait qu'en droit. Le serf devenu paysan libre avait sans doute, en principe, l'exercice et la jouissance des droits civils, mais devant la justice, toute garantie lui faisait défaut, car il n'avait pas même le droit d'appeler du jugement de son seigneur. Sous le rapport des charges, n'était-il pas taillable à merci ? N'était-il pas accablé de corvées et tenu du service de guerre ? Fort souvent le seigneur n'avait consenti à affranchir ses serfs qu'en leur imposant la charge de ces corvées pour assurer la culture de la terre et ensuite elles se multiplièrent à l'infini. La royauté avait fortement attaqué le servage, mais lorsque les paysans eurent acquis la liberté, elle les abandonna à eux-mêmes. On chercherait en vain, dans les ordonnances du moyen âge, des dispositions qui aient pour objet de leur venir en aide. Les paysans profitèrent sans doute de l'affaiblissement des juridictions seigneuriales ; du jour où ils purent appeler au roi ils échappèrent à l'arbitraire du seigneur. Mais cette protection du roi, d'ailleurs fort éloignée et très limitée, leur coûta cher, surtout pendant la guerre de Cent ans ; ils n'en restèrent pas moins tenus, comme par le passé, de toutes les charges seigneuriales, auxquelles vinrent se joindre celles qu'imposait la royauté. Chroniqueurs, légistes, poètes, sont unanimes pour nous représenter sous le jour le plus triste la condition de ces vilains. De Fontaines relève bien que la condition des vilains des campagnes est différente de celle des serfs, mais il ne dit pas qu'elle soit meilleure. Il est vrai que Beaumanoir appelle *homme de poeste* tous ceux qui ne sont pas gentils-hommes, qu'ils soient libres ou serfs, mais il réserve le terme d'*hostes* aux paysans libres, pour bien montrer qu'ils sont

plutôt les hommes du seigneur que ses sujets. Ils ont en effet incontestablement certains droits qu'il faut refuser aux serfs d'une manière complète ou tout au moins partielle : ils peuvent passer tous les actes de la vie civile ; ils ont le droit de changer de seigneurie à leur gré ; ils échappent à la mainmorte et au formariage.

En Angleterre, les vilains ne parvinrent pas à cette liberté et demeurèrent dans un état beaucoup plus voisin du servage. A vrai dire, le villenage ne fut qu'un servage adouci, tandis qu'en France il créa une condition sociale nouvelle. Les jurisconsultes anglais jusqu'à Littleton nous représentent le vilain comme étant dans le commerce ainsi que le serf ; le seigneur en disposait comme des terres sur lesquelles il était établi. En France le vilain n'est pas nécessairement attaché à la terre et lorsqu'il possède une censive, il n'en a pas moins la qualité d'homme libre.

La transformation du servage en villenage et de la tenure servile en censive, conséquence des affranchissements, a eu pour effet de rapprocher les nobles des vilains et des roturiers. Les gentilshommes ont, en effet, eux aussi, possédé des censives et ils étaient alors, quant à ces biens, traités comme des vilains, de même que les vilains, possesseurs de fiefs, jouissaient en général, des bénéfices de la noblesse (1). Tel homme de poeste, possesseur d'un franc fief, était, pour les causes relatives à cette tenure, justiciable de la Cour des pairs ; on l'ajournait comme un gentilhomme ; il jouissait des délais accordés aux nobles ; il avait droit aux contremands et au jour de vue. Tel gentilhomme, au contraire, possesseur d'un villenage, était à ce titre assigné pour le lendemain ; il recevait commandement de payer sa dette dans les sept jours ; le contremand lui était interdit, les amendes qu'il encourait étaient celles des vilains (2). Le fief possédé par un coutumier se transmettait par succession, comme s'il avait été entre

(1) De Fontaines, *Conseil*, chap. 3, n° 6, p. 13. Voy. aussi Beaumanoir, chap. 48, n° 7, t. II, p. 256. Cpr. ce que nous avons dit au tome IV, p. 314.

(2) Beaumanoir, chap. 30, n° 42 et suiv., t. I, p. 424.

les mains d'un gentilhomme (1). Celui qui possédait à la fois un fief et une censive était soumis à deux majorités différentes : il devenait majeur à vingt ans pour le fief, à quinze ans pour le bien roturier. On voit à quel point la terre pouvait modifier la condition de la personne, rapprocher le seigneur du vilain, le vilain du seigneur.

Il ne faudrait pourtant pas conclure de là qu'il n'existe aucune différence entre un noble sans fief et un vilain sans tenure. D'abord ces situations sont fort rares ; ensuite il y a un droit des personnes indépendant de celui de la terre, qui confère aux nobles les avantages attachés à la noblesse, même s'ils ne possèdent pas de fiefs et qui attache les roturiers à leur condition inférieure. Le vilain paie la taille et autres droits fiscaux établis au profit du roi et des seigneurs ; il relève de la justice du prévôt, royale ou seigneuriale, et est soumis à une procédure particulière ; il devient majeur dès l'âge de quinze ans ; il peut vivre en communauté avec ses parents ou même avec des étrangers (2) ; son pouvoir sur la personne et les biens de ses enfants, est différent de celui du noble ; sa veuve ne peut pas renoncer à la communauté et a droit à un douaire particulier. Bien au contraire, le gentilhomme échappe aux tailles, n'est justiciable que de la Cour des pairs, jouit de privilèges de procédure, n'atteint sa majorité qu'à un âge en général plus avancé que celui des roturiers ; il peut vivre en communauté avec sa femme, laquelle aura plus tard le droit d'y renoncer, mais les au-

(1) Il y avait cependant des exceptions, voy. notre t. IV, p. 322. — Cpr. *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. 138, 146, éd. Viollet, t. II, p. 264 et 280. — De Fontaines, *Consell*, chap. 34, n° 12, p. 424. — *Livre des droits et des commandemens*, n° 983, t. II, p. 303.

(2) Voy. ce que dit à cet égard Beaumanoir, au chap. 21. Dans certaines parties de la France et surtout dans l'Est, les serfs devenus libres, avaient continué à vivre en communauté comme par le passé et parfois ces communautés ont même conservé, jusque dans les moindres détails, l'organisation qu'elles avaient reçue à l'époque franque par les usages ou par les capitulaires ; telles sont notamment les communautés colongères de l'Alsace, de la Lorraine et de quelques autres contrées de l'Est. Voy. sur ce point Stouff, *Le régime colonger dans la Haute Alsace et les pays voisins*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1893, t. XVII, p. 45.

tres communautés taisibles lui sont absolument interdites.

De tous les vilains, les bourgeois sont ceux dont la condition a le plus souvent changé et s'est plus particulièrement améliorée. Pendant la première partie du moyen âge, celle qui précéda les affranchissements, c'est-à-dire jusqu'au xi<sup>e</sup> siècle, la condition des habitants des villes et celle des habitants des campagnes étaient identiques; dans le Centre et dans le Nord, notamment, ils étaient presque tous serfs ou mainmortables, mais il n'était resté aucune trace des libertés municipales. Lorsque les affranchissements donnèrent la liberté, les uns et les autres acquirent une condition meilleure, mais encore identique (1) : ils étaient tous des vilains, terme que les gentilshommes employaient volontiers avec mépris pour désigner aussi bien les habitants des villes que ceux des campagnes; tous étaient chargés des redevances les plus diverses et quelques-uns même étaient encore tail-lables à merci comme s'ils étaient demeurés en servage. Mais ensuite s'ouvrit une troisième période à partir de laquelle les vilains des villes, les bourgeois, ont laissé bien loin derrière eux les habitants des campagnes : c'est celle qui commence par les concessions que font les seigneurs de chartes de communes ou de privilèges de bourgeoisie. Cet affranchissement total ou partiel des villes, transforma complètement la condition des bourgeois. Ceux des communes acquirent de véritables droits politiques et entrèrent même dans la féodalité en tant que ces communes étaient vassales d'un seigneur. Les habitants des villes de bourgeoisie restèrent de simples sujets, mais ils échappaient complètement à l'arbitraire; leurs redevances et impôts directs ou indirects étaient fixes et en général, assez modérés. Ils participaient parfois à l'administration de la justice du prévôt et pouvaient interjeter appel (2). En général la condition des

(1) Voy. Laurière, *v<sup>o</sup> Vilain*.

(2) Sous ce rapport, cependant, toute différence disparaît rapidement entre les habitants des villes et ceux des campagnes. C'est en vain qu'on chercherait à en relever en lisant Beaumanoir.

viles de bourgeoisie resta stationnaire. Mais celle des communes subit de fortes atteintes; elles n'eurent ni la sagesse, ni l'habileté de se gouverner avec justice : les magistrats municipaux se permettaient toutes sortes de prévarications; les hauts bourgeois s'attribuaient les privilèges les plus exorbitants; le bas peuple était accablé de charges et de misères; les finances étaient dilapidées à ce point que les villes étaient déclarées en faillite; des désordres éclataient sous le moindre prétexte. Toutes ces causes permirent à la royauté d'intervenir dans les affaires des communes, de leur retirer cette qualité et de les réduire à l'état de villes de bourgeoisie. Mais cet abaissement de la condition politique de certaines villes n'amena pas celle de la condition privée des bourgeois; bien au contraire, ils continuèrent à s'enrichir par le commerce et l'industrie; les bonnes villes eurent des représentants aux États généraux, les bourgeois entrèrent dans l'administration, dans la justice, et prirent place jusqu'au pied du trône.

Eux aussi jouissaient, comme les nobles, d'un grand nombre de privilèges. Le régime fiscal étant, en général, organisé de manière à grever exclusivement la terre, les habitants des villes échappaient non seulement aux charges seigneuriales, mais aussi à un certain nombre d'impôts royaux. Ceux-ci pesaient presque exclusivement sur les habitants des campagnes. Les paysans n'avaient pas à leur disposition les ressources très diverses qui permettaient aux bourgeois des villes de se livrer au commerce et à l'industrie, d'acquérir d'immenses fortunes, de parvenir aux offices publics de judicature, de finance ou autres, d'acquérir des fiefs et même d'entrer dans la noblesse. Sans doute, de très bonne heure les francs hommes de poeste, ou vilains des campagnes, furent attirés dans les villes royales par les facilités de la vie et par l'appât du gain. Mais ce mouvement d'émigration souleva de très vives réclamations de la part des seigneurs qui se plaignaient d'être privés de leurs hommes. La royauté s'était montrée favorable au développement de la bourgeoisie à ce point qu'elle avait parfois conféré individuellement la qualité

de bourgeois d'une ville à tel ou tel paysan qui continuait à rester campagnard. Cependant elle dut faire droit aux réclamations des seigneurs, et des ordonnances fixèrent les conditions auxquelles on pourrait acquérir la bourgeoisie d'une ville royale (1). Mais ces ordonnances furent mal observées et l'émigration vers les villes continua. La condition des vilains restés à la campagne n'en devint que plus dure et elle ne se modifia même pas jusqu'à la Révolution. Les bourgeois des villes, au contraire, en arrivèrent, comme le dit Loysel, à tenir le milieu entre la noblesse et le menu peuple. Le bourgeois gentilhomme existe déjà à la fin du moyen âge; Molière ne l'a pas inventé (2).

#### § 4. — ESCLAVES ET SERFS.

Au commencement du moyen âge il n'y avait plus d'esclaves en France au sens romain du mot. Cependant l'esclavage antique paraît s'être maintenu entre chrétiens et infidèles et il existait même dans le Midi un commerce assez actif d'esclaves (3). En Italie, le trafic des esclaves était très florissant aux VIII<sup>e</sup> et IX<sup>e</sup> siècles; il était la cause d'abus monstrueux que les rois Lombards et les papes s'efforcèrent en vain de réprimer (4). En Orient, dans le royaume de Jérusalem, l'esclavage romain était resté à l'état d'institution florissante et on ne saurait s'en étonner : le droit romain des Basiliques avait persisté en Orient chez les chrétiens et chez les musulmans. Parmi les infidèles, il y avait des esclaves semblables à ceux de l'antiquité. Les Latins établis en Syrie y maintinrent les anciens usages et ne se firent aucun scrupule d'accepter l'esclavage antique (5). Ils réduisaient en esclavage

(1) Voy. à cet égard notre t. V, p. 98.

(2) Vol. Lenient, *La satire en France au moyen âge*, 3<sup>e</sup> éd., p. 100.

(3) Voy. Mas Latrie, *Histoire de Chypre*, t. II, p. 127 et 458. — Henry, *Histoire de Roussillon*, 1<sup>re</sup> partie, p. 524. — *Gallia Christiana*, t. VI, col. 39.

— Cpr. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., p. 329.

(4) Voy. à cet égard Vétault, *Charlemagne*, chap. VII, p. 242.

(5) Voy. Beugnot, *Assises de Jérusalem*, t. II, p. 138.

vage ceux qui tombaient entre leurs mains, sans s'occuper de leur race ni de leur religion; aussi avaient-ils des esclaves Chrétiens, Juifs, Samaritains, Syriens, Sarrasins. Ces esclaves étaient attachés à la personne; on les considérait comme des meubles et dans les successions on les assimilait aux animaux (1). On achetait et vendait des esclaves comme toutes autres choses et certains vices rédhibitoires, comme la lèpre, autorisaient l'acheteur à rendre l'esclave au vendeur dans l'an et jour du contrat (2). L'esclave pouvait aussi être donné en gage, mais alors le débiteur n'avait plus le droit de l'affranchir sans le consentement du créancier gagiste et il ne pouvait échapper à cette condition qu'en désintéressant ce créancier (3). En un mot l'esclave pouvait être l'objet de toutes sortes de contrats : mais comme il était une chose il n'avait la capacité d'en passer aucun (4). Il ne pouvait pas davantage être témoin dans un procès, si ce n'est contre un serf (5).

On avait même emprunté au droit romain le principe suivant lequel l'homme libre qui se laisse vendre comme esclave par un tiers, son complice, pour partager le prix avec lui, devient esclave toutes les fois que l'acheteur est de bonne foi (6). En sens inverse, lorsqu'un esclave Chrétien, Juif, Samaritain ou Sarrasin s'enfuyait d'une terre païenne pour venir en terre chrétienne et se faisait chrétien, s'il ne l'était pas déjà, il acquérait la liberté (7). *L'Assise de la cour des bourgeois* indique trois autres modes d'affranchissement : devant témoins, par charte, par testament. C'était encore là du droit romain. On conservait aussi le principe de ce droit suivant lequel l'institution d'un esclave comme héritier vaut affranchissement (8).

(1) *Cour des bourgeois*, chap. 53, t. II, p. 381.

(2) *Cour des bourgeois*, chap. 32, t. II, p. 38.

(3) *Cour des bourgeois*, chap. 201, t. II, p. 141.

(4) *Cour des bourgeois*, t. II, p. 362.

(5) *Assises de la haute cour*, t. I, p. 114.

(6) *Cour des bourgeois*, chap. 209, t. II, p. 141.

(7) *Cour des bourgeois*, chap. 255, t. II, p. 191.

(8) *Cour des bourgeois*, chap. 206 et 207, t. II, p. 140.

Un esclave était-il affranchi, alors s'établissaient entre son ancien maître et lui les principes du droit romain relatifs au patronage : ainsi l'affranchi n'avait pas le droit de plaider contre son patron et celui qui se serait montré ingrat envers lui serait retombé en servitude (1).

Engénéral, ces dispositions concernaient plutôt les esclaves employés au service domestique, que les esclaves ruraux; ceux-ci sont appelés *vilains* par Jean d'ibelin; mais bien que ce nom soit franc, ce vilenage est une institution orientale. Les seigneurs chrétiens avaient trouvé en Syrie des terres exploitées pour le compte des infidèles et des Syriens par des esclaves indigènes : musulmans, grecs ou chrétiens; c'était le servage de la glèbe, comme en Occident, mais avec des principes plus rigoureux, empruntés au droit romain. A la vérité ces serfs étaient à la discrétion de leurs seigneurs; ceux-ci exerçaient même le droit de vie et de mort, et par cela même que leur droit était sans limite, Jean d'ibelin ne s'en occupe même pas; il se borne à nous faire connaître le droit de poursuite (2).

En Occident, le servage était devenu à partir du XI<sup>e</sup> siècle une sorte de condition intermédiaire entre la liberté et l'esclavage antique. Cette transformation se préparait depuis longtemps, mais elle fut lente à s'accomplir et c'est seulement au XI<sup>e</sup> siècle que le servage commença à se présenter sous une forme assez précise. Quant à l'esclavage de l'antiquité il avait tendu à disparaître dès la période franque. La condition des esclaves n'était pas, comme on l'a dit à tort, plus dure sous les Francs qu'à l'époque romaine (3) et il serait facile de relever dans le droit romain des dispositions aussi rigoureuses pour les esclaves, que celles de

(1) *Cour des bourgeois*, chap. 15, t. II, p. 28; chap. 181, t. II, p. 121; chap. 203, t. II, p. 137.

(2) Jean d'ibelin, chap. 255, t. I, p. 406. — Cpr. la note de Beugnot, *ibid.*, t. I, p. 403. — D'ailleurs ces serfs pouvaient aussi être affranchis et lorsqu'un seigneur mariait l'un d'eux avec une fille ou femme libre, il devenait par cela même libre, Philippe de Navarre, chap. 28, t. I, p. 502.

(3) Voy. en sens contraire Yanoski, *De l'abolition de l'esclavage ancien au moyen âge*.

l'époque franque. D'ailleurs l'Église n'avait pas tardé à protéger les esclaves contre les abus de leurs maîtres; elle déterminait les rois francs à leur reconnaître certains droits, à respecter leur mariage, à interdire que des esclaves mariés fussent vendus séparément, que des esclaves quelconques fussent aliénés hors de la marche; elle déterminait souvent les maîtres à affranchir leurs esclaves par esprit de pénitence ou pour le salut de leur âme, comme on en a de nombreux exemples dans les formules. Evêques, prêtres et autres clercs rachetaient les captifs et leur rendaient la liberté (1). Mais en même temps ils donnaient l'exemple d'une autre mesure qui ne tarda pas à se généraliser. Tout en combattant l'esclavage antique, l'Église s'efforçait d'attacher au sol les hommes de basse condition pour assurer la culture des vastes domaines.

L'esclavage fut souvent aussi sous la période franque et parfois même pendant la première partie du moyen âge, le sort du vaincu (2). De leur côté les seigneurs profitèrent de l'anarchie du temps pour réduire par la force certains hommes libres en servage (3). Il y a plus : de petits propriétaires s'offrirent comme tenanciers et acceptèrent par convention spontanée ce servage de la glèbe, renonçant à la liberté pour acquérir la sécurité et pour échapper à la misère (4). Ces conventions, fréquentes dans les premiers temps du moyen âge, naturelles même à une époque où les mœurs sociales tendaient à attacher l'homme à la terre, se rencontraient encore au temps de Beaumanoir. Un accord formel n'était même pas nécessaire : on devenait serf en établissant sa résidence sur la terre d'un seigneur avec l'intention d'y vivre dans cette

(1) Voy. sur ces divers points, *Recueil des historiens de la France*, t. III, p. 385 et 417. — Grégoire de Tours, liv. II, chap. 1; liv. IX, chap. 31.

(2) Voy. par exemple *Recueil des historiens de la France*, t. III, p. 553 et 573.

(3) *Ibid.*, t. VI, p. 77.

(4) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. II, p. 283. — Voy. aussi Perreciot, *De l'état civil des personnes et de la condition des terres dans les Gaules, des temps celtiques jusqu'à la rédaction des coutumes*, t. I, p. 77 et 428 Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 460.

condition (1). Le projet de rédaction de la coutume de Toulouse, soumis à l'approbation du roi Philippe III, consacrait l'usage de se vouer à la servitude avec sa famille, pour le présent et pour l'avenir. Mais, le roi repoussa cet article. Dans quelques coutumes, comme celle de Bourgogne, le seul fait de fixer sa résidence sur la terre d'un seigneur ne suffisait pas, pour qu'on devint serf; mais on prenait cette qualité au bout d'un certain temps par l'effet d'une prescription dont le délai variait suivant les contrées, le plus souvent un an et un jour, parfois trente ans (2). Ceux qui se rendaient coupables de certains crimes, par exemple de désertion, devenaient également serfs, à titre de peine; dans d'autres contrées, le propriétaire avait le droit d'abandonner son colon coupable d'un crime et celui-ci tombait alors dans la classe des serfs (3). Souvent encore l'étranger était de condition servile.

Mais la cause la plus fréquente du servage était la naissance. La plupart des coutumes posaient en principe que l'enfant devait suivre la condition de sa mère; celui qui naissait d'une femme serve était lui-même serf, quelle que fût la condition de son père; tel était aussi l'avis de Beaumanoir (4). Cette solution était en parfait accord avec la doctrine dominante des jurisconsultes romains de l'époque

(1) Beaumanoir, chap. 45, n<sup>os</sup> 19 et 20, t. II, p. 225. — *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. II, p. 283. — *Ancienne coutume du duché de Bourgogne*, chap. IX, art. 5. Dans le passage précité, Beaumanoir énumérant les causes du servage, relève anciennement, le refus du sujet de venir à l'ost, l'abandon volontaire de la liberté, notamment au profit d'une église; la vente de la liberté; le séjour comme serf pendant un an et un jour, sur la terre d'un seigneur; mais il ajoute que cette coutume n'est pas admise dans le comté de Clermont. Un peu plus loin, chap. 45, n<sup>o</sup> 32, t. II, p. 234, il remarque qu'à l'origine, tous les hommes étaient francs; mais que les plus forts et les plus sages ont formé la garde du roi et sont devenus les gentilshommes; les plus pauvres se sont vendus ou ont été pris à la guerre, ou ont été réduits par force et ils sont devenus les serfs.

(2) Voy. encore la coutume de la Marche, art. 127.

(3) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. II, p. 297.

(4) Beaumanoir, chap. 45, n<sup>os</sup> 13 et suiv., 30, t. II, p. 232 et 233. Voy. Viollet, *Etablissements de saint Louis*, t. I, p. 41 et suiv. — *Coutume de Meaux*, art. 79; *Coutume de Bar*, art. 72.

classique (1). Mais, comme nous l'apprend Gaius, dans certaines parties de l'Empire, on déclarait cependant esclaves les enfants d'une femme libre toutes les fois qu'elle avait connu la condition servile du père (2) et, dans la suite, l'interprétation visigothique du code théodosien, posa une règle encore plus défavorable à la liberté en déclarant que tout enfant né d'un esclave et d'une femme libre, serait esclave, « *quia ad inferiorem personam vadit origo* » (3). Cette seconde tendance est aussi celle que nous avons rencontrée dans les lois barbares, sans prétendre d'ailleurs qu'elle provienne de l'influence du droit théodosien (4). Mais au moyen âge, la doctrine romaine favorable à la liberté l'emportait de nouveau et on déclarait libre l'enfant né d'une femme libre, quelle que fût la condition du père; il suffisait même que la mère ait eu cette condition à un moment quelconque de la grossesse. Seules, quelques coutumes, d'ailleurs très rares, continuèrent à appliquer le système des lois barbares; l'enfant était serf dès qu'un des deux parents était de condition servile; le pire emportait le bon (5).

S'il s'était agi de bâtards et non d'enfants légitimes, la question aurait été tout à fait différente. Comme ils n'avaient pas, à proprement parler de parents, ils ne naissaient pas serfs, mais francs hommes de poeste, quelle que fût la condition de leurs parents (6).

(1) L. 5, § 2, *De statu hominum*, l. 5. — Pr. 1. *De ingenuis*, l. 4.

(2) Gaius, *Commentaire*, l. 1, § 86:

(3) Hänel, *Lex romana Wisigothorum*, p. 114 et 115.

(4) Voy. ce que nous avons dit tome II, p. 552. Voy. par exemple la loi des Alamands, tit. VIII, Pertz, *Leges*, t. III, p. 50 et 51; Cpr. p. 136 où l'on trouvera plusieurs autres textes réunis par Merkel. Voy. aussi Zoepfl, *Alterthümer des deutschen Reichs und Rechts*, t. II, p. 228.

(5) Voy. par exemple la coutume du Bourbonnais, art. 119; coutume du Nivernais, chap. VIII, art. 22. L'ancienne coutume de Toulouse porte : « Item, usus est et consuetudo Tholose quod si aliquis civis Tholose habeat hominem de corpore et casalagio, et ille homo habeat filium vel filios, vel filiam, vel filias, illi filii et ille filie sunt homines domini supradicti sicut eorum pater, quamvis matrem habeant liberam illi filii et filie supradicti » (4<sup>e</sup> partie, tit. IV, n° 150, p. 74 de l'édit. Tardif). Cette doctrine fut aussi celle des premiers Capétiens. Voy. à cet égard Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 131.

(6) Beaumanoir, chap. 45, n° 15, t. II, p. 223.

Les enfants nés de parents libres gardaient cette condition même si leurs parents tombaient plus tard dans le servage (1), de même que les enfants nés de serfs restaient dans cette condition même si leurs parents étaient plus tard affranchis (2).

Lorsque les enfants étaient nés du mariage de serfs appartenant à des propriétaires différents, ils étaient souvent l'objet de contestations entre les maîtres des parents; le plus souvent ils étaient partagés entre les deux maîtres, mais dans certaines coutumes, on les attribuait tous au maître de la mère, lequel prétendait même parfois acquérir la propriété du père (3). Ailleurs, l'homme libre qui épousait une serve devenait lui-même serf du seigneur de sa femme, à moins qu'il ne lui abandonnât la dot et, réciproquement, dans le duché et le comté de Bourgogne, la femme libre qui épousait un serf, devenait elle-même la serve du seigneur de son mari, tout au moins pendant la durée du mariage (4).

L'Église reconnaissait, en effet, la validité du mariage entre personnes libres et serves, pourvu qu'il n'y eût aucune erreur de la part de l'époux libre sur la condition de son conjoint; si cette erreur avait existé, elle aurait autorisé à demander la nullité (5).

(1) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. II, p. 283.

(2) Beaumanoir, chap. 45, n<sup>os</sup> 22 et 23, t. II, p. 227.

(3) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. II, p. 171 et 328. Lorsque le roi était un des deux seigneurs, il soutenait que tous les enfants nés des mariages entre serfs royaux et serfs seigneuriaux devaient lui appartenir. Mais souvent des conventions particulières, qui intervenaient ordinairement avec des abbayes, mitigeaient la rigueur de cette règle. Voy. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 131, texte et note 5.

(4) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. I, p. 91; t. II, p. 293, 354, 423; *Coutume du duché de Bourgogne*, chap. IX; *Coutume du comté de Bourgogne*, art. 91.

(5) Le droit canonique se fixa de bonne heure en France en ce sens. Voy. pour les détails, Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 330 et t. II, p. 63. Nous différons toutefois d'avis avec notre savant collègue et ami, sur l'interprétation d'un texte du concile de Verberie. Selon M. Esmein, ce concile autoriserait le divorce dans deux cas : lorsqu'une personne libre aurait par erreur épousé une personne de condition servile et lorsque les deux époux étant libres au jour du mariage, l'un d'eux tombe ensuite en servitude. A notre avis, le canon 6 du concile de Verberie, au lieu de viser deux cas, n'a en vue

A l'origine la condition des serfs variait à l'infini et pour ainsi dire de seigneurie à seigneurie. N'en était-il pas d'ailleurs de même pour les autres personnes, même pour les hommes libres? Le plus souvent la terre était entre les mains des serfs, car ils formaient la classe la plus nombreuse de la population. Mais, il y avait cependant des contrées dans lesquelles ils n'existaient pour ainsi dire pas. C'est ainsi qu'en général on ne trouvait pas de serfs dans les villes neuves (1). Dans d'autres localités, la terre était possédée à la fois par des serfs et par des hommes libres et ceux-ci la cultivaient à des titres très divers. Lorsque la condition des serfs s'améliora successivement et se rapprocha de plus en plus de celle des hommes libres, ces modifications, loin d'amener l'unité, augmentèrent encore les variétés, car elles se produisirent très diversement selon les localités. Dans tel lieu la condition des serfs resta toujours la même, dans d'autres elle se transforma presque complètement et ailleurs encore on vit apparaître des situations intermédiaires. Aussi ne faut-il pas s'étonner si, au temps de Beaumanoir et jusqu'à la fin du moyen âge, la condition des serfs resta très dure dans certaines coutumes, tandis qu'elle était meilleure dans d'autres. Il n'est dès lors pas possible de distinguer, comme l'ont fait certains historiens, deux périodes dans la condition des serfs, celle du servage proprement dit et celle de la mainmorte. Tout variait suivant les coutumes : Ici le serf et le mainmortable se confondent complètement ; là, au contraire la mainmorte implique un adoucissement sensible dans la condition des serfs.

Sous la période franque, la condition du serf ne différait pas sensiblement de celle de l'esclave : il n'avait pas la per-

qu'une seule hypothèse : une personne libre a épousé une personne de condition servile qui passait pour libre et qui était par conséquent en possession de cet état ; le canon décide que si, plus tard, son véritable état de serf est reconnu et si elle retombe en servage, l'autre conjoint pourra demander la nullité du mariage. Voy. le texte dans Esmein, *op. cit.*, t. 1, p. 325, note 3. Ainsi interprété, ce texte n'établit pas un cas de divorce.

(1) Voy. sur ce point Luchaire, *op. cit.*, t. II, p. 139.

sonnalité juridique (1). Sa condition comporta une première amélioration lorsqu'elle se rapprocha de celle du colon ; il continua à être attaché à la terre, mais on lui reconnut une sorte de propriété, en même temps que, sous l'influence de l'Église, on avait admis à son profit les droits de famille. Ce double changement s'était déjà réalisé dans certaines contrées au x<sup>e</sup> siècle (2). L'influence bienfaisante de l'Église fut surtout manifeste du xii<sup>e</sup> au xiii<sup>e</sup> siècle. Dans l'intérêt de la culture de ses terres, elle se gardait d'affranchir les serfs qui lui appartenaient ; mais elle les plaçait dans une condition relativement douce. Aussi certains seigneurs donnaient-ils leurs serfs à l'Église pour améliorer leur situation (3) et on voyait même des hommes libres qui adoptaient spontanément le servage ecclésiastique par des chartes dites de liberté ; on appelait ces serfs volontaires ecclésiastiques des *oblats* (4). On pourrait sans doute citer des monastères qui maltraièrent leurs serfs et les abandonnaient même dans la vieillesse ; mais c'était là de rares exceptions, tout à fait contraires à l'esprit chrétien. Des décrétales des papes conseillèrent aux églises et aux monastères de donner asile aux serfs maltraités par leurs maîtres, et d'autres prononcèrent même la peine de l'excommunication contre ceux qui se permettaient ces violences.

Le régime féodal, de son côté, avait, sous certains rapports, rendu meilleure la condition du serf en l'attachant à la seigneurie plutôt qu'à la terre. Sous ce rapport, le serf fut placé dans une situation meilleure que celle du colon romain auquel il avait été longtemps assimilé.

Beaumanoir, dans ses chapitres 31, 33, 36 et 45, nous fait très exactement connaître quelle était la plus mauvaise condition des serfs de son temps. Il reproche à certaines cou-

(1) Voy. ce que nous avons dit à cet égard dans le tome II, p. 546.

(2) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. I, Prologomènes, n° 37.

(3) Les rois agissaient de même. Voy. cependant ce que dit M. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, t. II, p. 127.

(4) Voy. sur ce dernier point Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 458 à 460.

tumes de reconnaître aux seigneurs des droits trop absolus sur leurs serfs, même le droit de vie et de mort (1); ils peuvent les contraindre à demeurer sur leurs terres, les saisir et les ramener s'ils s'échappent. Tout ce qu'un serf acquiert appartient à son seigneur; celui-ci peut s'en emparer même du vivant de son serf et, à son décès, il acquiert forcément ses biens. Cependant, même dans les coutumes les plus dures, le serf pouvait se marier, avait une famille et les droits du seigneur sur les membres de cette famille étaient beaucoup moins étendus. S'il pouvait les saisir, c'était moins à titre de propriétaire qu'en qualité de seigneur justicier.

Cette dure condition des serfs s'est longtemps maintenue dans nombre de coutumes. C'est ainsi que les anciens usages d'Artois, au lieu de rapprocher le serf du vilain, ont soin de remarquer la distance qui les sépare l'un de l'autre (2). Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine déclarent aussi que tout ce que le serf gagne « en quelque manière que ce soit, il est à son seigneur » (3).

Les *Établissements de saint Louis* font également au serf une situation très pénible : il est homme de corps ou de foi; le seigneur peut le céder temporairement à son frère ou à sa sœur, sans la terre à laquelle il est attaché. Mais sauf ce cas il ne peut pas s'en séparer. Toutefois le serf a déjà un patrimoine et à sa mort la moitié des meubles va même à ses enfants; l'autre moitié seule est attribuée au seigneur, mais à défaut d'enfants celui-ci prend le tout (4). La condition des

(1) Beaumanoir, chap. 45, n° 31, t. II, p. 233.

(2) « Tu n'as point plénière puissance sur ton vilain, et si tu prends du sien, sauf les droits, rentes et redevances qu'il doit, tu le prends contre droit et sur le péril de ton âme, comme roberie. — Et ce que on dist que toutes les choses que vilain a sont à son seigneur; c'est voires à garder; car se eles étoient à son seigneur propres, il n'i oroit nule différence entre serf et vilain. » *Anciens usages d'Artois*, tit. LVII, art. 17. Cfr. tit. I, art. 5; tit. LI, art. 15; tit. LVII, art. 12, 13, 14.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 598, t. II, p. 221. Dans un pays voisin, en Poitou, la question ne pouvait plus se présenter, par la raison qu'il n'y avait plus de serfs. Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 1022, t. II, p. 324.

(4) Voy. sur ces divers points *Établissements de saint Louis*, liv. I, chap. 126 et liv. II, chap. 4 et 32, éd. Viollet, p. 236, 334, 341.

serfs est cependant, comme on le voit, meilleure qu'en Artois. On peut en dire autant de ceux qui vivaient sous l'empire de la coutume de Paris, bien qu'elle leur refuse le droit qui leur était reconnu dans le Beauvoisis, de contracter librement et de faire le commerce, même sans le consentement de leur seigneur (1).

Dans le Beauvoisis, les serfs étaient, il est vrai, encore soumis à quelques droits rigoureux au temps de Beaumanoir ; mais la coutume était cependant pour eux beaucoup plus douce que les autres. Les cens et les taxes personnelles, quelque lourdes qu'elles fussent étaient du moins devenues fixes. Sans doute, le serf était encore soumis à la mainmorte et au droit de formariage, mais le seigneur n'avait pas le droit de le contraindre à rester dans la seigneurie ; il pouvait aller s'établir où il voulait, sauf dans les lieux où son domicile lui aurait conféré la qualité d'homme libre. Dans ce dernier cas, le seigneur exerçait purement et simplement son droit de poursuite ; dans les autres, le droit de suite consistait dans la faculté d'exiger du serf tout ce qu'il devait à son seigneur, bien qu'il ne fût plus sur son domaine, mais le seigneur ne pouvait sous aucun prétexte le contraindre à revenir dans la seigneurie (2). De même dans le Beauvoisis, le mainmortable possédait un pécule dont il avait la libre disposition entre vifs. C'est ainsi qu'il pouvait faire le commerce et vivre largement de ce qu'il gagnait (3). D'ailleurs Beaumanoir (4), tout en nous donnant de précieux renseignements sur les serfs, au sujet de la famille, du mariage, de la propriété, des obligations, ne nous fait pas connaître, d'une manière générale et complète, quelle était la condition de ces personnes. Doit-on conclure de ce silence partiel que l'usage du Beauvoisis était en général conforme

(1) *Livre des constitutions du Châtelet*, § 72 et 77, éd. Mortet, p. 79 et 83.

(2) Beaumanoir, chap. 45, n° 36, t. II, p. 237.

(3) Beaumanoir, chap. 45, n°s 31, 36, 37, t. II, p. 233 et 237. Pour le cas où il acquérait une ostise d'un autre que son seigneur, voy. chap. 45, n° 20, t. II, p. 226.

(4) Tout le chap. 45 de Beaumanoir (t. II, p. 214) est à lire.

à celui de la plupart des coutumes et que le serf y était encore sous le pouvoir plus ou moins discrétionnaire de son seigneur ? L'impression contraire se dégage de la lecture de Beaumanoir. Il semble qu'il ait bien plutôt entendu rapprocher les serfs des hommes de poeste ; toutes les fois qu'il garde le silence, on doit présumer qu'il met les uns et les autres sur la même ligne (1).

De Fontaines ne diffère pas d'avis avec Beaumanoir ; il ne veut pas que le seigneur se montre trop cruel envers son serf ; il lui interdit d'attenter à la chasteté de ses serves ; s'il manque à un de ces devoirs, il sera tenu de vendre son serf ou sa serve. Celui qui met à mort son propre serf est aussi coupable que s'il tuait le serf d'autrui. Mais en s'exprimant ainsi, De Fontaines se borne, suivant son usage, à copier le droit romain (2). Le *Livre de justice et de plet* ne procède pas non plus autrement. Il emprunte aux jurisconsultes romains les principes qu'ils ont établis en faveur des esclaves (3). On peut, sous ce rapport, dire que le droit romain a contribué avec l'Église à améliorer la condition des serfs.

Quelque variée que fût cette condition, les serfs avaient cependant tous la personnalité juridique et, par cela même une certaine liberté, les droits de famille, un patrimoine. Mais ces divers droits comportaient de graves restrictions ; l'amélioration de la condition des serfs s'est réalisée précisément à mesure que ces restrictions se sont atténuées. Pour se rendre nettement compte de leurs effets et de leurs atténuations, il faut successivement parcourir les divers droits qui appartenaient à un seigneur sur ses serfs.

Le plus grave, qui portait la plus sérieuse atteinte à la liberté, était celui qui autorisait le seigneur à contraindre

(1) Dans le Béarn la condition des serfs était aussi très acceptable, en ce sens qu'ils pouvaient acquérir même des biens libres ou alleux. Voy. *Fors de Béarn*, art. 189.

(2) De Fontaines, *Conseil*, Appendice, p. 503 de l'éd. Marnier. Cpr. *Institutes*, *De his qui sui vel alieni juris sunt*, 1, 8 ; Lois 1 et 2, *De his qui sui vel alieni juris sunt*, D. 1, 6 ; Const. 12, *De episcopali audientia*, 1, 4.

(3) *Eod.*, 1, chap. 9, § 1.

le serf à rester sur le territoire de la seigneurie. Si le serf avait voulu aller s'établir ailleurs, le seigneur aurait eu le droit de le poursuivre et de le faire rentrer sur sa terre (1). Aussi ce droit était-il dit droit de poursuite, et le serf qui y était soumis s'appelait *serf de corps et de poursuite*. Pour faciliter la recherche du serf fugitif, l'ancienne coutume de Toulouse permet au seigneur de marquer ses serfs et son commentateur, Casaveten, dit que la marque se fait *cum ferro vel alio instrumento sicut de animalibus* (2). Toutefois cette condition du serf de corps et de poursuite s'améliora par l'introduction dans certaines contrées du principe de la liberté par prescription. Les *Établissements de saint Louis* admettent cette prescription par vingt années de franchise et ils ajoutent que, dans le doute, les juges doivent se prononcer pour la liberté contre la servitude (3). Tout en édictant des dispositions sévères contre les serfs du pays, les villes accueillaient avec faveur ceux qui fuyaient des autres contrées, leur donnaient asile et leur reconnaissaient la liberté et la bourgeoisie, ordinairement au bout d'un an et un jour de résidence. Les seigneurs essayèrent de résister à cette coutume, plaidèrent souvent contre les villes, obtinrent même des ordonnances royales qui défendirent aux villes de recevoir des serfs dans leurs murs sans la permission des seigneurs (4); mais rien n'y fit. Les rois furent plus ou moins complices de ces pratiques, car de leur côté, ils reconnaissaient la qualité d'hommes libres à tous ceux qui se déclaraient leurs hommes dans l'étendue de leur justice. Les sei-

(1) Beaumanoir, chap. 45, n° 36, t. II, p. 237. — Ordonnance de 1230, art. 2, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 30.

(2) 4<sup>e</sup> partie, tit. V, n° 156, éd. Tardif, p. 177.

(3) *Établissements de saint Louis*, liv. II, chap. 31 et 34, éd. Vioilet, t. II, p. 428 et 450.

(4) Voy. par exemple *Olin*, t. I, p. 85, n° 1; p. 530, n° 10; p. 599, n° 14; p. 803, n° 15; p. 933, n° 25. — Ordonnance de 1287, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 314. Cet usage était immémorial à Toulouse et quoique le roi Philippe III eût refusé son approbation à l'article qui le consacrait, on n'en continua pas moins à l'observer dans la suite. Voy. La Faille, *Annales de la ville de Toulouse*, p. 156, 183, 203.

gneurs réclamèrent contre le roi, comme ils avaient réclamé contre les villes, et à un certain moment Philippe le Bel dut leur donner une apparente satisfaction par une ordonnance de 1307, dont les dispositions ne furent d'ailleurs pas sérieusement observées (1).

À l'époque de la rédaction des coutumes, quelques-unes consacraient encore l'existence du droit de poursuite des seigneurs et appelaient serfs de corps ceux qui y étaient soumis (2). Dans certaines parties de la Franche-Comté, notamment sur le territoire de Saint-Claude, le droit de poursuite, se maintint avec une extrême rigueur jusqu'à la Révolution et sans qu'on admit jamais aucune prescription au profit de la liberté. Mais ce fait était très-exceptionnel. En général, à l'époque de la rédaction des coutumes, la condition des anciens serfs de corps était singulièrement améliorée: le seigneur pouvait bien les poursuivre partout pour le paiement des redevances, mais il n'avait plus, pour les contraindre à revenir sur la seigneurie, que le moyen de la saisie des héritages mainmortables (3).

En outre, il existait depuis fort longtemps deux autres classes de serfs qui échappaient au droit de poursuite, ceux de servitude personnelle et ceux de servitude réelle. Les premiers avaient le droit de quitter la seigneurie et d'établir leur domicile ailleurs; mais partout où ils se trouvaient ils conservaient, vis-à-vis de leur seigneur, la condition servile, en devaient les charges, en supportaient les incapacités. Telle était précisément la condition des serfs dans le Beauvoisis (4).

(1) Voy. ce que nous avons dit à cet égard au tome V, p. 98. — Voy. aussi *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 367 et ce que dit Beugnot, *De l'origine et du développement des municipalités rurales en France*, dans la *Revue française* de 1838. Les seigneurs s'entendaient mieux entre eux; ils faisaient des conventions par lesquelles ils s'interdisaient réciproquement d'invoquer la prescription au profit des serfs fugitifs qui s'étaient réfugiés dans leurs domaines.

(2) Troyes, art. 3; Chaumont, art. 3; Vitry, art. 145; Bar, art. 19; Auvergne, tit. XXVII, art. 2; Bourbonnais, art. 202; Marche, art. 144 et 175; Nivernais, chap. VIII, art. 6.

(3) Nivernais, chap. VIII, art. 6, 27, 28; Vitry, art. 145. — Cpr. Britton, chap. 31.

(4) Voir plus haut. — Cpr. Beaumanoir, chap. 45, n° 36, t. II, p. 237. —

Quant aux serfs de servitude réelle ou, comme on disait, *serfs d'héritage*, c'étaient, en réalité, des hommes francs de leur personne et qui étaient soumis au servage uniquement à cause de leur tenure servile. Aussi avaient-ils le droit de désavouer leur seigneur, d'abandonner la tenure servile et de recouvrer la pleine liberté. Mais souvent ce droit était subordonné à la condition de laisser au seigneur tout ou partie des biens meubles ou immeubles que possédait le désavouant outre sa tenure servile (1).

Il était interdit à tout serf ou mainmortable de contracter mariage sans le consentement de son seigneur, soit avec une personne libre, soit avec une personne serve d'une autre seigneurie. L'Église reconnaissait la validité des mariages entre libres et serfs, pourvu qu'il n'y eût point d'erreur (2). Dans certaines coutumes le serf avait besoin de l'autorisation de son seigneur, même s'il se mariait avec une autre personne de la seigneurie, et il ne l'obtenait qu'à la condition d'acquitter un certain droit. C'est notamment le système qui se maintint dans le Parisien (3). Le consentement du seigneur se justifiait plus facilement lorsque le serf voulait épouser une personne libre ou une personne serve d'une autre seigneurie. Dans ces circonstances, en effet, le seigneur était menacé d'un certain préjudice. Si le mariage avait eu lieu entre serfs de sa seigneurie tous les enfants à naître lui auraient appartenu. Mais, à qui fallait-il les attribuer dans les mariages entre serfs de deux seigneuries, ou entre serfs et francs? Les uns voulaient que les enfants, étant nés de légitime mariage, suivissent toujours la condition du père (4); mais

Wauters, *De l'origine et des premiers développements des libertés communales en Belgique et dans le nord de la France*. Preuves, p. 1.

(1) Durand, *Speculum*, tit. de Feudis, n° 36, p. 311. — *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, p. 316, 347, 423, 457. Sous la même condition, ce serf d'héritage pouvait embrasser la prêtrise.

(2) Pour les détails, voir Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 318 et suiv.

(3) Voy. *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1873, p. 323. — *Livre des constitutions du Châtelet*, § 72, p. 79.

(4) Durant, *Speculum*, tit. De Feudis, n° 5, p. 307. — Chassanceus, *In consuetudines ducatus Burgundia*, sur l'art. 3, tit. IX.

L'opinion contraire avait très généralement prévalu et on décidait dans tous les cas, que les enfants devaient suivre la condition de la mère (1). Si l'on adoptait le premier système le seigneur était donc lésé lorsque sa serve épousait un homme libre ou un serf d'une autre seigneurie; dans le second système, il éprouvait un préjudice lorsque son serf épousait une femme libre ou serve d'une autre seigneurie. Parfois les seigneurs avaient évité les difficultés qui auraient pu s'élever entre eux au moyen d'échanges ou de conventions qui partageaient les enfants à naître (2). Mais on comprit ensuite que le moyen le plus simple serait d'exiger le consentement du seigneur toutes les fois qu'une personne serve voudrait contracter un formariage, c'est-à-dire un mariage avec une personne qui ne dépendait pas de la même seigneurie. L'union contractée sans cette autorisation aurait été valable, ainsi le voulait l'Église, mais le serf encourait une peine plus ou moins sévère suivant les coutumes, perte de sa tenure, parfois même confiscation de tout ou partie de son patrimoine au profit du seigneur, parfois simple amende (3).

Le serf ne pouvait pas non plus entrer dans le clergé ou dans les ordres religieux sans le consentement de son seigneur et ce consentement valait affranchissement. On s'était demandé si l'autorisation du seigneur immédiat suffisait ou s'il fallait encore celle des seigneurs supérieurs jusque et y compris le roi. D'après les anciens usages, en effet, un seigneur ne pouvait pas affranchir son serf sans le consentement du suzerain; autrement le serf aurait conservé sa condition, mais serait tombé sous la puissance du suzerain de son

(1) Beaumanoir, chap. 45, n° 15, t. II, p. 222.

(2) Voy. *Assises de Jérusalem*, Jean d'Belin, chap. 278. — Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 1007, 1008, 1021. — Luchaire, *Louis VI le Gros*, n°s 212 et 339, p. 105 et 157. — Coutume de Nivernais, tit. VIII, art. 23 et 31. — Voy. aussi Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 131.

(3) Beaumanoir, chap. 45, n° 31, t. II, p. 233. — Chaumont, art. 3; Troyes, art. 3; Vitry, art. 144.

seigneur (1). Toutefois on avait décidé, de très bonne heure, que le consentement du seigneur immédiat suffisait toutes les fois qu'il s'agissait d'affranchir un serf pour lui donner la tonsure (2). Si un serf s'était fait clerc sans le consentement de son seigneur, on n'hésitait pas à le dégrader et à le rendre à la servitude toutes les fois qu'il n'avait reçu que les ordres mineurs. Mais la question était plus délicate lorsqu'on lui avait donné les ordres majeurs. On admettait cependant très généralement, sous l'influence de l'Église qui refusait de le laisser retourner à son ancienne condition, que ces ordres majeurs valaient affranchissement. Mais celui qui avait eu le tort de les donner encourait des dommages-intérêts et celui qui les avait reçus continuait à être tenu de tous ses services vis-à-vis de son seigneur, et quant aux services de corps il devait mettre une autre personne à sa place (3).

Le serf ayant la personnalité juridique pouvait, en principe, acquérir toute espèce de biens, meubles ou immeubles, sauf exception pour les tenures nobles et parfois aussi pour les tenures roturières.

Cependant le serf acquérait valablement un fief, pourvu que ce bien relevât de son seigneur et alors ce fief, à la mort du serf, revenait au seigneur (4). On permettait aux serfs de traiter à titre onéreux, sans aucune restriction sérieuse; aussi arrivaient-ils parfois, par leurs travaux, agriculture, industrie, commerce, à acquérir une véritable fortune qu'ils employaient en partie à acheter la liberté à leurs seigneurs;

(1) Beaumanoir, chap. 45, n° 18, 25, t. II, p. 225, 230.

(2) Voy. les observations de Laurière sur les *Institutes coutumières* de Loysel, liv. I, tit. 1, règle 79.

(3) Voy. sur ces divers points Beaumanoir, chap. 45, n° 17 et 28, t. II, p. 224 et 231. — *Coutume du Nivernais*, chap. 8, art. 17. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 1, règle 80. Cpr. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> éd., notes et appendices, t. II, p. 340; Luchaire, *Louis VI le Gros*, n° 240.

(4) Beaumanoir, chap. 48, n° 6, t. II, p. 256. Le serf tenait alors de son seigneur par féauté, sans faire hommage. Si le fief relevait d'un autre seigneur, celui-ci pouvait contraindre le serf à vider ses mains dans l'an et jour; au bout de ce temps, si le serf n'avait pas obtempéré, le seigneur reprenait son fief, faute d'homme.

ils arrivaient même, d'autres fois, à jouir d'un véritable état de liberté de fait et, comme ils passaient pour libres, ils parvenaient aux plus hautes fonctions. C'est ainsi que le célèbre Nicolas de Baye, qui fut greffier au Parlement de Paris, au commencement du xv<sup>e</sup> siècle et qui mourut conseiller à cette cour de justice, était resté serf; mais ce fut seulement à sa mort que la question fut soulevée par le fise à l'occasion de la dévolution de sa succession (1).

On reconnaissait aussi à tout serf la faculté d'aliéner entre vifs. Toutefois il ne pouvait pas disposer de sa tenure servile, l'aliéner, la grever de servitudes ou autres charges réelles, sans le consentement de son seigneur; autrement il aurait encouru la commise et le seigneur aurait pu reprendre cette tenure en vertu d'un véritable droit de confiscation. Lorsqu'un serf est marchand, ajoute Beaumanoir, il peut vivre largement avec ce qu'il gagne (2).

Au point de vue des transmissions à cause de mort, l'incapacité des serfs était beaucoup plus grave; à vrai dire ils étaient incapables de transmettre par succession testamentaire ou *ab intestat*. C'est précisément pour ce motif qu'on les appelait des *mainmortables*, la main étant considérée comme le moyen de transmission par excellence. En outre, pour les empêcher de se soustraire à cette incapacité par des libéralités entre vifs, on leur défendait aussi bien les donations que les testaments (3). A la mort du serf, le seigneur reprenait donc sa tenure et avec elle tous les autres biens, meubles ou immeubles, que le serf avait acquis pendant sa vie et dont il n'avait pas disposé à titre onéreux. Le serf était d'ailleurs en dernier lieu tenu d'acquitter les dettes de la suc-

(1) Voy. la préface de Tuetey en tête du tome II du *Journal de Nicolas de Baye*.

(2) Beaumanoir, chap. 45, n° 37, t. II, p. 237. — Guillaume Durant, *Speculum juris*, au titre *De feudis*. — Coutume du comté de Bourgogne, art. 95; La Marche, art. 143. — Toutefois, dans certaines contrées, les serfs d'une même seigneurie pouvaient faire entre eux des mutations de leurs tenures serviles. Voy. Coutume du duché de Bourgogne, chap. 9, art. 10; Nivernais, chap. 8, art. 9; Bourbonnais, art. 201 et 202.

(3) Voy. *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1873, p. 323.

cession sur les biens autres que la tenure servile (1). Toutefois l'Église avait la première contribué à l'amélioration de cette condition en faisant admettre que le serf devait avoir le droit de faire des libéralités testamentaires modiques pour le repos de son âme. On lui permit donc de tester jusqu'à concurrence de cinq sous (2). Il n'aurait pu disposer plus largement, qu'avec la permission de son seigneur. Mais *ab intestat* le serf n'avait même pas ses enfants pour héritiers : tous ses biens étaient, de plein droit, acquis au seigneur (3). Parfois il intervenait avec le seigneur une transaction qui, moyennant indemnité, limitait la rigueur de ces principes. Ainsi s'établit la coutume de reconnaître aux serfs certains héritiers qui prenaient à sa mort sa tenure servile et ses autres biens, moyennant, pour le seigneur, un droit en argent ou en nature, consistant par exemple dans la meilleure bête de l'étable ou dans quelqu'autre objet mobilier au choix du maître. Mais, d'ailleurs, celui-ci était encore libre de fixer qui serait héritier et de déterminer arbitrairement l'étendue de son indemnité. Puis, ce droit rigoureux et vague se régularisa et se modifia à son tour. On admit presque partout que les enfants et autres descendants seraient de droit les héritiers *ab intestat* du serf, sauf prélèvement d'un objet mobilier pour le seigneur (4); dans certaines contrées le testament fut même permis et d'autres héritiers que les enfants furent reconnus *ab intestat*; mais ces deux faits restèrent absolument exceptionnels.

Ce qui devint très général dans les pays de coutume, ce fut l'établissement d'un régime particulier de succession pour les serfs qui vivaient en communauté. Le développement de ce système s'explique à la fois par l'intérêt des seigneurs et par celui des serfs. La culture des terres était mieux assurée

(1) Chaumont, art. 154; Troyes, art. 3; Vitry, art. 112; Auvergne, tit. XXVIII, art. 3; La Marche, art. 157.

(2) Duché de Bourgogne, chap. 9, art. 15 et 16; comté de Bourgogne, art. 100; Nivernais, chap. 8, art. 24 et 25; La Marche, art. 164.

(3) Beaumanoir, chap. 12, n° 3, t. I. p. 180.

(4) Beaumanoir, chap. 45, n° 31, t. II, p. 233.

et le recouvrement des créances mieux garanti au seigneur lorsque ses serfs étaient réunis en communauté; d'un autre côté cependant cet état de communauté autorisait les serfs à soutenir qu'à la mort de l'un d'eux ce qu'il possédait ne devait pas retourner au seigneur mais rester à la communauté, car le défunt n'en était pas seul propriétaire, mais plutôt simple communier et les seigneurs admirent d'autant plus facilement ces prétentions qu'après tout les mutations entre communiars ne leur portaient aucun préjudice. Aussi le droit de succession entre serfs prit-il de fortes racines dans ces communautés taisibles. Toutes les fois que les enfants d'un serf vivaient avec lui, de son pain, de son sel et à son pot, on disait qu'il était en *celle*, du latin *casella* qui désigne la demeure du serf; ceux qui avaient quitté la maison paternelle et fondé des établissements séparés étaient au contraire hors de *celle*. A la mort du père, la communauté subsistait entre ses enfants serfs qui, à ce moment, vivaient en communauté avec lui (1). Quant aux enfants qui étaient hors de *celle*, ils ne pouvaient prétendre à rien (2). On se demanda alors si ceux qui étaient restés en *celle* prenaient toute la succession ou si le seigneur ne pouvait pas, par droit de mainmorte, s'emparer de la part des enfants mis hors de *celle*. La solution la plus équitable finit par l'emporter : les enfants restés en *celle* eurent droit de prendre tous les biens du défunt, mais à charge d'en faire part à leurs frères hors de *celle*, ce qui revient à dire que tous héritaient (3).

Dans certaines coutumes on alla encore plus loin : les autres parents du serf décédé lui succédèrent, à défaut d'enfants, à la condition qu'ils fussent, eux aussi, serfs com-

(1) *Li droit et li coutumes de Champaigne et de Brie*, chap. LX; Masuer, *Practica forensis*, tit. XXXIII, n° 20; Chassanaeus, *In consuetudines ducatus Burgundie*, tit. IX, art. 18; Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 1, tit. 1, règle 74.

(2) Dans certaines coutumes on admit que l'établissement séparé d'un seul des enfants supprimait la communauté et le droit de succession pour tous, mais ce fait fut exceptionnel et il supposait en outre que l'enfant, en partant, avait pris sa part. Voy. *Coutume du Nivernais*, chap. 8, art. 9, éd. Dupin, p. 225.

(3) Coutume de Bourgogne, art. 17; Troyes, art. 5; Chaumont, art. 3. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. 1, tit. 3, règle 83.

muns en biens et relevant de la même seigneurie (1). C'était une nouvelle faveur accordée aux communautés taisibles et une application logique de ce principe qu'il y avait moins succession que continuation de la communauté. On aura en effet remarqué que, pour profiter de ce droit de succession, il ne suffisait pas d'être parent du défunt et d'appartenir à la même seigneurie; il fallait encore avoir vécu en communauté avec le *de cuius*. Or, les serfs étaient réputés communs en biens tant qu'ils formaient un seul ménage et qu'il n'intervenait entre eux aucun partage. Il fallait d'ailleurs la réunion de ces deux conditions : dès qu'il y avait partage, même vis-à-vis d'un seul des communiens et bien qu'ils continuassent à vivre tous ensemble, la communauté cessait et il en était de même s'ils formaient des ménages différents, bien que les héritages restassent indivis. Cependant l'esprit d'équité fit admettre que, dans certains cas, un serf aurait la faculté de se séparer de la communauté sans que celle-ci fût dissoute. Un fils pouvait quitter ses parents pour étudier ou pour remplir un service public; une veuve avait le droit de quitter la servitude sous laquelle elle avait vécu avec son mari pour reprendre celle où elle était placée avant son mariage; l'enfant d'un premier lit pouvait abandonner son père lorsque celui-ci se remariait; la fille était bien obligée de quitter la seigneurie de son père lorsqu'elle se mariait hors de cette seigneurie. Enfin, on permettait aux communiens de donner à l'un d'entre eux son lot toutes les fois qu'il avait un caractère tellement insupportable qu'il rendait intolérable la vie en commun, et dans tous ces cas la communauté subsistait malgré le départ d'un de ses membres (2).

D'ailleurs, nous arrivons à une période où les seigneurs apprécièrent très diversement ces communautés taisibles. Les uns ne les acceptèrent qu'à la condition de conserver leurs droits sur les biens des mainmortables; c'est ainsi que

(1) La Marche, art. 155; Coutume de Bourgogne, tit. IX, art. 13; Ancienne coutume de Bourgogne, art. 60. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 1, règle 74.

(2) Coutume du Nivernais, chap. 8, art. 9, 11, 14.

dans certaines contrées les parents, même communiens, furent définitivement exclus de la succession, à l'exception des descendants, de sorte que le seigneur prenait les biens si son serf était mort sans postérité (1). Dans d'autres contrées, on alla jusqu'à décider que si les serfs faisaient des ménages différents, la communauté ne cessait que pour les meubles et subsistait pour les immeubles; pour ces derniers biens, la succession des parents excluait la mainmorte du seigneur. On permettait aussi aux serfs qui avaient complètement dissous la communauté, de la rétablir, quant aux meubles, sans le consentement du seigneur, et, quant aux immeubles, avec son autorisation (2).

Lorsqu'un serf décédait sans parents de sa condition communs en biens avec lui, on attribuait au seigneur, non seulement sa tenure servile, mais tout ce qu'il avait pu acquérir, même ses tenures libres. Ainsi ces derniers biens n'allaient pas aux parents libres du défunt, car le franc ne succédait pas au serf, pas plus que le serf ne succédait au franc (3). Cependant, dans le dernier état du droit de certaines coutumes, le seigneur n'était saisi, par la mort de son serf, que des biens tenus en mainmorte et les autres biens étaient dévolus à ses parents de condition libre; mais dans ces mêmes contrées on admettait, par réciprocité, que le serf pouvait succéder au franc (4).

(1) Chaumont, art. 154; Troyes, art. 3; Vitry, art. 42.

(2) *Ancienne coutume de Champagne*, art. 29; La Marche, art. 155. — D'après la coutume du Nivernais, au contraire, chap. 8 et 9, la séparation des ménages faisait cesser la communauté, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles et les anciens parsonniers ne pouvaient la rétablir qu'avec le consentement du seigneur.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 1, règle 72. — Nivernais, chap. 8, art. 7.

(4) Troyes, art. 91; Bourbonnais, art. 200. Il y avait un cas où, même dans les premières coutumes, le franc succédait au serf: c'était celui où un franc avait des enfants serfs d'un premier mariage et des enfants francs d'un second mariage parce qu'il avait épousé d'abord une serve et ensuite une franche: dans ce cas, l'enfant qui succédait aux biens en mainmorte les acquérait pour tous, pour ses frères et sœurs de condition franche, comme pour ceux qui étaient serfs (et peu importait que ceux-ci fussent en celle ou hors de celle), et ces enfants partageaient entre eux les héritages serfs. Il pouvait les posséder tant

Un autre trait commun à tous les serfs et mainmortables était l'obligation de payer au seigneur les redevances les plus diverses, en argent ou en nature. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, on emploie le mot *taille* et on proclame à l'envi que les serfs sont *taillables à merci*, c'est-à-dire à la discrétion de leurs seigneurs. Ils doivent aussi des corvées à merci, c'est-à-dire des journées de travail, le plus souvent avec leurs bœufs et charrettes, pour faire la moisson, la fenaison, la vendange, pour chercher les provisions du seigneur, etc., etc. Ces charges étaient-elles lourdes? Tout dépendait des exigences des seigneurs. Les uns se montraient durs, d'autres, au contraire, étaient bienveillants. En général la taille était assez rigoureuse, qu'elle fût personnelle ou réelle, c'est-à-dire qu'elle portât sur l'ensemble du revenu ou seulement sur la tenure servile (1). Le plus souvent la taille était personnelle; le seigneur en fixait le montant, ses officiers en faisaient la répartition, et dans nombre de coutumes les serfs étaient représentés à cette répartition et y prenaient part. Les corvées étaient aussi parfois très gênantes pour les serfs, par cela même qu'elles consistaient en journées de travail gratuit et aux époques où ils avaient précisément besoin de tout leur temps pour leurs travaux personnels. Le *chevage*, au contraire (2), ne grevait pas sérieusement les serfs, pas plus que le cens qui pesait sur les tenures roturières et dont il avait la nature. Ce chevage était récongnitif de la servitude, de même que le cens était payé en reconnaissance de la seigneurie; il consistait, en général, en une somme modique et fixe, payée une fois par an, à une époque déterminée. Dans la suite, la taille prit le même caractère de fixité, sans changer de nature. En d'autres termes, le serf ne fut plus taillable à merci; le montant de la taille fut fixé une fois pour toutes et d'une manière

que le seigneur de la mainmorte ne l'obligeait pas à vider ses mains. Coutume du Nivernais, chap. 8, art. 19; Coutume de Meaux, art. 48 et 77; Coutume de Bourgogne, tit. *Des mainmortes*, art. 17.

(1) Voy. un exemple de taille réelle dans Guilhaiermoz, *Enquêtes et procès*, p. 295.

(2) *Capitagium, cavagium, cavalitium, capitalitium, capitale*, etc.

définitive, soit au moyen d'un contrat intervenu entre le seigneur et les serfs et qui constituait un véritable abonnement, soit par le seul effet de la coutume (1).

Le serf était en général incapable d'occuper aucun office public (2); ainsi il ne pouvait pas remplir les fonctions de juge; ni par conséquent celles d'arbitre, car pour pouvoir accepter cette mission, il fallait avoir la capacité d'être juge. On lui interdisait aussi de se porter plègue sans le consentement de son seigneur, à moins que ce ne fût au profit d'un autre serf de la même seigneurie; sinon le seigneur aurait eu le droit de demander la nullité de la plègerie. Cette incapacité tenait peut-être à ce qu'on envisageait la plègerie comme une sorte de fonction, ou bien encore elle avait été admise par la même raison qui avait fait interdire les donations, à savoir que le serf aurait ainsi diminué son patrimoine aux dépens de son seigneur.

Pendant la première partie du moyen âge le serf n'avait accès que devant la justice domestique de son seigneur; devant les autres juridictions, il était représenté par son maître (3). Plus tard, on ouvrit aux serfs les autres juridictions; mais le duel judiciaire leur fut toujours interdit. C'est qu'en effet si le combat judiciaire avait amené la défaite d'un serf, les conséquences en seraient retombées sur le seigneur qui aurait été privé de son homme et de ses biens. Le serf ne pouvait pas non plus être témoin dans les grands procès criminels, à moins que les parties ne fussent de sa condition, mais rien ne s'opposait à ce qu'il déposât devant la cour ou devant les enquêteurs en matière civile, s'il s'agissait d'un

(1) Voy. sur ces divers points Beaumanoir, chap. 32, n° 21, t. II, p. 473; chap. 45, n° 31, 36 et 37, t. II, p. 233, 237; Chassanœus, *In consuetudines ducatus Burgundiæ*, édit. Lyon, 1574, p. 1285; coutume du Nivernais, chap. 8, art. 1 et 5; Troyes, art. 3. — Cpr. Chénon, *Histoire de Sainte-Sévère en Berry*, p. 232 et Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 456 et suiv.

(2) Mais en fait certains serfs passaient pour libres et arrivaient à ces charges.

(3) Voy. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 257, 258, 260, 273. — Certains serfs essayaient d'échapper à cette juridiction domestique qui ne leur donnait aucune garantie, en se déclarant hommes libres.

délit léger. C'est du moins ce que nous apprend Beaumanoir (1). Il semble bien que cette législation soit le résultat de la modification des usages antérieurs et qu'à l'origine un serf ne pouvait être témoin que dans le procès d'un serf. Ce qui le prouve, c'est que nous possédons de nombreux actes concédés précisément à titre de privilège à des serfs et qui leur permettent d'être témoins en justice (2).

Les serfs arrivaient à la liberté de plusieurs manières. On a vu qu'elle leur était conférée par la possession d'an et jour ou par l'expiration d'un délai plus long, après leur établissement hors de la seigneurie. Le serf pouvait aussi désavouer son seigneur et alors il devenait libre, même s'il triomphait à tort en justice (3). Ces questions d'état étaient très fréquentes au moyen âge, et les coutumiers consacrent de longs développements à leur procédure. Lorsqu'un serf désavouait son seigneur, d'une manière générale ou par un fait particulier, par exemple, en refusant d'acquitter une redevance, le seigneur devait le poursuivre, non pas devant son propre tribunal, mais devant la justice du lieu dont le défendeur était levant et couchant, s'il se prétendait homme libre et, dans le cas contraire, devant la cour du seigneur qu'il reconnaissait pour maître. Le défendeur établissait qu'il était homme libre, en prouvant qu'il était né d'une mère franche ou d'une mère affranchie (4), ou encore en montrant qu'il était bâtard ou

(1) Beaumanoir, chap. 39, nos 32 et 66, t. II, p. 103 et 119.

(2) Voy. par exemple Mabillon, *Analecta*, t. II, p. 563; Luchaire, *Louis VI le Gros*, nos 63, 82, 95, 140, 243, 403. Du même, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> édit., notes et appendices, t. II, n<sup>o</sup> 16, p. 338. On remarquera que quelques-uns de ces textes accordent aussi aux serfs le droit de se battre en duel.

(3) Ces dispositions ont plus tard passé dans les coutumes. Voy. notamment : Coutume de la Marche, art. 147; Coutume du duché de Bourgogne, chap. 9, art. 9; Coutume du comté de Bourgogne, art. 86; Coutume de Vitry, art. 46; Coutume d'Auvergne, chap. 27, art. 11. Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 376.

(4) Dans ce second cas, l'affranchissement de la mère devait lui-même être établi par les lettres du seigneur ou par témoins.

qu'il avait la qualité de clerc ou qu'il avait été lui-même affranchi, etc. (1).

De toutes les manières de sortir de la servitude, la plus sûre et la plus fréquente était encore l'affranchissement. Mais, pendant fort longtemps, cette acquisition de la liberté complète fut entravée par le principe du droit féodal qui interdisait à tout vassal d'affranchir les serfs de son fief, sans le consentement des seigneurs dominants; c'était la conséquence d'une règle plus générale qui lui défendait de diminuer ou d'abrèger son fief sans la permission de son seigneur. Si le vassal avait négligé cette loi et affranchi son serf de sa seule autorité, celui-ci serait sans doute sorti de la puissance de son maître immédiat, mais pour tomber sous celle du seigneur dominant, et si ce nouveau seigneur l'avait à son tour affranchi de la même manière, le serf aurait été dévolu au seigneur supérieur et ainsi de suite jusqu'au roi. Or, souvent ces divers seigneurs successifs ne donnaient leur consentement que moyennant finance et le serf était parfois dans l'impossibilité d'arriver à la liberté si son seigneur ne venait pas à son secours. A l'époque des *Établissements de saint Louis* et au temps de Beaumanoir, l'affranchissement exigeait encore le consentement de tous les seigneurs suzerains en remontant jusqu'au souverain, c'est-à-dire jusqu'au haut baron (2). L'ordonnance de Louis le Hutin, de 1315, donna aux seigneurs l'autorisation de « ramener homme de corps à franchise », sans réserve d'aucun droit à payer au roi comme seigneur suzerain (3). Dans la suite, on admit qu'en cas d'affranchissement sans le consentement des seigneurs supérieurs, le serf serait dévolu au roi, comme souverain fiefieux du royaume et on en conclut qu'il serait

(1) Voy. sur ces divers points Beaumanoir, chap. 45, n° 12 et suiv., t. II, p. 221 et suiv.

(2) *Établissements de saint Louis*, liv. II, chap. 32 (34), t. II, p. 441; Beaumanoir, chap. 45, n° 18, 25, 26, t. II, p. 225 et 230. Cpr. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 943.

(3) Ordonnance du 2 juillet 1315, Isambert, t. III, p. 102.

libre avec le seul consentement de son seigneur immédiat et celui du roi, sans être obligé de payer aucune redevance aux seigneurs intermédiaires. C'est le système qui a été en dernier lieu consacré par un certain nombre de coutumes (1).

Les formes de l'affranchissement variaient à l'infini et ne paraissent pas avoir été jamais soumises à des règles très précises. Sous le règne de Louis VI, le roi pratique encore l'affranchissement par le denier, conformément à la loi salique (2). Mais, en général, l'affranchissement se faisait par écrit, au moyen de chartes de liberté (3). Les *Assises de Jérusalem* parlent aussi de l'affranchissement par testament ou devant témoins (4), et il semble bien que ces modes aient été aussi usités en France. L'affranchissement pouvait encore avoir lieu en justice, même devant le roi. Parfois il était tacite et résultait d'un certain acte; par exemple, le seigneur qui épousait sa serve, connaissant sa condition, la rendait de plein droit femme franche (5).

Les modalités et les clauses les plus diverses se rencontraient dans ces actes; le plus souvent le seigneur affranchissait lui-même son serf; parfois cependant il le donnait à une abbaye à la condition que celle-ci lui conférerait la liberté; mais alors l'abbaye gardait certains droits sur cet affranchi (6). Tantôt le seigneur affranchissait un seul serf; d'autres fois le bénéfice s'étendait aux enfants ou à toute la famille; enfin, il arrivait que tous les serfs d'une contrée obtenaient la liberté en bloc. Il était rare que le seigneur

(1) Vitry, art. 149; Meaux, art. 58. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, t. 1, règle 73.

(2) Luchaire, *Louis VI le Gros*, n° 79, p. 43.

(3) Voy. des formules d'affranchissement des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 214. — Baluze, *Capitulaires*, t. II, p. 444. — Beaumanoir, chap. 45, t. II, p. 252 et 257. — Littleton, section 204. — Luchaire, *Louis VI le Gros*, n°s 28, 179, 440, 482, 667.

(4) *Cour des bourgeois*, chap. 206 et 207, t. II, p. 140.

(5) Beaumanoir, chap. 45, n° 34, t. II, p. 235.

(6) Luchaire, *Louis VI le Gros*, n° 166. — Parfois le roi agissait en sens inverse : il affranchissait un serf et le donnait ensuite à une abbaye. Voy. Luchaire, *ibid.*, n° 482, p. 225.

renonçait gratuitement à ses droits; le plus souvent il exigeait le paiement d'un prix qui consistait soit en une somme une fois donnée, soit en prestations périodiques. Le seigneur imposait rarement au serf la condition d'abandonner les terres qu'il avait jusqu'alors possédées; il préférait au contraire l'affranchir, à la charge de s'établir ou de rester dans le domaine en qualité de censitaire (1). Dans ces circonstances, le serf, devenu libre, ne changeait pas de nom. Aussi la confusion s'accrut-elle à mesure que les affranchissements se multiplièrent, les mêmes mots désignant, suivant les contrées, des serfs ou des hommes libres. Tels sont les termes *d'hôtes, colons, colliberts, ou cuverts* (2).

Les seigneurs ne tardèrent pas à constater que ces affranchis restés sur leurs terres leur rendaient plus de services que les serfs: d'abord, pour obtenir la liberté, ils payaient une cer-

(1) *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, t. II, p. 277, 293, 294, 297, 457.

(2) Sur les hôtes, voy. ce que dit Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 134. Sur les colliberts ou cuverts, voy. ce que nous avons dit dans *l'Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 246 où ont été longuement exposées les controverses auxquelles ils ont donné lieu. — Cpr. Lamprecht, *Beiträge zur Geschichte des französischen Wirthschaftslebens im elften Jahrhundert*, Leipzig, 1878, p. 151. Certains colongers d'Alsace avaient été originairement des serfs, puis ils étaient devenus des hommes libres, le plus souvent avec le droit de quitter le domaine et l'obligation, s'ils y restaient, de supporter certaines charges, redevances, corvées, droit de gîte. Mais ce qui est tout particulièrement curieux, c'est que ces colongers, tout en changeant de condition, conservèrent intacte leur organisation de l'époque franque, vivant en communauté avec un maire à la fois intendant du seigneur et chef des colongers qui le plus souvent l'étaient, sauf ratification du seigneur, tenant comme à l'époque carolingienne, des plaids ou cours colongères, plaids de maires où les échevins ou jurés jugeaient les contestations entre colongers relatives aux tenures, plaids généraux réunis trois fois par an par le seigneur, où tous les colongers devaient se rendre sous peine d'amende, pour entendre la lecture des coutumes, statuer sur les différends qu'elles faisaient naître et juger tous les procès nés entre l'annonce et la tenue du plaid général. Quant aux procès civils et criminels nés à une autre époque, ils étaient portés au plaid particulier du maire, sauf exception pour les crimes les plus graves qui allaient toujours au plaid général du seigneur. Voy. Stoff, *Le régime colonger dans la haute Alsace et les pays voisins, à propos d'un rôle colonger inédit du XV<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1893, t. XVII, p. 45. — Mossmann, *Les colonges lorraines en Alsace*, dans les *Mémoires de l'Académie de Stanislas*, année 1887, p. 114 et suiv. — Hanauer, *Les constitutions des campagnes de l'Alsace au moyen âge*, Paris, 1865, 1 vol. in-8.

taines somme qui enrichissait les seigneurs; devenus possesseurs en leur nom propre, ils avaient intérêt à rester sur terre au lieu de s'enfuir et l'expérience avait prouvé aux seigneurs que leur droit de poursuite sur les serfs était bien souvent inefficace dans les temps de trouble; enfin le travail de ces hommes libres, par cela même qu'il était plus intéressé, était aussi plus productif. Il ne faut donc pas s'étonner si les seigneurs finirent par accorder assez facilement des affranchissements. L'Église, il est vrai, ne leur donnait pas l'exemple et elle contribua beaucoup moins à la disparition du servage féodal qu'à celle de l'esclavage antique. Elle estimait, à tort ou à raison, que la condition des serfs de ses domaines était à tous égards plus utile et plus douce que celle des hommes libres et pauvres à la fois. En conservant les serfs sur ses terres elle était dispensée de recourir à des ouvriers libres qu'il aurait fallu payer assez largement. Au XIV<sup>e</sup> siècle, le nombre des serfs avait diminué dans les domaines laïques, à ce point, que les seigneurs n'en avaient plus assez pour construire ou entretenir leurs châteaux. Ils étaient obligés de traiter avec des ouvriers libres qui travaillaient à la journée et faisaient même souvent partie de corporations régulièrement organisées (1). L'Église évitait ces ennuis en gardant ses serfs. D'ailleurs elle les traitait humainement et veillait au salut de leur âme; n'était-elle pas en droit de dire que cette douce servitude était préférable à une liberté précaire et dangereuse? Elle assistait à tous les troubles des communes du Centre et du Nord et en éprouvait une véritable horreur. N'aurait-elle pas contribué à ces désordres si elle avait donné la liberté aux serfs?

C'était, en effet, surtout dans les villes que le servage avait disparu le plus rapidement; la charte conférée par le roi ou

(1) Un pareil fait devenu fréquent au XIV<sup>e</sup> siècle, se serait rarement produit dans les siècles précédents où les seigneurs possédaient assez de serfs pour se passer d'ouvriers libres. Voy., par exemple, Lambert d'Ardrès, cap. CLII. *Chronicon Ghisnense et Ardense*. Ed. du marquis Godefroy Menilglaise, p. 377-381. Cpr. Gautier, *La Chevalerie*, p. 470.

par le seigneur donnait la liberté aux habitants. Les croisades contribuaient aussi à l'extinction du servage : pour se créer des ressources, les seigneurs donnèrent la liberté à leurs hommes moyennant argent, avant de partir pour les Lieux Saints.

Mais ce fut surtout la royauté qui, par des raisons très diverses, tantôt pour se procurer de l'argent, d'autres fois pour faire échec à la féodalité, d'autres fois encore par pur esprit de bienveillance, multiplia les affranchissements. Louis VI le Gros conférait assez volontiers la liberté à ses serfs (1). C'est à lui qu'on doit la charte de Lorris, renouvelée plus tard par Louis VII et par Philippe-Auguste. Louis VII multiplie les affranchissements et les rend parfois collectifs. En 1147, il accorde une demi-liberté aux habitants d'Orléans; en 1180, il les décharge de toute servitude (2). Philippe-Auguste imita cet exemple : la charte qu'il donna à la ville de Soissons, en 1181 (3), supprima la mainmorte dans cette commune. A la même époque, en 1182, l'archevêque de Reims conférait aux habitants de Beaumont en Champagne, une charte favorable à la liberté et qui exerça encore plus d'influence que celle de Lorris. De leur côté les comtes de Champagne affranchissaient, en 1230 et en 1242, tous les habitants de la ville et châtellenie de Troyes (4). En Bourgogne, le comte Renault II avait supprimé la mainmorte dans ses possessions dès la première moitié du xii<sup>e</sup> siècle. En 1302, le roi affranchissait ses serfs dans les sénéchaussées de Beaucaire, Carcassonne, Toulouse, Rouergue, Gascogne, Agénois (5). Enfin, Louis le Hutin, par sa célèbre ordonnance de 1315, termina l'œuvre commencée par ses prédécesseurs en déclarant libres

(1) Voy. les nombreux textes relevés dans Luchaire, *Louis VI le Gros*, *passim*, aux dépens du servage.

(2) Voy. *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 214.

(3) *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 219. — On sait que cette charte fut adoptée en 1187 pour la ville de Dijon. Cpr. Pérard, *op. cit.*, p. 333.

(4) A Sens, l'affranchissement avait été donné aux habitants par des chartes de 1189 et de 1225.

(5) Cependant le servage de corps fut maintenu à Toulouse dans les coutumes qu'approuva Philippe le Bel. Voy. le titre *De hominibus*.

tous les serfs du domaine royal : « Comme selon le droit de nature chacun doit *naistre franc*, et, par aucuns usages ou coutumes, qui de grand ancienneté ont esté introduites et gardées jusque cy en nostre royaume, et par aventure pour le meffet de leurs prédécesseurs, moult de personnes de nostre commun peuple, soient encheües en lien de servitudes et de diverses conditions, qui moult nous desplait. Nous considérants que nostre royaume est dit et nommé le royaume des Francs, et voullant que la chose en vérité soit accordant au nom, et que la condition des gents amende de nous en la venüe de nostre nouvel gouvernement (1). »

Il y a cependant quelques ombres à ce tableau de l'émancipation générale des serfs. Dans certaines parties de la France, le servage se maintint fort longtemps et parfois même jusqu'à la veille de la Révolution. Au XII<sup>e</sup> siècle, il était encore en pleine vigueur dans la capitale. Il dépendait souvent d'églises et de monastères; ainsi, en 1250, les serfs de Saint-Germain-des-Prés obtinrent de l'abbé Mauleon la liberté, pour la somme de deux cents livres. En 1252 et en 1253, l'église Notre-Dame la donna gratuitement à un certain nombre de ses serfs. Un peu plus tard, en 1259, l'abbaye de Saint-Germain-des-Prés imita cet exemple au profit de ses serfs d'Issy, de Villeneuve-Saint-Georges, de Crosnes, de Choisy, de Grignon, etc. L'église Notre-Dame fit également des affranchissements en 1270, 1273, 1281; on en relève encore en 1340 et en 1370 (2). On ne sait pas à quelle époque précise le servage disparut complètement du pays parisien, mais il est bien établi que les seigneurs ne suivirent pas avec empressement l'exemple du roi et gardèrent fort longtemps des serfs. Les coutumiers du XIV<sup>e</sup> et du XV<sup>e</sup> siècle, parlent encore du servage comme d'une institu-

(1) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 623 et *Isambert*, t. III, p. 102.

(2) *Cartulaire de Notre-Dame de Paris*, t. II, p. 174 et 383; t. III, p. 467. — *Dubreuil, Les religieux de Saint-Germain-des-Prés*, p. 364. — *Bouchel, Trésor du droit français, v<sup>o</sup> Manumission*, t. II, p. 647 et 649.

tion existante qu'ils réglèrent même parfois avec soin (1).

Les coutumes générales du Berry compilées au commencement du xiv<sup>e</sup> siècle consacrent aussi le servage et exigent, en cas d'affranchissement, le paiement d'un droit au profit de chaque seigneur jusqu'au suzerain inclusivement. Lorsque ces affranchissements se multiplièrent, ils amenèrent la dissolution de la plupart des communautés taises du Berry; les paysans libres ne tirèrent plus de ces communautés les avantages qu'y avaient trouvés les paysans serfs, notamment celui d'échapper à la mainmise du seigneur sur leur patrimoine, au moment de leur décès (2). On relève le même fait pour le Nivernais, le Bourbonnais, l'Auvergne, la Marche. C'est dans les pays où l'affranchissement du servage s'est fait le plus longtemps attendre, que les communautés taises se sont aussi le plus longtemps conservées (3). Mais dans le territoire de certaines coutumes, notamment dans le comté de la Marche, la servitude, tout en se maintenant, se transforma complètement en devenant purement réelle : puisqu'elle était dès lors attachée à des héritages, il suffisait, pour lui échapper et redevenir libre, d'abandonner ses immeubles (4).

Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, rédigées en 1437, parlent encore des serfs et décident que tout ce qu'ils

(1) Voy. par exemple : le *Livre des constitutions du Châtelet de Paris*, § 72 et 77, éd. Mortet, p. 79 et 83.

(2) Nous avons vu qu'au contraire, en Alsace, les villageois devenus libres, conservèrent leurs communautés, sans changement sérieux; mais il est juste d'ajouter qu'elles avaient toujours été organisées dans un esprit très libéral. Dans la basse Alsace, la mainmorte s'exerçait encore d'une manière très générale au XIII<sup>e</sup> siècle et, en vertu d'un usage immémorial, comme l'atteste le cartulaire de Wissembourg. C'est seulement vers la fin de ce siècle, sous l'influence de Rodolphe de Habsbourg, que le servage tendit à disparaître. — Pour revenir au Berry, nous ajouterons que le territoire de Bourges, à la différence des autres parties de ce duché, avait été de bonne heure déclaré terre franche et n'avait probablement pas connu le régime des sociétés taises, résultant de la vie en commun pendant l'an et jour. Voy. La Thaumassière, *Les anciennes et nouvelles coutumes locales du Berry*, chap. 22 et 36.

(3) Voy. par exemple Coutume d'Angoumois, art. 41; Saintonge, art. 58; Poitou, art. 31; Chartres, art. 57, 59, 61; Dreux, art. 48, 50, 52; Anjou, art. 258 et 511; Grand-Perche, art. 102 et 113; Bretagne, art. 424 et 469; Sens, art. 280; Auxerre, art. 201; Troyes, art. 101; Chaumont, art. 75.

(4) Coutume de la Marche, chap. 17, art. 125.

gagnent, par une cause quelconque, doit appartenir à leur seigneur (1). Celle de Touraine permet à toute personne, même de condition noble, le don de son corps et de ses biens, c'est-à-dire la tradition par laquelle elle se livrait à un seigneur pour devenir son serf. Mais chose curieuse, la coutume permettait aux parents de celui qui s'était ainsi volontairement aliéné, d'opérer le retrait lignager. Ce don en servage ne disparut qu'à la première réformation de la coutume de Touraine, comme le prouve le procès-verbal officiel de cette coutume dressé en 1507 (2).

Au xv<sup>e</sup> siècle, on ne rencontre plus de serfs que dans quelques coutumes : Anjou, Maine, Touraine, Nivernais, Bourgogne, Vitry, Troyes, Chaumont. Le servage s'y conserve d'ailleurs sous des formes très diverses. En Champagne, la mainmorte se maintint jusque dans les derniers temps, avec droit pour le seigneur de succéder à son homme si celui-ci mourait sans héritier de son corps et l'affranchissement ne pouvait avoir lieu qu'avec le consentement de tous les seigneurs successifs. Ces rigueurs tiennent peut-être à ce qu'on voulait assurer des bras à l'agriculture dans les campagnes. Ce qui est certain, c'est que dans les villes de Champagne, l'affranchissement fut, de très bonne heure, tout à fait général. En Bourgogne, l'ancien système du servage personnel, avec droit de suite, fut remplacé par la mainmorte réelle purement volontaire. L'homme attaché à la terre recouvrait la liberté en abandonnant son seigneur, en délaissant la terre qu'il tenait de lui, en lui laissant enfin le tiers ou les deux tiers de son mobilier, selon qu'il pouvait ou non lui reprocher un tort (3); c'est ce qui fit dire qu'en Bourgogne nul n'est serf que quand il lui plaît (4). Mais cette formule était manifestement exagérée et il n'était pas facile de quitter

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 508, t. II, p. 221.

(2) *Voy. Richebourg*, t. IV, p. 633.

(3) *Coutume du duché de Bourgogne*, chap. 9, art. 9; *coutume du comté de Bourgogne*, art. 4 et 86.

(4) *Coutume du duché de 1459*, chap. IX, art. 1; *coutume du comté*, art. 120.

son seigneur par cela même qu'on ne pouvait le faire qu'en lui abandonnant la plus grande partie de sa fortune et en se réduisant à la misère. Enfin, dans certaines parties de la Franche-Comté, notamment dans le territoire de Saint-Claude, l'ancien servage du corps se maintint au profit des seigneurs jusqu'à la Révolution avec droit de suite, de poursuite, de formariage, etc. (1). C'est avec la même rigueur qu'il apparait aussi dans le Nivernais jusqu'aux derniers temps de l'ancienne monarchie. Un édit de 1779 affranchit les serfs qui existaient encore dans les domaines royaux du Nivernais et de la Bourgogne et les rendit censitaires. Le roi n'osa pas conférer le même bénéfice aux serfs des seigneurs, mais il abolit cependant le droit de poursuite et exhorta vivement les seigneurs à donner la liberté à leurs hommes. Ses conseils ne furent pas suivis et il y eut encore quelques serfs en France jusqu'à la nuit du 4 août.

#### § 5. — LES ÉTRANGERS.

Pendant le moyen âge, la condition des *aubains*, c'est-à-dire des étrangers, subit tout naturellement le contre-coup des transformations sociales (2). A l'époque franque, l'étranger avait été, en principe, placé hors la loi, à moins qu'il n'eût été reçu sous le *mundium* du roi ou sous celui d'un puissant personnage, ou encore qu'il n'eût été accepté par une communauté d'habitants. Dans ce dernier cas, l'aubain devenait même un compatriote et il faisait partie tout de suite, ou, en l'absence de conventions expresses, au bout

(1) La mainmorte de la Bourgogne avait déjà provoqué autrefois des travaux historiques importants, qu'il peut encore être utile de consulter aujourd'hui. Dunod, professeur à l'ancienne université de Besançon, dans son *Traité des prescriptions* et dans son *Traité de la mainmorte*, attribue l'origine du servage en Franche-Comté, au colonat romain. Mais Perreciot, dans son ouvrage sur l'état des personnes et des terres (liv. I, chap. 6 et liv. V), sans nier cette origine, croit qu'il est dû aussi à certaines tenures celtiques. Voy. ce que dit sur cette question Seignobos, *Régime féodal en Bourgogne*, p. 23.

(2) Sur l'étymologie du mot *aubain*, voy. ce que nous avons dit au tome II, p. 612.

d'un an et un jour, de la communauté qui l'avait accueilli; dans les deux premiers cas il gardait sa nationalité et son protecteur lui garantissait le respect de sa loi personnelle, tandis que s'il n'avait pas été l'hôte du roi ou d'un homme libre, on ne lui aurait reconnu aucun droit et à sa mort le fisc royal se serait emparé de tout ce qu'il aurait pu posséder (1). Sous les Mérovingiens, les étrangers s'étaient, le plus souvent, placés sous la protection du roi. A l'époque carolingienne, tout homme libre devant dépendre d'un *senior*, les étrangers se placèrent sous la suzeraineté des hauts personnages de la contrée. Le roi, d'ailleurs, continua à s'occuper des étrangers, mais plutôt dans l'intérêt général de la police. C'est ainsi qu'un capitulaire de Charlemagne prescrivit aux *missi dominici* de dresser chaque année la liste des étrangers établis dans chaque *missiaticum*, qu'une surveillance sérieuse fut établie sur les mendiants, que chaque *senior* fut invité à nourrir les étrangers venus sur ses terres et que le roi plaça même, d'une manière générale, sous sa protection les étrangers déjà établis depuis un certain temps (2). Sous les successeurs de Charlemagne, l'autorité des *missi* s'affaiblit singulièrement; mais néanmoins la protection royale existait encore plus ou moins sur les étrangers, bien que chacun d'eux fût placé sous la dépendance directe d'un *senior*. Cet état de choses ne se modifia pas subitement à la suite de l'avènement des premiers Capétiens. Le concile de Paris de 986 déclare encore que la justice du roi protège les étrangers, les pupilles et les veuves (3).

Mais, sous l'influence du régime féodal, la condition des étrangers se modifia complètement dans le Nord et dans le Centre, tandis que, dans le Midi, sous l'action du droit

(1) Voy. par exemple Rozière, formule n° 15. — Mabillon, *Annales ordinis sancti Benedicti*, t. II, p. 699. Chez les Lombards, les enfants légitimes étaient cependant héritiers de leur père étranger; loi des Lombards, liv. III, tit. 13. Voy. pour plus de détails ce que nous avons dit au tome II, p. 611 et suiv.

(2) Capit. de 806, cap. 5 et 9; Boretius, p. 131 et 132.

(3) *Recueil des historiens de la France*, t. X, p. 627.

romain, ils continuèrent à échapper à toute allégeance. De toutes parts les seigneurs réclamèrent des droits sur les étrangers, les soumièrent à leur police, les protégèrent ou les opprimèrent. Désormais, chaque seigneurie formant une sorte d'État, on considéra comme aubain, non plus seulement les étrangers proprement dits, mais, d'une manière générale, tous ceux qui n'appartenaient pas à cette seigneurie; bien qu'on fût de la même nation, on devenait cependant un aubain hors de la seigneurie laïque ou ecclésiastique sur laquelle on était établi. Les principaux attributs de la souveraineté ayant été reconnus aux seigneurs, ceux-ci prétendirent exercer sur les étrangers tous les droits qui avaient appartenu auparavant au pouvoir royal; ils en firent le prétexte d'incapacités et de redevances : ils s'efforcèrent enfin d'assimiler les étrangers à des serfs. En réalité il y eut désormais deux espèces d'étrangers : les étrangers au royaume, qui avaient toujours existé, et les étrangers à la seigneurie, qui avaient été pour la première fois créés par le pouvoir féodal. Les uns et les autres s'appelaient également des aubains. Celui qui consentait à s'avouer l'homme du seigneur dans l'an et jour, devenait alors un véritable hôte; il ne gardait plus sa loi personnelle, mais il était soumis à la coutume du lieu, notamment quant au droit de succession, et cette coutume attribuait souvent au seigneur des droits importants. C'est ainsi que d'après les *Établissements de saint Louis*, le seigneur obtenait encore la moitié de ses meubles. S'il ne s'avouait pas l'homme du seigneur, il était traité comme serf et à sa mort tous ses biens allaient au seigneur. Dans la suite on se montra parfois moins rigoureux : l'aubain n'en courut plus qu'une amende et à sa mort ses biens n'allaient plus au baron s'il avait commandé de lui laisser quatre deniers (1). Mais il va sans dire que dans tous les cas, que l'au-

(1) Voy. sur ces divers points *Établissements de saint Louis*, liv. 1, chap. 92 et 100, éd. Viолет, t. II, p. 149 et 169; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*. C, n° 89, t. I, p. 305. — Cpr. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 947 et 948; Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. I, p. 160, texte et note 1. — Certains auteurs ont voulu, en se fondant sur les

bain se fût ou non avoué l'homme du seigneur, tous ses biens, meubles ou immeubles, étaient acquis à ce seigneur par voie de déshérence si l'aubain ne laissait pas d'héritier, à charge par le seigneur de payer les dettes (1). Enfin, il arrivait parfois que l'aubain tout en s'établissant sur une terre, du consentement du seigneur et en reconnaissant sa souveraineté, devenait cependant un serf, quelle qu'eût été auparavant sa condition : c'est ce qui se produisait s'il venait se fixer sur une terre servile; par cela même il était soumis à toutes les incapacités et redevances qui pesaient sur les serfs (2). En résumé, l'aubain devenait serf dans deux cas sur trois : s'il n'avouait pas le seigneur du lieu; s'il s'établissait du consentement du seigneur sur une tenure servile. Il ne gardait sa liberté et n'était protégé par la coutume locale qu'autant qu'il avouait le seigneur, sans accepter une tenure servile. Sa condition variait d'ailleurs en pareil cas suivant les coutumes. D'après les *Établissements de Saint Louis*, lorsque l'aubain a fait, dans l'an et jour, aveu nouvel au seigneur ou à un de ses hommes, lui a juré fidélité et promis de se soumettre à sa justice, il reste homme libre et peut transmettre une partie de ses biens par succession; le baron n'a droit qu'à la moitié des meubles (3). L'ancienne coutume de Touraine-Anjou reconnaît à l'aubain qui a fait aveu en temps utile, le droit de tester dans une certaine mesure. A défaut de testament, la coutume d'Anjou attribue la succession à ses descendants, à leur défaut au seigneur (4). L'ancienne

chapitres 92 et 100 des *Établissements de Saint Louis*, établir une distinction entre l'aubain proprement dit, c'est-à-dire l'homme d'origine inconnue et l'homme étrange, c'est-à-dire d'origine française, mais d'une contrée qui ne fait pas partie de la châtellenie; il serait parlé du premier dans le chap. 100 et du second dans le chap. 92. Cette distinction ne nous paraît pas fondée.

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 100, éd. Viollet, t. II, p. 170.

(2) Beaumanoir, chap. 45, n° 19, t. II, p. 225. Cependant cette déchéance n'était jamais encourue par l'homme noble qui gardait partout sa qualité de gentilhomme.

(3) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 92 et 100 déjà cités. Mais on se rappelle qu'à défaut d'héritiers, le seigneur prendrait toute la succession, par voie de déshérence.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, D, n° 14, t. I, p. 393; I, n° 18, t. III, p. 183.

coutume de Vermandois admet aussi les enfants à la succession de l'aubain, mais à la condition qu'ils soient nés en France; à défaut d'enfants, la succession va au seigneur (1). Toutefois, la coutume permet à l'aubain qui n'a pas d'enfants, de disposer de ses biens par testament. Fort longtemps les officiers du roi ne tinrent aucun compte de cette disposition et s'emparèrent des biens malgré l'existence d'un testament. Mais la question ayant été portée par des exécuteurs testamentaires au Parlement, celui-ci leur donna raison (2).

Les seigneurs firent souvent de leurs droits sur les aubains la source d'incapacités et de redevances spéciales qui rendaient leur condition fort dure et la rapprochaient plus ou moins de celle des serfs, malgré l'existence d'un aveu à leur profit. Quelques-uns tiraient des aubains des avantages si considérables, qu'ils instituèrent auprès de leur justice des prévôts spéciaux chargés de lever sur eux les droits dont ils étaient grevés et on appelait *aubaineté*, *aubenage*, *aubaine*, l'ensemble de ces redevances. Aussi est-il difficile d'admettre, avec certains historiens, que les seigneurs féodaux aient eu le mérite de protéger les étrangers; ils ont surtout songé à leur intérêt personnel. Comment expliquer autrement les dispositions qui interdisaient aux aubains de tester et qui, le plus souvent, ne leur donnaient comme héritiers que leurs enfants, alors cependant qu'ils avaient fait aveu de la seigneurie?

Le mérite d'avoir quelquefois sérieusement protégé les étrangers, appartient surtout aux villes et à la royauté, mais ce n'est pas à dire non plus qu'elles aient agi avec un complet désintéressement. Les villes comprirent sans peine que le commerce deviendrait impossible si l'on n'accordait pas aux étrangers certains privilèges. Aussi les attirait-elles en leurs promettant un régime tout à fait exceptionnel et favorable.

(1) *Ancienne coutume de Vermandois*, n° 140, p. 80. — Cpr. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 376.

(2) *Ancienne coutume de Vermandois*, n° 141, p. 81.

Le même fait peut être relevé dans le Nord et dans le Midi. A Saint-Omer, on appliquait déjà le principe de la réciprocité et on y reconnaissait aux marchands anglais les privilèges que l'Angleterre accordait aux marchands de Saint-Omer (1). C'est surtout dans les pays du Midi que la condition des étrangers fut particulièrement bonne, ainsi que dans certaines contrées de l'Est, pays d'alleux. Souvent l'étranger était dispensé de tout aveu; il gardait sa liberté pleine et entière; il pouvait acquérir et transmettre, même par succession testamentaire ou *ab intestat*. L'ancienne coutume de Périgignan (art. 39, 40, 45) promet une protection spéciale aux étrangers pour leurs personnes et pour leurs biens. La coutume de Moissac leur assure la sécurité, pourvu qu'ils ne soient ni cautions, ni débiteurs, ni malfaiteurs, ni en état de guerre privée. A Aigues-Mortes, la coutume (art. 32) veut qu'on respecte le testament de l'aubain; s'il est mort *intestat*, la cour, en présence des consuls, fait mettre ses biens sous séquestre pour les rendre intacts à l'héritier qui se présentera dans les deux ans et un jour; à défaut d'héritier, ces biens doivent être attribués à des œuvres pies par les baillis et les consuls. Dans les villes où le droit de succession du seigneur apparaît, il est singulièrement mitigé: d'après l'ancienne coutume d'Agen (art. 8), le comte n'a droit aux immeubles de l'aubain, et le seigneur local à ses meubles, qu'autant qu'il ne se présente pas dans l'an et jour de parents pour recueillir sa succession.

La royauté traita aussi les aubains avec bienveillance, mais elle s'efforça surtout de les faire rentrer sous son autorité. On a parfois prétendu que Louis le Gros avait déjà affirmé son droit exclusif sur les aubains. C'est là une erreur: la charte de 1136 qui attribue au roi les héritages des aubains concerne seulement Juvisy et est par conséquent tout à fait locale (2). De bonne heure la royauté fit admettre que dans les pays d'obéissance les étrangers ne pourraient avoir d'autre

(1) Giry, *op. cit.*, p. 303 et suiv.; 313 et suiv.

(2) On la trouvera dans Luchaire, *Louis VI le Gros*, n° 574, p. 342.

seigneur que le roi (1). Les grands vassaux de la couronne imitèrent cet exemple et lorsque leurs provinces firent retour à la monarchie, le roi n'eut qu'à prendre leur place pour exercer le droit d'aubaine. Les étrangers furent aussi attirés dans les villes de bourgeoisie royale par d'importants privilèges. Certaines chartes de ces villes leur reconnurent la liberté de leur personne et de leurs biens sous la seule condition de payer telle ou telle taxe (2). Ces mesures exercèrent une sérieuse influence et décidèrent certaines coutumes à proclamer que tout étranger qui viendrait s'établir sur une terre y garderait sa liberté, même s'il *faisait résidence entre les serfs* (3). Dans diverses coutumes aussi le droit d'aubaine perdit de bonne heure et en partie son caractère seigneurial pour devenir royal, en ce sens que les parents de l'aubain purent hériter de lui, sous la seule condition d'être Français et quelle que fût la seigneurie à laquelle ils se rattachaient (4).

La royauté manifeste très nettement ses tendances dès le règne de Philippe le Bel : elle se présente comme la protectrice naturelle et presque exclusive des étrangers et elle prétend, en conséquence, exercer seule aussi les droits d'aubaine. Ce fut encore là un des incidents de la lutte entre l'autorité royale et la féodalité. Philippe le Bel essaya d'affirmer son droit royal exclusif sur les successions des aubains et sur celles des bâtards. Mais cette prétention souleva de si vives résistances que le roi dut, par une ordonnance de 1301, recommander à ses commissaires de ne pas réclamer les droits d'aubaine contre les seigneurs justiciers qui

(1) Voy. *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 31, éd. Viollet, t. II, p. 428.

(2) Charte de Bourges de 1144, art. 6; charte de Lorris, de 1158, art. 18; charte d'Orléans de 1171, art. 1 et 2. Dans diverses localités, le droit payé par l'aubain consistait en une certaine quantité de choses fongibles, par exemple un setier d'avoine, d'où le nom d'*avenage* donné à cette redevance. Voy. Laurière, v° *Avenage*.

(3) Beaumanoir, chap. 45, n° 19, t. II, p. 226.

(4) Charte de Bourges, art. 6; *Ancienne coutume de Vermandois*, n° 140, p. 80.

pouvaient justifier d'une véritable saisine. Cela n'empêcha pas le roi d'essayer de mettre la main sur certaines successions auxquelles il n'avait pas droit, mais le Parlement lui donna tort (1). En 1315, Louis X dut aussi reconnaître le droit des seigneurs. Mais à la fin du XIV<sup>e</sup> siècle, probablement à cause des troubles du temps et peut-être aussi, par l'effet des doctrines des légistes, les prétentions du roi triomphèrent définitivement; on en a la preuve par des lettres de Charles VI, du 5 septembre 1386 (2). Elles nous apprennent que certains seigneurs de la Champagne, notamment l'abbé de Saint Faron prétendaient exercer les droits d'aubaine, d'épave et de bâtardise en vertu de leur haute justice. Le roi leur conteste ce droit; il déclare que, de l'avis du conseil, il résulte de chartes, ordonnances, registres, arrêts, déclarations, usages anciens de Champagne, que tous les biens meubles ou immeubles des aubains et épaves qui y meurent sans héritiers convenables, en quelque haute justice que ce soit, doivent appartenir au roi (3). Le roi termine en ajoutant que si de pareilles difficultés se présentent de nouveau, il entend qu'elles soient évoquées en son Conseil. La décision 295 de Jean Desmares reconnaît encore l'existence du droit seigneurial d'aubaine. Les coutumes rédigées tranchent assez souvent la question : les unes, comme celles d'Orléans, de Poitou, de Normandie, du Berry, reconnaissent au roi le droit d'aubaine, à l'exclusion des seigneurs; d'autres, comme celles de Touraine, d'Anjou, du Maine, de Sens, du Bourbonnais, rattachent définitivement les droits d'aubaine, de bâtardise et de déshérence à la haute justice. Dans les coutumes muettes, on commença à éprouver quelques hésitations. Dumoulin et Guy Coquille soutinrent que ces droits

(1) Voy. notamment *Olim*, t. III, p. 1307 et 1313.

(2) *Recueil du Louvre*, t. VII, p. 156; Isambert, t. VI, p. 611. — Cpr. Brusel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 950.

(3) L'ordonnance ajoute : « Et semblablement de tous bastards et bastardes qui vont de vie à trépassement sans hoir légitime descendant de leurs corps se il n'est ainsi qu'ils soient nez de femmes de corps, de condicion serve d'autre seigneur en sa haulte justice et demourans en ycelle. »

étaient seigneuriaux, mais Bacquet affirma qu'ils relevaient de la souveraineté royale et ce fut sa doctrine qui l'emporta définitivement.

### § 6. — LES LÉPREUX.

La condition civile des lépreux était, comme celle des autres personnes, très différente suivant les coutumes; mais partout on les éloignait de la société et on les renfermait dans des maladreries. La plupart des villes avaient des hôpitaux de ce genre, mais elles ne consentaient à y recevoir que les malades nés ou mariés et fixés dans la ville (1). Ces établissements étaient placés le plus souvent sous l'autorité et la surveillance de l'évêque, parfois sous celles du seigneur. Ceux-ci mettaient à leur tête un ou plusieurs prud'hommes qui rendaient compte une fois par an de leur gestion. Les maladreries étaient établies hors des villes; il était interdit aux lépreux d'en sortir si ce n'est pour se rendre dans des lieux qui leur étaient assignés, également situés hors des villes et où on leur faisait des aumônes (2). On ne séparait ainsi ces malheureux du reste de l'humanité qu'autant que leur maladie était de notoriété publique, et dans certaines contrées, avant de les isoler, probablement par emprunt à la loi mosaïque, on célébrait leur service mortuaire comme s'ils eussent été réellement décédés (3). Dans un grand nombre de coutumes, ils étaient ensuite réputés morts civilement. Ainsi, d'après Beaumanoir, la succession du lépreux est ouverte et il ne peut plus acquérir de biens dans la suite; mais le testament qu'il a fait avant le jour où il est tombé malade, produit effet. C'est en ce sens que le lépreux peut disposer de ses meubles et conquêts et du quint de ses propres (4).

(1) Beaumanoir, chap. 56, n° 3, t. II, p. 326. Sur la question de savoir si un bâtard pouvait y être reçu, voy. *ibid.*, n° 4.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 56, n° 5, 6, 8, t. II, p. 327 et 328.

(3) Voy. sur ce point *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 283, note, et Laurière, v° *Faire le service*, p. 391.

(4) Beaumanoir, chap. 56, n° 2, t. II, p. 325. Ce passage est très obscur et a été très diversement interprété.

D'ailleurs si le lépreux commet un crime, il est puni comme toute autre personne, car il est sain d'esprit (1). Le *Grand Coutumier de Normandie* lui refuse aussi la capacité de succéder, à partir du jour où sa maladie est notoire; mais il lui permet de conserver les biens qu'il possédait avant d'être atteint de la maladie (2). D'autres coutumes sont moins rigoureuses. Une ancienne coutume d'Anjou, tout en déclarant que le lépreux ne peut pas être héritier, apporte cependant une exception à ce principe : il aura la jouissance des successions qui pourront lui échoir jusqu'à son décès, si elles ne rapportent pas plus de cent livres de rentes et son héritier fera la foi et accomplira les devoirs (3). D'après la coutume d'Ypres, le lépreux doit donner à la maladrerie tous ses biens s'il n'a ni femme ni enfants, et une partie seulement de sa fortune, dans le cas contraire. Quant aux successions qui lui écherront dans la suite, elles sont toutes attribuées à son hôpital (4). La coutume de Hainaut se faisait remarquer par sa bienveillance envers les lépreux (5). Dès qu'une personne était soupçonnée de lèpre, les échevins devaient la faire visiter aux frais de la paroisse; la maladie était-elle constatée, la ville était tenue de faire construire une maison spéciale pour ce lépreux et celui-ci avait le droit de lui donner un certain luxe, mais à ses frais. Seulement après sa mort, cette maison, avec le mobilier et les vêtements du malade, devaient être brûlés. Tout lépreux avait droit, même s'il n'était pas du lieu, mais alors pour une fois seulement, à un chapeau, un manteau gris, une besace et une *cliquette*, c'est-à-dire une crécelle qu'il était tenu d'agiter pour avertir de son approche et faire fuir les habitants. D'après cette coutume aussi, les droits de succession étaient réglés comme si le lépreux était mort, mais cependant on

(1) Beaumanoir, chap. 56, n° 7, t. II, p. 328.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 27, éd. de Gruchy, p. 90.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 835, t. II, p. 299.

(4) Diegerick, *Inventaire des chartes et documents appartenant aux archives de la ville d'Ypres*, t. I, p. 27, 28.

(5) Voy. *Coutumier général de Hainaut*, t. II, p. 37.

lui laissait ses biens, il pouvait encore hériter dans la suite, et à sa mort naturelle il avait des héritiers.

Dans le royaume de Jérusalem les lépreux étaient au contraire traités fort durement; s'ils pouvaient payer pension, on les enfermait dans des couvents qui étaient pour eux de véritables prisons; dans le cas contraire, on les abandonnait à eux-mêmes. L'hôpital des lépreux établi à Jérusalem, avait saint Ladre pour patron et c'est probablement ce qui a fait parfois donner à ces malheureux le nom de *ladres*. Lorsqu'un vassal était atteint de la lèpre, on l'envoyait à cet hôpital de saint Ladre; son fief était désormais desservi par un autre chevalier ou par un sergent; mais, ajoutent les *Assises de la haute cour*, « le remanant des biens de son fié det il aver tant come il vivra là où il est rendus (1). » Après sa mort il n'aura aucun héritier et le seigneur reprendra le fief. Enfin, ce qui est plus grave, sa femme doit se séparer de lui et se retirer dans un couvent, car elle peut être atteinte du mal et le communiquerait si elle vivait dans le monde. Le mariage est-il dissous dans ce cas? Les *Assises de la haute cour* ne s'expliquent pas sur ce point; mais le divorce est formellement admis par les *Assises de la basse cour* pour le cas où la femme est atteinte de la lèpre. Elles permettent au mari de la quitter et d'épouser une autre femme (2). Le droit canonique avait bien admis que la lèpre est une cause de divorce, à l'époque où il n'avait pas encore posé le principe absolu de l'indissolubilité du lien conjugal; mais ensuite il n'avait pas hésité à exclure cette cause de divorce comme les autres et elle n'était plus restée que dans les *Assises de Jérusalem* (3). Bouteiller nous apprend que de son temps la lèpre autorisait encore à rompre les fiançailles et qu'une fois le mariage contracté, elle n'était pas une cause de divorce;

(1) *Assises de la haute cour*, chap. 42, t. 1, p. 636.

(2) *Assises de la cour de bourgeois*, chap. 175. Les deux chapitres suivants font connaître les effets de ce divorce quant aux biens et aux enfants nés du mariage.

(3) Voy. à cet égard Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 13, 65, 82.

le sain devait garder le malade « si chasteté ne voulait vouer ». A cette époque les lépreux pouvaient se marier entre eux et même avec d'autres personnes (1).

En fait, la condition des lépreux était épouvantable; on redoutait leur maladie plus que toute autre (2) et on s'effrayait de la mort civile qu'elle faisait encourir. Dans la suite, leur condition s'améliora par l'effet de l'adoucissement des mœurs et plutôt encore parce que la maladie tendait à disparaître de la France dès la seconde moitié du xiv<sup>e</sup> siècle. Mais les terreurs du moyen âge, aggravées par les superstitions, persistèrent longtemps au travers des siècles. Dans le Midi notamment, on continua à qualifier des termes méprisants de *cagots*, *capots*, *cacous*, *caqueux*, *cahets*, les descendants des anciens lépreux. En Guyenne, en Gascogne, en Béarn, comme aussi en Bretagne, on désigne, en effet, les lépreux sous le nom de cagots (3). Une ordonnance de Charles VI, de l'année 1407, dit formellement que ces cagots sont atteints de la lèpre et leur enjoint de porter un signe distinctif pour qu'on puisse s'éloigner d'eux. Dans le Midi comme dans le Nord, ils étaient parqués à part et formaient de véritables communautés; puis peu à peu la maladie s'est successivement affaiblie chez leurs descendants jusqu'au jour où elle a complètement disparu. Les descendants de ces anciennes communautés, devenus sains, mais souvent

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 8, p. 727.

(2) Voy. les textes cités par La Curne de Sainte Palaye, v<sup>o</sup> *Meseau*. « Un jour, dit Joinville, le roi me demande ce que j'aimerais le mieux, d'être lépreux ou d'avoir fait un péché mortel et moi, qui oncques ne lui voulus mentir, je lui répondis que j'aimerais mieux avoir fait trente péchés mortels qu'être lépreux. » Cpr. Lenient, *La satire en France au moyen âge*, p. 58. Le patriarche de Jérusalem écrivait à Louis VII au sujet des lépreux : « Pro filiis nostris pauperibus leprosis qui extra muros Hierusalem perpetuo infirmitatis suæ detinentur et damnati sunt carcere de quorum cruciatu et ardore non tantum dicere possumus quantum oculis vestris vidistis : sublimitatem vestram rogamus attentius, etc. » Bongars, *Gesta Dei per Francos*, t. I, p. 1174.

(3) La question de l'origine de ces cagots a été longtemps controversée. On les a fait venir des Goths, des Sarrasins, des Albigeois. Mais aujourd'hui la controverse paraît éteinte et on n'hésite plus à dire que les cagots sont les lépreux du Midi.

débiles de corps et faibles d'esprit, sont encore aujourd'hui parfois traités de cagots (1).

### § 7. — LES JUIFS.

La condition des juifs ne fut pas meilleure au moyen âge que sous la période franque. Ils avaient été persécutés sous l'empire romain et chez les Francs; ils le furent encore au moyen âge (2). Comme auparavant, ils essayèrent de se soustraire au danger qui les menaçait en demandant des privilèges qui leur furent souvent accordés; et, cependant, sous l'influence des idées religieuses du temps, ils étaient l'objet de haines violentes. Mais on avait besoin d'eux, car ils étaient presque seuls à prêter à intérêt. Toutefois, ces prêts à intérêt ruinaient les débiteurs qui se considéraient alors comme les victimes des juifs, et essayaient de se venger et de se soustraire à leurs engagements. On faisait circuler sur le compte des juifs les histoires les plus ridicules : ils empoisonnaient, disait-on, les fontaines, fré-

(1) Voy. sur les lépreux, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 282. — Laurière, *vis Cagots, Ladres, Faire le service*. — Guillaouard, *Étude sur la condition du lépreux au moyen âge, notamment d'après la coutume de Normandie*, Paris, 1875, 1 broch. in-8. Voy. la critique de ce travail dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1876, p. 246. — Hensler, *De la lèpre d'Occident au moyen âge* (en allemand), Hambourg, 1790, 1 vol. in-8. — Du Cange, *vis Mesclaria, mezellaria, mezellus*. — *La table du Recueil du Louvre, vis Lépreux, Léproserie*. — Buvignier, *Les maladreries de la cité de Verdun, Metz*, 1862, 1 broch. in-8. — Francisque Michel, *Histoire des races maudites de France et d'Espagne*, Paris, 1846, 2 vol. in-8. — Paul Raymond, *Mœurs béarnaises*, Pau, 1872, in-8. — Rozenweig, *Les Cacous de Bretagne, Vannes*, 1872, in-8. — De Rochas, *Les parias de France et d'Espagne*, Paris, 1876, in-8. — Quantin, *Note sur les lépreux, à l'occasion d'une ordonnance du bailli de Vézelay contre trois lépreux de Saint-Père-sous-Vézelay* (février 1607), dans le *Bulletin du Comité des travaux historiques et scientifiques, section d'histoire et de philologie*, 1884, p. 292. — Molard, *De la capacité civile des lépreux*, dans le *Bulletin de la Société des sciences historiques et naturelles de l'Yonne*, t. XLII, 1888. — Lefranc, *Un règlement intérieur de léproserie au XIII<sup>e</sup> siècle*, Saint-Quentin, 1889 (Extrait des *Mémoires de la Société académique de Saint-Quentin*, 4<sup>e</sup> série, t. VIII.) — Léon Cadier, dans la *Grande Encyclopédie, v<sup>o</sup> Cagots*, t. VIII, p. 760. — Raulin, *Les derniers malades de la léproserie de Notre-Dame de Beaulieu ou Grande maladrerie de Caen*, dans l'*Année médicale de Caen*, année 1890-1891.

(2) Voy. ce que nous avons dit au tome II, p. 609.

quentaient le diable, immolaient de petits enfants. La peste, la famine ou toute autre calamité publique venait-elle à éclater, on en accusait les juifs (1), et on profitait de la circonstance pour les expulser et confisquer leurs biens. En même temps, les débiteurs étaient déclarés libérés de leurs dettes; puis, de pressants besoins d'argent se faisant sentir, le roi laissait rentrer les juifs. C'est ainsi que pendant tout le moyen âge, ils furent alternativement dépouillés et chassés, ou reçus et protégés.

En principe, tout juif était assimilé à un serf. Comme tel, il appartenait au seigneur ou au roi sur le domaine duquel il se trouvait. Cette assimilation était fort utile aux seigneurs; elle les autorisait à s'emparer de tout ce que leurs juifs acquéraient, sans qu'il y eût spoliation, puisque tous les biens des serfs appartenaient à leur seigneur. Celui-ci ne manquait pas d'user de ce droit à leur décès et même parfois dans d'autres circonstances. Cependant il avait intérêt à les ménager, car autrement ils auraient refusé de lui prêter, lui auraient caché leurs richesses mobilières et auraient même essayé de passer sur d'autres terres. Or, le roi et les seigneurs avaient grand intérêt à garder et à posséder leurs juifs, car c'était une véritable propriété dont ils tiraient de sérieux profits. Il ne faut donc pas s'étonner de voir le roi et les seigneurs disposer des juifs comme de biens précieux. Parfois ils n'hésitent pas à les aliéner pour faire de véritables donations (2).

Il va sans dire que le juif ne peut pas plus que le serf quitter la seigneurie sans le consentement du seigneur. Mais ce qui paraîtra plus extraordinaire au premier abord, c'est que

(1) Voy. sur ces divers points, des anecdotes très curieuses dans Lenient, *La satire en France au moyen âge*, p. 181 à 186. — Voy. aussi sur certaines présomptions de criminalité des juifs, Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 601.

(2) En 1111, Louis le Gros, confirmant les privilèges et les possessions de l'abbaye de Saint-Denis, lui accorda cinq maisons de juifs, avec leurs familles serviles, la justice des usuriers et celle des faux monayeurs, Voy. Luchaire, *Louis VI le Gros*, n° 315. Voy. encore sur la vente des juifs, Brussel, *Nouvel Examen de l'usage général des fiefs*, p. 582.

si le juif abjure sa religion et se fait chrétien, ses biens sont confisqués par le seigneur (1). Ce changement de religion faisant du juif serf un chrétien libre, équivalait pour le seigneur à un désaveu; de là, la confiscation. Le pape Jean XXII, le premier, se révolta contre cette coutume et l'abrogea. La même mesure fut prise en France, mais seulement en 1393, sous Charles VI (2).

Le roi ou le seigneur interdit au juif d'acquérir des terres, n'a aucun scrupule pour violer les engagements qu'il a pris envers lui, se permet les mesures les plus vexatoires, le taille et le confisque à merci, le grève de redevances spéciales, lui emprunte et ne le rembourse pas (3). En même temps il protège son juif contre les entreprises des autres seigneurs ou des villes, il lui accorde volontiers certains droits sur ses terres; le roi va jusqu'à respecter sa loi religieuse, lui donne des juges spéciaux; mais le réclame comme son bien s'il s'enfuit (4). Les seigneurs en arrivèrent parfois à se disputer certains juifs; de son côté, le roi s'efforçait d'attirer sur ses terres ceux des seigneurs et les grands feudataires n'agissaient pas autrement entre eux. Il en résultait de tels désordres que, pour y mettre un terme, quelques-uns passèrent des traités entre eux. Philippe-Auguste et le comte de Champagne firent un pacte de cette nature : le roi s'interdit de recevoir dans ses domaines les juifs du comte sans le consentement de celui-ci et le comte prit le même engagement vis-à-vis du roi (5). La comtesse de Champagne fit un arrangement semblable avec le duc de Bourgogne en 1210, avec le sire de Bourbon en 1213 et en 1218 (6).

(1) Brussel, *op. cit.*, p. 622.

(2) Isambert, t. VI, p. 628. — Voy. toutefois certaines mesures en ce sens dès 1382, dans Douet d'Arcq, *Choix de pièces inédites relatives au règne de Charles VI*, t. I, p. 26.

(3) Voy. à titre de preuve les faits indiqués par Brussel, *op. cit.*, p. 591, 593, 595, 596, 611, 627. — Sur les incapacités du Juif, Brussel, *op. cit.*, p. 601.

(4) Voy. Brussel, *op. cit.*, p. 602, 603, 616.

(5) Ces promesses furent renouvelées à deux reprises en 1188 et en 1210. Plus tard on les retrouve dans des lettres patentes de Louis VIII, de nov. 1223. Voy. *Recueil du Louvre*, t. I, p. 47. — Cpr. Brussel, *op. cit.*, p. 570 à 585.

(6) Brussel, *op. cit.*, p. 581.

Alphonse de Poitiers ayant voulu expulser, non seulement ses propres juifs, mais encore ceux des domaines de ses barons, quelques-uns de ceux-ci réclamèrent et demandèrent à conserver leurs juifs, sous prétexte qu'ils avaient passé avec eux des conventions qui leur assuraient un libre établissement à charge de redevances. Parfois aussi le seigneur suzerain, sollicité par une ville de chasser les juifs, mettait sa décision aux enchères et se prononçait en faveur du plus offrant. Alphonse de Poitiers s'engagea à expulser les Israélites de Poitiers, de La Rochelle, de Saint-Jean-d'Angély, de Niort, de Saintes, de Saint-Maixent, à la condition que les habitants de ces villes lui paieraient une fois pour toutes, quatre sous par feu; mais les juifs offrirent une somme plus forte et ils restèrent (1).

Dès le *xii<sup>e</sup>* siècle, on voit la royauté prendre certaines mesures exceptionnelles contre les juifs. Un acte de 1144 interdit aux juifs qui, après avoir adopté la foi chrétienne, étaient retournés à leur ancienne religion, de demeurer dans le royaume. Si l'on parvenait à s'emparer d'eux, ils devaient être punis de mort ou tout au moins mutilés (2).

C'est surtout à partir du règne de Philippe-Auguste que les juifs furent soumis à des mesures vexatoires qui, le plus souvent, avaient pour seul but de leur extorquer de l'argent. A peine monté sur le trône, ce prince s'empara en 1181 de leurs richesses, confisqua leurs immeubles et fit vendre leurs meubles; il mit les juifs en prison et ne leur rendit la liberté que moyennant une rançon de 15.000 marcs d'argent (3). Pour se rendre compte de ces mesures et les expliquer, sans les justifier, il faut se rappeler les mœurs du temps et la condition des juifs. Ceux-ci avaient acquis d'immenses richesses, à ce point qu'ils possédaient, disait-on, une partie de la capitale. La plupart des chrétiens étaient leurs débi-

(1) Voy. Boutaric, *Saint Louis et Alphonse de Poitiers*, p. 319.

(2) Guérard, *Cartulaire de Notre-Dame de Paris*, t. II, p. 399; Tardif, *Monuments historiques*, n° 470.

(3) *Recueil des historiens de la France*, t. XVII, p. 9 et 50.

leurs et ne parvenaient pas à s'acquitter de leurs dettes, à cause de l'insuffisance de la circulation monétaire; enfin, les juifs, malgré leurs richesses, étaient, ainsi que les autres étrangers, considérés comme des serfs; ils avaient dans le domaine de la couronne le roi pour seigneur et celui-ci pouvait disposer de leurs biens comme de ceux de ses autres serfs.

En 1182, Philippe-Auguste ne se borna plus à confisquer leurs biens; il chassa du royaume et libéra leurs débiteurs de ce qu'ils leur devaient, sauf exception pour un cinquième que le roi s'attribua. Cette mesure fut acceptée avec enthousiasme par la masse du peuple (1).

Mais le même besoin d'argent qui avait fait expulser les juifs en 1182, fut la cause de leur retour en 1198; ils achetèrent du roi la permission de rentrer en France. Dès ce même temps leur situation devient plus précise et meilleure. C'est dans cette même année que le roi passa avec le comte de Champagne un traité par lequel il était convenu que les juifs de l'un ne prêteraient pas dans les terres de l'autre (2). Quelques années plus tard, en 1210, le roi et le comte de Champagne signèrent un acte où chacun des contractants s'interdisait d'accueillir des juifs de l'autre sans son consentement (3). Or, les juifs étaient très nombreux dans le domaine de la couronne, à raison même de la présence du roi et de la cour, ainsi qu'en Champagne où ils étaient attirés par les grandes foires. En février 1206, le roi fit une véritable constitution qui régla les conditions sous lesquelles les juifs du domaine pourraient prêter à intérêt. Ils furent assujettis à des taxes permanentes et spéciales, à une sorte de cens annuel, à des droits sur leurs procès ou à l'occasion du sceau dont devaient être revêtues leurs créances. On obtint du clergé qu'il n'excommunierait plus

(1) Voy. *Recueil des historiens de la France*, t. XVII, p. 8 et 9. — Isambert, t. I, p. 170.

(2) Brussel, *op. cit.*, p. 571.

(3) Brussel, *op. cit.*, p. 579.

les chrétiens qui travaillaient pour les juifs ou commerçaient avec eux (1). Le prêt à intérêt consenti par les juifs fut fixé à un maximum de deux deniers pour livre par semaine, ce qui représente encore l'intérêt énorme de 43 un tiers pour cent par an. Il était interdit à tout créancier juif de réclamer son capital avant une année révolue. Mais le débiteur pouvait toujours se libérer par anticipation. Pour prévenir les prêts usuraires, Philippe-Auguste établit dans chaque ville un sceau spécial que deux hommes probes devaient apposer sur tous les contrats passés avec les juifs, à la condition qu'ils fussent réguliers; ce fut l'origine de la chancellerie des juifs. Enfin, Philippe-Auguste leur défendit de recevoir en gage des ornements d'Église, des socs de charrue et des vêtements ensanglantés. Ces mesures, contenues dans une ordonnance de 1206, furent complétées par une autre ordonnance de février 1218, qui régla avec plus de détails encore les conditions des prêts faits par les juifs aux chrétiens (2). Grâce à ces ordonnances, les juifs obtinrent une situation légale et, par cela même, moins précaire qu'auparavant. Ils demeurèrent en cet état jusque sous le règne de Louis VIII.

Ce prince renouvela, avec le comte de Champagne, la convention de Philippe-Auguste, mais en même temps il prit des mesures qui, au lieu de favoriser le développement de la banque des juifs, eurent pour objet de l'arrêter (3) : la chancellerie des juifs fut supprimée; leurs créances, qui remontaient à plus de cinq ans, furent déclarées éteintes sans paiement; pour l'avenir, les obligations souscrites au profit des juifs cesseront de produire intérêt; elles seront remboursées

(1) Voy. l'acte de 1206, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 39, et Isambert, t. I, p. 199. Cpr. Brussel, *op. cit.*, p. 582.

(2) Voy. *Recueil du Louvre*, t. I, p. 35 et 44; Isambert, t. I, p. 214. — L'ordonnance de 1206 fut observée, non seulement dans les domaines du roi, mais encore dans le comté de Champagne et dans la seigneurie de Saint-Dizier, car elle fut aussi signée par la comtesse de Champagne et par le seigneur de Saint-Dizier. — Voy. sur la condition des juifs sous Philippe-Auguste, Brussel, *op. cit.*, p. 574.

(3) Ordonnance de nov. 1223, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 47 et Isambert, t. I, p. 222. — Cpr. Brussel, *op. cit.*; p. 583 et 587.

en neuf paiements répartis en trois années et faits, non pas aux juifs eux-mêmes, mais à leurs seigneurs. Ces mesures avaient-elles pour objet de mettre un terme aux procès qui s'accumulaient entre juifs et chrétiens, ou de donner satisfaction à l'Église qui condamnait le prêt à intérêt? Les deux explications ont été proposées et on peut, à la rigueur, les accepter l'une et l'autre à la fois.

Il semble bien que saint Louis, ce prince ordinairement si bienveillant et si juste, ait été dominé par sa foi chrétienne dans les mesures sévères qu'il prit contre les juifs (1); mais du moins on ne saurait lui reprocher l'esprit de lucre qui avait en partie dicté les rigueurs de Philippe-Auguste (2). Dans une assemblée tenue à Melun en 1230, la régente et plusieurs seigneurs avaient déjà décidé, pendant la minorité de saint Louis, qu'ils ne permettraient plus aux juifs de prêter à intérêt que pour conserver leurs créances, et à charge de les faire viser; que les débiteurs auraient la faculté de les rembourser en trois années et que chaque seigneur pourrait poursuivre ses juifs en quelque lieu qu'ils fussent, comme ses esclaves (3). Les *Etablissements de Saint Louis* continuent à

(1) Voy. sur le sort des juifs sous saint Louis : Beugnot, *Institutions de Saint Louis*, p. 270; Lenain de Tillemont, *Vie de saint Louis*, t. V, p. 291. — Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 587 et 600.

(2) On ne saurait en dire autant des mesures prises par le frère de saint Louis dans ses domaines; Alphonse de Poitiers se servit des juifs pour se procurer d'importantes sommes. En 1268, il fit arrêter tous ses juifs et mit leurs biens sous séquestre; il exécuta ces mesures avec une telle rigueur, qu'elles soulevèrent d'amères réclamations et Alphonse dut y faire droit en rendant la liberté sans condition aux pauvres, aux malades, aux enfants âgés de moins de quatorze ans, desquels on ne pouvait d'ailleurs rien tirer, mais il ne promit aux autres la liberté qu'autant qu'ils se rachèteraient à prix d'argent et seraient connaître leur fortune. En 1270, seconde persécution d'Alphonse contre les juifs, sous prétexte que le pape lui avait accordé le produit des amendes prononcées contre les usuriers, pour subvenir aux dépenses de la croisade. Dans chaque diocèse, une commission composée d'un dominicain et d'un membre du clergé séculier, fut chargée de rechercher les usuriers à l'aide d'une procédure spéciale et cette commission renvoyait les affaires au parlement d'Alphonse qui prononçait l'amende au profit du prince et la restitution des usures au profit des débiteurs, le tout sur les biens du juif condamné. Cpr. Boutaric, *Saint Louis et Alphonse de Poitiers*, p. 318 à 333. On y trouvera de curieux détails sur la procédure qu'employaient les commissaires.

(3) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 53.

assimiler les juifs aux serfs et ils attribuent leurs biens meubles, à leur décès, au baron dans le domaine duquel ils étaient établis (1). En 1234, saint Louis fit encore plus : il libéra les chrétiens du tiers de leurs dettes envers les juifs et décida que ce tiers serait même remboursé à ceux qui avaient déjà acquitté la totalité de leurs dettes. Mais les deux tiers qui restaient dus devaient être payés à bref délai. Le roi défendit par la même ordonnance aux juifs d'user de la contrainte par corps, de saisir les immeubles de leurs débiteurs et de recevoir aucun gage, si ce n'est en présence de personnes dignes de foi (2).

En 1249, saint Louis se porta aux dernières mesures : il chassa les juifs du domaine de la couronne et confisqua une partie de leurs biens. Néanmoins, soit que cette décision n'ait pas reçu d'exécution à cause de l'absence du roi qui était parti pour la croisade, soit qu'elle ait été rapportée, les juifs se trouvaient encore dans le domaine de la couronne en 1254, car une ordonnance de cette année leur reconnaît le droit d'y rester à la condition de s'abstenir de toute usure, de tout sortilège et de vivre de leur travail (3). Enfin, en dernier lieu, une ordonnance de juin 1269, prescrivit aux juifs de porter sur la poitrine et sur le dos un signe distinctif, consistant en un morceau de feutre ou de drap jaune taillé en forme de roue et de la grandeur de la paume de la main, le tout sous peine d'une amende affectée à des usages pieux et de confiscation du vêtement au profit de celui qui aurait constaté l'absence du signe distinctif (4).

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 132, édit. Viollet, t. II, p. 249.

(2) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 54; *Isambert*, t. I, p. 243.

(3) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 65; *Isambert*, t. I, p. 272.

(4) Ordonnance de juin 1269, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 294, et *Isambert*, t. I, p. 344. Cpr. *Brussel, op. cit.*, p. 597 à 600. Cette ordonnance sur la marque des juifs ayant été faite sans la participation des barons, ne s'appliqua pas sur leurs terres. Mais l'obligation de la marque devint bientôt pour le roi un prétexte à perception d'un droit. Déjà le concile de Narbonne, de 1229, avait ordonné aux juifs de porter une marque sur leurs habits. *Voy. Labbé*, t. I, p. 304.

Ces mesures de saint Louis s'expliquent à la fois par l'état économique et par l'esprit religieux du temps. On ne voyait dans les juifs que les meurtriers de Jésus-Christ : privés de la possession de la terre, exclus des corporations, ils ne pouvaient guère se livrer qu'au trafic de l'argent. Parvenaient-ils à prendre une autre occupation lucrative, on s'empresait de la leur interdire ; c'est ainsi que plusieurs conciles du XIII<sup>e</sup> siècle, entre autre un concile tenu à Béziers en 1246 et le concile d'Albi de 1265, défendirent aux chrétiens de recourir aux médecins juifs.

Les juifs étaient, bien entendu, également exclus des corporations de métiers.

Réduits aux opérations de banque et au prêt à intérêt, ils en firent pour ainsi dire leur monopole à partir du XIII<sup>e</sup> siècle (1). Mais ils étaient, en outre, obligés de dissimuler leurs opérations dans les contrées où, sous l'influence de l'Église, le prêt à intérêt était absolument interdit. Ailleurs, ils prêtaient ostensiblement à intérêt, au taux du droit romain, c'est-à-dire de huit à douze pour cent par an, parfois même, mais rarement, à un taux plus élevé (2). Il leur arrivait aussi de trafiquer des créances, les achetant à bas prix, tout en exigeant le remboursement intégral. Ils se hâtaient aussi de capitaliser les intérêts qui n'étaient pas payés à échéance. Ces prêts à intérêt, même s'ils ne dépassaient pas le taux fixé par la loi romaine, et ces accumulations d'intérêts non payés amenaient à bref délai la ruine du débiteur, dans un temps où la notion exacte du crédit faisait défaut et où la circulation monétaire était souvent fort difficile. On a dit que les juifs auraient pu prêter à un taux moins élevé ; il est certain, malgré les protestations des économistes de l'école libérale, que la monnaie est une marchandise d'une nature spéciale. Quoi qu'il en soit, si l'esprit de lucre portait les juifs à tirer le plus haut prix possible de leur argent, la mauvaise foi

(1) Mais ce serait une erreur de dire, comme on l'a fait, qu'auparavant ils ne pratiquaient pas ces opérations.

(2) Voy. cependant *Revue historique*, t. XIV, p. 28 et suiv.

des chrétiens ne contribuait-elle pas aussi à les déterminer à ce parti? On ne se faisait aucun scrupule d'user de tous les moyens pour échapper aux engagements qui avaient été pris à leur égard (1), et les juifs courant ainsi un grand risque, essayaient de s'en couvrir en exigeant des intérêts élevés. Le mal était irrémédiable, car les rois, par leur propre exemple, proclamaient que les engagements envers les juifs n'étaient pas obligatoires, et déclaraient volontiers leurs créances éteintes sans paiement. Ces mesures rendaient les rois populaires et la banqueroute universelle supprimait souvent une situation intolérable. Mais ensuite les juifs redoublaient de précaution pour augmenter leurs exigences, de sorte que le mal ne tardait pas à reparaître, sensiblement aggravé.

Philippe le Hardi renouvela les dispositions de saint Louis sur la prohibition de l'usure, sur l'obligation imposée aux juifs de porter une rouelle de couleur; en outre, il leur défendit de réparer leurs synagogues, de posséder le Talmud, d'employer des serviteurs chrétiens. En 1282, il frappa les juifs du domaine d'une taille extraordinaire de 60.000 livres; les uns y échappèrent par différents moyens; d'autres essayèrent de s'y soustraire en s'établissant sur les terres de divers seigneurs, mais les officiers du roi obligèrent ces seigneurs à rendre ces juifs (2).

Philippe le Bel s'occupa souvent des juifs, les protégeant, les persécutant suivant les besoins de sa politique. En 1288, il défendit à l'Inquisition de les mettre en prison sans information préalable du bailli ou du sénéchal (3). Deux ans plus tard, en 1290, il fit expulser les juifs venus de Gascogne et

(1) Voy. un exemple dans la *Revue historique*, t. XIV, p. 33.

(2) Voy. sur ces divers points : *Olim*, t. 1, p. 158 et 218. — Saige, *Les Juifs du Languedoc*, p. 211. — Depping, *Les Juifs dans le moyen âge*, p. 222. — Langlois, *Le règne de Philippe III le Hardi*, p. 298.

(3) *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 346. — En 1302, le roi défend même à ses agents d'obtempérer aux réquisitions de l'inquisiteur. Voy. *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 346.

d'Angleterre (1). En 1292, il leva une taille sur les juifs, mais du moins il chargea un israélite du recouvrement et prescrivit aux agents royaux de lui prêter main-forte pour éviter les vexations (2). En 1293, apparurent, au contraire, les mesures les plus vexatoires. Les juifs du domaine furent arrêtés, les plus riches conduits au Châtelet, d'où ils ne sortirent pour recouvrer la liberté qu'à prix d'argent; leurs objets précieux furent saisis et vendus. A la fin de la même année et pendant les premiers mois de la suivante, le roi tira des sommes considérables des juifs du Midi, sous prétexte d'usure (3). En 1299, nouvelle taille extraordinaire sur les juifs du domaine et en même temps leurs débiteurs étaient dispensés de payer les intérêts des capitaux qu'ils leur avaient empruntés. Le roi aurait bien voulu frapper même les juifs qui n'étaient pas de son domaine; mais plusieurs tentatives de ce genre avaient déjà échoué devant les résistances des seigneurs et, dans ces nouvelles circonstances, les seigneurs ecclésiastiques protégèrent leurs juifs avec la même vigilance que les seigneurs laïques (4). Chacun défendait sa propriété et le roi ne pouvait s'en étonner, puisqu'il traitait lui-même les juifs comme une véritable marchandise. C'est ainsi qu'à la même époque, Philippe le Bel achetait à son frère tous les juifs du comté de Valois.

En 1302, nouvelle taille sur les juifs. Ceux-ci ayant fait remarquer qu'ils ne pouvaient pas payer le roi parce que leurs débiteurs n'acquittaient pas leurs dettes, une ordonnance du 27 avril 1303 prescrivit aux agents du roi de veiller à ce que les juifs fussent remboursés de leurs créances, mais sans intérêts (5). Il n'est pas possible de se méprendre sur le caractère de cette mesure : le roi ne se propose nullement de faire justice aux juifs, mais il veut qu'on les paie pour s'enrichir ensuite de leurs dépouilles. Enfin, en 1306, tou-

(1) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 317.

(2) Boutaric, *La France sous Philippe le Bel*, p. 300.

(3) Vaisselle, *Histoire générale de Languedoc*, liv. XXVIII, chap. 37.

(4) Voy. Mesnard, *Histoire de Nîmes*, Preuves, t. I, p. 125.

(5) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 545.

jours pour satisfaire aux besoins du Trésor, le roi n'hésita pas à bannir les juifs et à s'emparer violemment de tous leurs biens meubles et immeubles. Des commissaires spéciaux furent chargés de vendre leurs biens aux enchères et on aliéna ainsi même les écoles, les synagogues et les cimetières des expulsés. Mais il était convenu que si l'on découvrait des trésors ils appartiendraient au roi (1). En outre, celui-ci ordonna aux débiteurs chrétiens de déclarer leurs dettes envers les juifs et de les acquitter au profit de la couronne, sans aucune réduction et sauf remise des intérêts. Le roi ne défendit de réclamer que les dettes remontant à plus de vingt ans (2).

Cette expulsion de 1306 étant prononcée contre tous les juifs de France, bien des seigneurs essayèrent de réclamer, mais le roi leur ferma la bouche en entrant en composition avec eux et en consentant au partage des dépouilles des victimes. Par cela même le roi reconnaissait donc que ses droits ne s'étendaient pas sur tous les juifs du royaume. Cette expulsion en masse des juifs ne fut pas prise uniquement en haine de leur race, pas plus que les premières mesures du règne n'avaient été prescrites par esprit d'équité en leur faveur; le roi ne songeait qu'à une chose, tirer profit des juifs, et ce qui le prouve jusqu'à l'évidence, c'est qu'au lieu de faire remise aux chrétiens de leurs dettes, il leur prescrivit de les acquitter au profit de la couronne. Le roi ne se proposait pas davantage de rendre impossible le prêt à intérêt, car, bien au contraire, des ordonnances de 1311 et 1312, le réglementèrent pour empêcher les abus et notam-

(1) Isambert, t. II, p. 845; *Recueil du Louvre*, t. I, p. 443. On a de nombreux renseignements sur cette expulsion de l'année 1306. Voy. notamment *Recueil des historiens de la France*, t. XXI, p. 27. — Continuateur de Nangis, t. I, p. 355. — Brussel, *op. cit.*, p. 611. — Voy. un article de Renan, dans la *Revue des Deux-Mondes*, année 1874, t. II, p. 612. M. Siméon Luce a publié un grand nombre de documents relatifs à la vente des biens des juifs qui eut lieu en 1306, dans la *Revue des études juives*, année 1880, p. 15. — Cpr. Vuitry, *op. cit.*, t. I, p. 94.

(2) Voy. *Recueil du Louvre*, t. I, p. 470.

ment l'usure proprement dite, c'est-à-dire les intérêts exagérés (1).

Malgré les mesures ordonnées en 1306, les juifs ne disparurent pas entièrement du royaume. Quelques-uns échappèrent aux poursuites, d'autres rentrèrent peu à peu, notamment ceux qui s'étaient réfugiés dans le duché de Bourgogne. Le roi ferma-t-il les yeux sur leur retour dans le but de s'emparer encore une fois de leurs biens? L'ordonnance de 1311, qui les chasse de nouveau et confisque leurs biens, n'en fait pas l'aveu et elle reproche, au contraire, aux officiers royaux d'avoir toléré cet état de choses. Mais ce qui est certain, c'est que le roi s'enrichit encore de leurs dépouilles et ne fit pas plus que la première fois, remise aux débiteurs chrétiens de leurs dettes qu'ils durent acquitter au Trésor (2). Cette seconde spoliation fit entrer des sommes immenses dans les coffres du roi. Le produit de la vente des biens des juifs, s'éleva dans le seul baillage d'Orléans, non compris les bijoux, à la somme de 3.746 livres et, dans la sénéchaussée de Toulouse, à 75.264 livres tournois (3). Mais si ces confiscations enrichissaient le Trésor, elles augmentaient aussi la misère du peuple en ruinant le crédit.

Il semble bien que Louis le Hutin ait compris l'utilité des juifs; sa politique consista à les rappeler et en même temps à tirer d'eux d'importants profits. C'est ainsi qu'une ordonnance du 28 juillet 1315 rendue, comme porte son préambule, « à la commune clamour du peuple, » fit revenir les juifs et leur permit de s'établir dans le royaume, mais seulement pour une période de douze années. Ces faveurs ne leur furent accordées qu'à prix d'argent et, en retour, les deux tiers de leurs créances furent confisquées (4). Le roi n'avait certainement pas l'intention de les expulser au bout de ce temps,

(1) Voy. *Recueil du Louvre*, t. I, p. 484, 494, 495, 503.

(2) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 490. — *Olim*, t. III, p. 749 et 839. On y verra que les couvents eux-mêmes étaient parfois débiteurs des juifs.

(3) Boutaric, *La France sous Philippe le Bel*, p. 304.

(4) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 595; Isambert, t. III, p. 116.

mais il se proposait de ne les autoriser à séjourner que moyennant finance. Il les prévient même que si au bout de ce temps il se décidait à les expulser de nouveau, il leur donnerait un délai d'un an pour emporter leurs richesses. L'ordonnance de Philippe le Hutin réglemента avec soin la condition des juifs : ils ne seront pas inquiétés pour les meubles qu'ils ont emportés avec eux ; ils pourront prêter sur gage et conformément aux anciennes ordonnances ; leurs synagogues et cimetières leur sont rendus à la condition qu'ils en paieront le prix. Enfin, les juifs furent autorisés à acquérir des terres en roture. C'est à partir de cette époque aussi que tous les juifs, même ceux des barons, furent placés sous la protection spéciale du roi (1).

Philippe le Long améliora encore sensiblement la condition des juifs ; il ne les obligea plus à porter la marque distinctive que dans les villes ; ils eurent des baillis particuliers pour juger leurs contestations ; on les autorisa à acheter les maisons qu'ils habitaient, ce qui ne leur avait jamais été permis auparavant ; ils purent transmettre leurs biens par succession dans leurs familles (2). Mais, d'ailleurs, ils restaient taillables à merci et leurs opérations de crédit étaient soigneusement réglementées (3).

Les juifs ne furent pas longtemps en sécurité. Peu de temps après ces ordonnances, on fit courir le bruit que les juifs et les lépreux avaient empoisonné les fontaines du royaume. On n'a jamais su par qui ces bruits absurdes avaient été mis en circulation, mais ils avaient été bien manifestement inspirés par la haine des juifs. Ceux-ci furent de nouveau expulsés du royaume ou même brûlés vifs et, d'après le continuateur de Nangis, la confiscation de leurs biens produisit au Trésor la somme de 150.000 livres (4).

(1) Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 609, 616, 622.

(2) Brussel, *op. cit.*, p. 620, 622.

(3) Voy. les ordonnances de 1317 et 1319 dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 646 et 682 ; Isambert, t. III, p. 156, 201.

(4) Continuateur de Nangis, t. II, p. 35. — Cpr. Brussel, *op. cit.*, p. 622 et suiv.

Philippe de Valois, peu de temps après être monté sur le trône, laissa rentrer les juifs en France; mais à son tour, il les expulsa en 1347. Mêmes alternatives au début du règne suivant : le roi Jean rappela les juifs à son avènement, mais le dauphin les chassa de nouveau pendant la captivité du roi, en 1357 (1). En 1361 on permit aux juifs de rentrer en France, sous la double condition de payer dès leur retour une finance considérable et d'être ensuite soumis à une taille annuelle. La royauté avait à cette époque un pressant besoin d'argent et elle se procura ainsi d'importantes ressources. Bien que ces mesures eussent un caractère fiscal, cependant le roi avait aussi la ferme intention de donner la sécurité aux juifs et de les traiter avec équité. On en a la preuve par les trois ordonnances qui furent rendues en 1360. Les juifs furent rappelés encore une fois; d'importants privilèges leur furent accordés; on leur permit même d'exercer la médecine s'ils étaient gradués, mais à la condition de porter une marque sur leurs habits (2). Déjà des lettres du 5 juillet 1359 avaient créé un juge des juifs, gardien de leurs privilèges (3).

Non seulement les juifs ne furent plus inquiétés, ni pendant le reste du règne du roi Jean, ni pendant tout le cours de celui de Charles V, mais ils obtinrent même certaines faveurs et furent, dans tous les cas, traités avec justice. On les obligea seulement, en 1362 et en 1363, à porter de nouveau sur leurs vêtements une marque distinctive (4). En 1364, le comte d'Étampes était gardien et juge des juifs; il lui fut permis de nommer des gardiens à sa place et à ceux-ci de se faire remplacer par des substituts pour juger les procès (5). En 1368, le procureur général des juifs du Languedoc se plaignit au roi de ce que ses coreligionnaires

(1) Voy. Lalanne, *Dictionnaire historique*, v° *Juifs*.

(2) *Recueil du Louvre*, t. III, p. 467, 471, 473. — Cpr. des lettres du 3 avril suiv.; *ibid.*, t. III, p. 487. — Isambert, t. V, p. 114 et 135.

(3) *Recueil du Louvre*, t. III, p. 351.

(4) Lettres du 29 déc. 1362 et du 20 oct. 1363, dans le *Recueil du Louvre*, t. III, p. 603 et 641; Isambert, t. V, p. 159.

(5) *Recueil du Louvre*, t. IV, p. 496.

étaient souvent maltraités, qu'on ne tenait aucun compte de leurs privilèges et qu'on les obligeait même à aller à l'église pour obtenir d'eux des conversions forcées. Le roi défendit expressément ces pratiques : « Sachant que les sacrements de sainte Église ne doivent pas être administrés par force et aussi que nul ne doit y être contraint si ce n'est par vraie dévotion (1). » En 1372, les juifs furent encore une fois confirmés dans leurs privilèges et deux ans plus tard, des lettres de Charles V prolongèrent, moyennant finance, le temps pendant lequel il leur était permis de rester dans le royaume; enfin, en 1378, Charles V mit les juifs non convertis à l'abri des persécutions de leurs anciens coreligionnaires convertis et décida que ceux-ci ne pourraient poursuivre ceux-là qu'après information préalable, et à charge de fournir caution d'agir (2). D'ailleurs les juifs continuaient à rendre d'importants services à la royauté : ils étaient souvent soumis aux taxes extraordinaires perçues sur toute la nation (3), bien qu'ils fussent, en outre, grevés d'impôts particuliers; de plus, le roi se permettait de lever sur eux arbitrairement des tailles exceptionnelles et il leur empruntait de fortes sommes dans les moments de détresse (4).

Sous le règne de Charles VI on ne manqua pas non plus de s'adresser aux juifs, notamment en 1393, pour leur extorquer sous forme d'impôts spéciaux, des sommes considérables (5). Mais, pendant les premières années de ce règne, les juifs n'avaient pas eu à se plaindre de la royauté. Des émeutes avaient éclaté à Paris et dans plusieurs autres villes contre

(1) *Recueil du Louvre*, t. V, p. 167; Isambert, t. V, p. 320.

(2) Voy. sur ces divers points les lettres du 18 juillet 1372, celles du 15 octobre 1374, celles du 9 août 1378, dans le *Recueil du Louvre*, t. V, p. 490; t. VI, p. 44 et 340. — Cpr. Isambert, t. V, p. 490.

(3) Voy. par exemple ordonnance du 17 fév. 1375 portant qu'on n'aura point égard aux lettres d'exemptions en faveur de certains juifs des levées de deniers qui se font sur toute la nation à moins que ces lettres ne soient signées de la main du roi. *Recueil du Louvre*, t. VI, p. 173.

(4) Voy. par exemple lettres du 17 fév. 1376 et du 9 août 1378, dans le *Recueil du Louvre*, t. VI, p. 173 et 339.

(5) Religieux de Saint-Denis, t. II, p. 118.

les juifs qui détenaient en gage une grande partie des vêtements précieux et des meubles des chrétiens. On leur avait repris la plupart de ces meubles et néanmoins les débiteurs agissaient contre eux en restitution. Des lettres du roi décidèrent que les juifs seraient dispensés de restituer les gages qu'ils avaient reçus, à la condition de prêter serment qu'ils en avaient été dépouillés pendant les émeutes; mais on les obligea à rendre ces objets engagés s'ils les avaient conservés ou recouvrés (1). Une ordonnance de juillet 1387 assura aux juifs la liberté de vaquer à leur profession pendant dix ans; mais elle s'empessa d'ajouter que, pendant le même temps, malgré les pertes qu'ils avaient éprouvées dans les émeutes, ils devraient contribuer à la taille et aux autres mpôts de l'Etat (2). Toutes leurs affaires durent être, à Paris, jugées au Châtelet par le prévôt et leurs actes furent scellés du sceau de la prévôté; en même temps on leur faisait remise, moyennant finance, de toutes les contraventions qu'ils avaient pu commettre contre leurs règlements (3). Quelques années plus tard, ils furent encore l'objet de mesures bienveillantes. C'est précisément à cette époque que se place l'ordonnance royale qui interdit de confisquer les biens des juifs lorsqu'ils se convertissent au christianisme (4). Peu après le roi déclare qu'il prend les juifs sous sa protection spéciale; eux et leurs biens; il s'élève contre les injures et les mauvais traitements dont on les accable et ordonne de punir sévèrement leurs auteurs (5). Mais à partir de cette époque, la cause des juifs perd rapidement du terrain auprès du roi. Dès la même année il leur est prescrit de prendre au

(1) Lettres du 26 mars 1380, dans le *Recueil du Louvre*, t. VI, p. 563, et dans Isambert, t. VI, p. 556.

(2) *Recueil du Louvre*, t. VII, p. 169, et Isambert, t. VI, p. 624.

(3) Lettres du 10 fév. et du 16 fév. 1388, dans le *Recueil du Louvre*, t. VII, p. 225.

(4) Édit du 25 avril 1393, dans le *Recueil du Louvre*, t. VII, p. 792, et dans Isambert, t. VI, p. 728. Le Concile de Latran avait déjà pris la même décision en 1179.

(5) Mandement du 3 juillet 1393, dans le *Recueil du Louvre*, t. XII, p. 182 et dans Isambert, t. VI, p. 731.

grand sceau des lettres de commission pour se faire payer de leurs dettes; il est interdit d'exercer la contrainte par corps contre les chrétiens au profit des juifs et il est fait défense aux notaires de recevoir les contrats qui stipulent cette contrainte (1). Mais la mesure la plus grave fut celle du 17 septembre 1394 qui bannit les juifs à perpétuité de tout le royaume. On donna pour prétexte de cette mesure qu'ils se permettaient toutes sortes d'excès et de délits aux dépens des chrétiens, contre la foi et contre les ordonnances royales. Toutes les anciennes lettres de privilèges accordées aux juifs furent supprimées; mais il ne paraît pas qu'on ait confisqué leurs biens, comme on l'a dit parfois à tort, et des lettres de janvier 1395 prescrivirent au contraire aux sénéchaux du Languedoc, de faire payer aux juifs ce qui leur était dû avant leur sortie du royaume. En requérant l'enregistrement de ces lettres, le procureur du roi avait dit : *hosti servanda fides* (2); mais peu de temps après, à l'occasion du mariage de la fille du roi avec le roi d'Angleterre, divers impôts furent réduits et les chrétiens, débiteurs de juifs, furent déclarés quittes de leurs dettes (3).

Cette ordonnance d'expulsion générale des juifs ne fut jamais rapportée et leur condition resta toujours précaire en France jusqu'à la Révolution, sauf dans les parties du territoire où leur existence était assurée par suite de traités spéciaux passés au moment de l'annexion de ces pays à la France (4).

(1) Lettres du 25 sept. 1393 et du 4 fév. même année, dans le *Recueil du Louvre*, t. VII; p. 500 et 589.

(2) Ordonnance du 28 mars 1395, art. 11, dans le *Recueil du Louvre*, t. VIII, p. 61, et dans Isambert, t. VI, p. 763. Voy. aussi les lettres de janv. 1397, portant que toutes les obligations pour cause de prêt souscrites par des chrétiens au profit de juifs, seront retirées, déchirées et brûlées. *Recueil du Louvre*, t. VIII, p. 181.

(3) Constitution portant bannissement des juifs, du 17 sept. 1394, dans le *Recueil du Louvre*, t. VII, p. 675, et dans Isambert, t. VI, p. 750. Lettres du 15 janv. 1395, dans le *Recueil du Louvre*, t. VIII, p. 33.

(4) Peu à peu les juifs rentrèrent cependant en France et quelques-uns même y furent bien traités jusqu'à la déclaration du 23 avril 1651 qui les expulsa encore du royaume. Isambert, t. XVI, p. 76.

Dans le midi, la condition des juifs était sensiblement meilleure que dans le centre et le nord de la France. Sans doute, ils étaient persécutés dans certaines villes, mais ce fait n'était pas général. Ailleurs ils jouissaient d'une liberté appréciable au lieu d'être considérés comme des serfs; ils pouvaient se livrer au commerce et à l'industrie et on leur reconnaissait même, mais plus rarement, le droit d'acquérir des terres. Chose curieuse à remarquer, ce furent surtout les papes qui se déclarèrent les protecteurs des juifs et les traitèrent avec bienveillance, à Avignon comme à Rome (1). Au xv<sup>e</sup> siècle, après le départ des papes, la condition des juifs resta très satisfaisante à Avignon, tandis qu'ailleurs elle devint moins bonne (2). Dans le Midi comme dans le Nord, les juifs se livraient surtout au commerce et prêtaient à intérêt; mais dans les contrées où on leur laissait, comme à Avignon, une liberté complète au lieu de les considérer comme des serfs, ils s'adonnaient aux professions libérales, exerçaient volontiers la médecine, cultivaient les lettres et formaient même des académies. Ils ont rendu de sérieux services à la science par leurs études sur la médecine et l'astronomie; ils ont répandu en France ces fabliaux qui ont fait fortune au moyen âge et ont ainsi contribué à faire connaître la philosophie d'Aristote (3).

(1) Ainsi Jean XXII défendit de confisquer les biens des juifs convertis au christianisme. Voy. Depping, *Histoire des Juifs au moyen âge*, chap. 9; Bédarride, *Les Juifs en France*, p. 261; Bardinot, dans la *Revue historique*, t. XII, p. 14. Le même pape protégea les juifs contre les pasteurs et donna refuge à ceux que persécutait Philippe le Long. Clément VI s'efforça d'empêcher les mauvais traitements qu'on infligeait aux juifs et Clément VII interdit d'enlever les juifs d'Avignon à leurs juges naturels. Voy. Bardinot, *Condition civile des Juifs du Comtat Venaissin pendant le séjour des papes à Avignon*, dans la *Revue historique*, t. XII, p. 16, 18, 25.

(2) Voy. sur ce point Bardinot, dans la *Revue historique*, t. XIV, p. 1 et suiv.

(3) Voy. Bardinot, dans la *Revue historique*, t. XIV, p. 44 et suiv. et Lenient, *La satire en France au moyen âge*, p. 74. — Dans certaines contrées du Midi, les juifs étaient percepteurs des impôts, administrateurs ou intendants des biens des seigneurs, fermiers des banalités. Voy. *Revue historique*, t. XIV, p. 36 et suiv. Sur la condition des juifs en Allemagne, voy. Stobbe, *Die Juden in Deutschland während des Mittelalters*. — Arnold, *Verfassungsgeschichte der deutschen Freistädte*, t. II, p. 214. — Mossmann, *De l'épargne au moyen âge*, dans la *Revue critique*, t. X, p. 56 et suiv.

## § 8. — LES LOMBARDS.

La banque et le prêt à usure étaient aussi pratiqués dans le Midi et aux foires de Champagne par des commerçants étrangers appelés Lombards parce qu'ils venaient, pour la plupart, d'Italie; quelques-uns appartenaient à d'autres pays. En haine de l'usure, saint Louis prescrivit à ses baillis de les chasser et autorisa les emprunteurs à se libérer envers eux en ne remboursant que le capital, sans les intérêts. Pour l'avenir il était d'ailleurs permis aux Lombards de s'établir dans le royaume à la condition de ne plus pratiquer l'usure (1). Une ordonnance de Philippe le Hardi, d'août 1274, renouvela ces mesures (2); mais il semble bien qu'elle resta infructueuse comme l'avait été celle de saint Louis. Ce qui le prouve, c'est qu'en 1277 Philippe le Hardi fit arrêter tous les banquiers étrangers et ne leur rendit la liberté que contre le paiement d'une somme de 60.000 livres parisis.

En 1291, Philippe le Bel fait mettre en prison tous les Lombards sous prétexte d'usure et ne les relâche qu'à prix d'argent (3). Revenus à la liberté, ils songèrent à empêcher le renouvellement de pareils abus et la communauté de ces banquiers, représentée par son capitaine général, conclut, en 1295, avec le roi, un véritable traité qui réglementa les opérations des Lombards, et en même temps leur assura des garanties et des privilèges (4). C'était peu connaître le caractère de Philippe le Bel. En 1311 le roi ne se fit pas faute de les bannir comme les juifs et recommanda même à ses agents de ne les laisser sortir du royaume qu'après paiement de leurs dettes (5). Mais on avait encore plus besoin d'eux que des juifs, car ils concentraient entre leurs mains presque toutes les opérations de banque; aussi leur expulsion ne fut pas de longue

(1) Ordonnance de janvier 1268, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 96.

(2) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 298.

(3) Clamageran, *Histoire de l'impôt en France*, t. I, p. 299.

(4) *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 377; Cpr. t. I, p. 326.

(5) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 489 et 490.

durée. Ils ne tardèrent pas à revenir et le roi autorisa facilement leur présence en France en réglant de nouveau leur condition par deux ordonnances de juillet 1315 (1).

Ils ne furent plus expulsés dans la suite et on ne prit des mesures contre eux que pour réprimer certains de leurs abus ou pour les soumettre à des redevances spéciales (2). On s'attacha surtout à leur défendre le prêt à intérêt ou à ne le leur permettre que sous de graves restrictions. Une ordonnance dont nous ne connaissons ni le texte ni la date, nomma des commissaires qui reçurent pour mission de rechercher quelle partie de leurs créances constituait le capital, quelle autre partie les intérêts; les débiteurs devaient être crus sur leur serment et les Lombards ne pouvaient exiger que le remboursement du capital. Mais il fut impossible de mettre ces mesures à exécution, comme nous l'apprend une ordonnance nouvelle, du 12 janvier 1331, qui établit une sorte de forfait et permit aux débiteurs de se libérer en ne payant que les trois quarts de leurs dettes toutes les fois qu'elles étaient productives d'intérêts. Dans le cas contraire, la somme devait être intégralement remboursée (3). Il faut bien croire d'ailleurs que les Lombards prêtaient à des taux exagérés et ruinaient leurs emprunteurs; on en a la preuve par une ordonnance du 25 mars 1333 (4) qui toléra le prêt à intérêt à la condition que la livre ne produirait pas plus d'un denier par semaine. C'était donc autoriser le prêt au taux de  $21 \frac{2}{3} 0/00$  par an. Cependant ce taux énorme ne suffisait pas encore à satisfaire les exigences des Lombards, car on ne tarda pas de nouveau à les accuser de ruiner le peuple, et, pour mettre un terme à leurs exactions, le roi annula à plusieurs reprises, purement et simplement, toutes leurs

(1) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 582.

(2) Voy. notamment ordonnances des 14 février, 10 mars, 9 septembre 1317; de 1320 et du 21 mars 1324, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 630, 650, 749, 781. — Cpr. Du Tillet, t. II, p. 607.

(3) *Recueil du Louvre*, t. II, p. 59. L'ordonnance permettait en outre aux débiteurs, s'ils le préféraient, de payer le capital, déduction faite des intérêts.

(4) *Recueil du Louvre*, t. XII, p. 16.

créances, même en capital, obligeant les débiteurs à faire connaître le montant de ces créances et leur interdisant sous peine d'amende de les payer (1). Les Lombards n'en continuèrent pas moins leurs opérations, mais clandestinement et peut être même prêtèrent-ils à un taux encore plus élevé, pour couvrir leurs risques. Ce qui est certain, c'est que le 15 novembre 1353 le roi annula encore une fois leurs créances, mais à son profit et non plus dans l'intérêt des débiteurs; ceux-ci durent en effet verser le capital de leurs dettes fixé par leur serment, au trésor public (2). Il ne faut pas oublier qu'à cette date le roi avait besoin d'argent pour continuer la guerre contre les Anglais. Quelques années plus tard, les créances des Lombards furent reconnues, mais on les soumit à la prescription de dix ans et il fut interdit à leurs titulaires de traduire les débiteurs devant d'autres juges que ceux de leur châtellenie (3). Les Lombards menacés par cette courte prescription exercèrent des poursuites plus actives contre leurs débiteurs; il fallut encore intervenir et une ordonnance de mars 1357 ordonna leur suspension pour un certain temps (4). Puis on en revint aux décisions brutales et injustes et en 1363 toutes les créances des Lombards furent de nouveau annulées (5). Ces mesures n'empêchaient pas, bien entendu, de percevoir sur les Lombards les redevances spéciales auxquelles ils étaient soumis pour la vente et l'achat des marchandises (6). Mais le renouvellement incessant de ces mesures arbitraires est la meilleure preuve de leur impuissance. Ce fut une grave erreur économique de croire, sous l'influence de l'Eglise, que le prêt à

(1) Lettres du 19 mai 1337, du 2 juin 1340, du 2 juin 1351, dans le *Recueil du Louvre*, t. II, p. 143, 441, et t. XII, p. 35.

(2) *Recueil du Louvre*, t. II, p. 418.

(3) *Recueil du Louvre*, t. II, p. 19.

(4) *Recueil du Louvre*, t. III, p. 121.

(5) Règlement du 20 octobre 1363, art. 2 et ordonnance du 5 décembre, même année, dans le *Recueil du Louvre*, t. III, p. 641 et 645.

(6) Voy. par exemple ordonnance du 16 septembre 1368, art. 2 et 8, dans le *Recueil du Louvre*, t. III, p. 254.

intérêt est immoral et doit être interdit; il est au contraire indispensable pour permettre aux particuliers les opérations les plus diverses et dans certains cas même pour leur donner le moyen de vivre. Aussi toutes les mesures destinées à le réprimer n'ont eu pour résultat que de le rendre clandestin et en même temps plus onéreux pour les débiteurs, les créanciers leur faisant payer par une augmentation d'intérêts les risques auxquels cette opération les soumettait.

### § 9. — LES BÂTARDS ; LA LÉGITIMATION.

Pendant la première partie de la féodalité, il y eut deux espèces de bâtards. On considérait en effet comme tels, non seulement les enfants nés d'unions libres, mais encore ceux qui provenaient de légitimes mariages entre personnes de conditions différentes, par exemple entre personnes franches et personnes servies. Dans ce dernier cas, la condition du bâtard était très dure, par cela même qu'on lui faisait suivre la condition de celui de ses parents qui était serf, en vertu du principe : *le pire emporte le bon*. L'enfant né hors mariage prenait nécessairement la condition de sa mère et ce principe ne tarda pas à être suivi au XIII<sup>e</sup> siècle pour le cas d'enfants nés d'unions légitimes, mais entre personnes de conditions différentes (1).

Cependant, à la même époque Beaumanoir veut que l'enfant né hors mariage ne suive ni la condition de son père, ni celle de sa mère, et, comme la liberté est de droit naturel, ce jurisconsulte en conclut qu'il naît libre; en d'autres termes, la bâtardise affranchit de la servitude, même si la mère est servie. Il y avait encore ainsi, comme on le voit, au temps de Beaumanoir, deux sortes de bâtards : ceux qui étaient nés de mariages contractés entre personnes de conditions inégales et ceux qui étaient nés hors mariage; mais ces derniers

(1). Voy. *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 31, éd. Viollet, t. II, p. 174. — Beaumanoir, chap. 45, n<sup>o</sup> 15, t. II, p. 222. — *Livre de justice et de plet*, p. 56.

étaient mieux traités que les autres, puisqu'ils étaient toujours de condition libre, tandis que les premiers étaient serfs si telle était la condition de leur mère (1).

A l'époque du *Livre des droiz et des commandemens*, cette distinction a disparu : on ne considère plus comme bâtards que les enfants nés hors mariage et la distinction est même nettement établie entre les enfants naturels simples, les adultérins et les incestueux (2).

Au temps de Beaumanoir, la bâtardise ne se présumait pas, même s'il s'agissait d'enfants adultérins ou incestueux. Il fallait donc, dans le doute, prouver l'existence de ce vice. Parfois cette preuve était très simple et résultait du fait même, surtout en cas d'adultère, par exemple si le mari prouvait qu'il était frappé d'impuissance ou si la femme avait eu un enfant pendant la longue absence de son mari retenu aux croisades. Dans aucun cas l'aveu de la mère ne faisait preuve : on craignait que la haine ou l'amour ne l'amenât, suivant les circonstances, à dissimuler la vérité (3).

Les procès de bâtardise étaient, en principe, au temps de Beaumanoir, de la compétence des juges d'Eglise (4); cependant si une question de succession à un fief soulevait une difficulté de cette nature, le juge laïque en connaissait. Mais lorsque la bâtardise dépendait de la validité d'un mariage, la solution du juge d'Eglise, sur ce point, avait autorité de chose jugée pour le tribunal séculier (5).

Dans le très ancien droit coutumier et féodal, la condition du bâtard était fort dure : le plus souvent il était serf et lorsqu'on ne lui donnait pas cette condition on l'assimilait

(1) Beaumanoir, chap. 18, n° 2 et suiv., n°s 14 et suiv., t. I, p. 278, 280, 285; chap. 45, n° 16, t. II, p. 223.

(2) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 770, t. II, p. 201.

(3) Beaumanoir, chap. 11, n° 24, t. I, p. 167; chap. 18, n°s 1 et 9, t. I, p. 277 et 282.

(4) Sur la preuve de la filiation naturelle en droit canonique, voy. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 38.

(5) Beaumanoir, chap. 18, n°s 3 et suiv., t. I, p. 278 et chap. 45, n° 16, t. II, p. 223. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 27, éd. de Gruchy, p. 87.

à l'aubain qui ne différait pas sensiblement du serf. Cette assimilation était d'autant plus rigoureuse qu'à cette époque, nous l'avons vu, il existait des bâtards nés en légitime mariage (1).

Entre le XIII<sup>e</sup> et le XV<sup>e</sup> siècle, les bâtards échappèrent en général à cette ancienne servitude par diverses causes, tantôt sous l'influence du droit romain, tantôt grâce à la règle posée par Beaumanoir et suivant laquelle le bâtard est nécessairement libre; d'autres fois en acquérant des terres de franchise ou en faisant aveu au roi comme l'aubain. Sur les domaines du roi, le bâtard ne pouvait même pas s'avouer d'un autre que du roi (2). Mais ailleurs il pouvait faire aveu d'un seigneur.

A aucune époque le bâtard n'entra dans la famille; il était, comme on dit dans la suite, *hors de pain*, c'est-à-dire émancipé de la puissance du père. Mais quoique les parents n'eussent pas sur lui les mêmes droits que sur les enfants légitimes, ils n'en étaient pas moins tenus de le nourrir tant qu'il était en bas âge et hors d'état de gagner sa vie. Cette obligation alimentaire existait même vis-à-vis des adultérins et des incestueux et elle se maintint à l'époque où ces derniers furent nettement distingués des autres bâtards (3). D'ailleurs en cette matière aussi, les coutumes locales apportaient souvent des dérogations au droit commun. Ainsi, d'après la seconde coutume d'Alais, accordée vers 1222 par le seigneur Bernard d'Anduse et Pierre Brémont son neveu, encore mineur, si un homme a confessé ou a été reconnu en justice être le père d'un bâtard, il est tenu de la moitié des frais de nourriture pendant trois ans, mais pour le surplus il ne peut pas être engagé contre son gré (4). Dans le Lavedan, le livre censuel de la vicomté, de l'an 1297, portait que si le seigneur avait un bâtard, chaque habitant devait payer une redevance

(1) Voy. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 955 et 956.

(2) *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 31, éd. Viollet, p. 428.

(3) Voy. Bacquet, *Droit de bâtardise*, chap. 5. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 1, règle 41.

(4) Voy. ce texte dans les *Olim*, t. III, p. 495.

pour subvenir à son éducation ; c'était donc la communauté qui élevait le bâtard de son seigneur (1).

Bien que le bâtard fût placé hors de la famille, il existait cependant, comme on le voit, certains rapports entre cet enfant et ses père et mère. Ces liens étaient même plus particulièrement étroits entre la mère et l'enfant, probablement à cause de la certitude de la maternité et de l'incertitude fréquente de la paternité, peut-être aussi sous l'influence du droit romain qui attribue à la filiation naturelle des effets bien plus importants vis-à-vis de la mère qu'à l'égard du père. Certaines coutumes du Nord, telles que celles de Riquebourg, Saint-Vaste, Valenciennes, Cassel, Tournai, Saint-Omer, etc., adoptaient même le principe du droit romain qui n'établissait aucune différence entre les enfants nés du mariage et les enfants naturels, par rapport à la mère ; ainsi tous lui succédaient sans aucune distinction. Ce fait est d'autant plus curieux, que sous ce rapport le droit romain n'avait pas été suivi dans les pays de droit écrit, sauf exception dans le Dauphiné (2). En général, dans les pays de coutume comme dans les pays de droit écrit, il n'y a pas de succession entre les pères naturels et leurs enfants. Mais le bâtard était tenu, vis-à-vis de sa mère, de certains devoirs particulièrement étroits : ainsi le *Livre de jostice et de plet* nous apprend que le bâtard ne peut pas faire semondre sa mère devant le juge (3).

Le bâtard étant assimilé au serf, comme l'aubain, pendant les premiers temps du moyen âge, était incapable d'acquérir ou d'aliéner soit entre vifs, soit à cause de mort, notamment par

(1) Voy. Dolive, *Questions notables*, liv. II, p. 160 de l'édit. de 1638.

(2) Les *Assises de Jérusalem* veulent aussi que tous les enfants succèdent à leur mère, même les bâtards adultérins.

(3) *Livre de jostice et de plet*, p. 81. On ajoute quelquefois que, de son côté, la mère ne peut pas témoigner en justice contre son bâtard ; mais le passage de Beaumanoir qu'on cite en ce sens (chap. 18, n° 3, t. I, p. 278) signifie, à notre avis, tout autre chose : il veut dire que l'aveu de la mère ne fait pas preuve lorsqu'il y a procès sur le point de savoir si un enfant est légitime ou bâtard.

donation, succession, testament (1). De bonne heure ces incapacités disparurent, mais il en demeura parfois des traces plus ou moins profondes, suivant les contrées. Le bâtard étant devenu libre, fut tout naturellement exempt du mariage et du chevage. Il faut croire que ces effets rencontrèrent des difficultés dans l'application, car un grand nombre de coutumes du xv<sup>e</sup> siècle prennent encore la peine de les mentionner comme s'ils étaient susceptibles de soulever des doutes. Un arrêt du Parlement de 1328 décide que les bâtards peuvent vendre, donner et léguer leurs biens (2). Nous voyons encore en 1349 le roi accorder à un bâtard des lettres de grâce à l'effet d'acquérir des immeubles. Pendant des siècles le bâtard fut incapable de devenir propriétaire de fiefs. Cependant il semble bien que, de bonne heure, il jouit d'une pleine capacité pour acquérir entre vifs, à titre gratuit ou à titre onéreux, sauf exception cependant de la part de ses parents (3). Le bâtard ne pouvait en effet recevoir d'eux aucune donation (4) et à plus forte raison aucun legs, si ce n'est à titre d'aliments. Mais dans la suite on admit qu'il aurait le droit de recevoir des legs de ses père et mère, pourvu que ces legs ne fussent pas universels ni excessifs; d'ailleurs il régna une certaine diversité à cet égard (5). Seuls les adultérins et les incestueux (6) continuèrent à être incapables de recevoir à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, de leurs parents, si ce n'est à titre d'aliments.

D'après Beaumanoir, les père et mère peuvent laisser à leurs bâtards comme aux étrangers, leurs meubles et conquêts et le quint de l'héritage par testament; mais ce juris-

(1) Voy. par exemple *Ancienne coutume de Laon*, art. 6; Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 95, p. 543; Desmares, *Lécision* 24; Laurière sur Loysel, *Inst. cout.*, liv. 1, tit. 1, règle 42.

(2) Rapporté par Laurière dans ses observations sur Loysel, *Inst. cout.*, liv. 1, tit. 1, règle 42.

(3) Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 27, éd. de Gruchy, p. 89 et chap. 36, p. 112.

(4) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 112.

(5) Voir, pour le moment, Loysel, *Inst. Cout.*, liv. 1, tit. 1, règle 43.

(6) Les enfants des prêtres étaient considérés comme incestueux.

consulte ajoute que si les père et mère ont des enfants légitimes et ne possèdent pas de propres, il leur est absolument interdit de déshériter ces enfants légitimes au profit des bâtards : ceux-ci ne peuvent plus recevoir de legs qu'à titre d'aliments (1).

De l'ancienne assimilation du bâtard au serf, résulta longtemps, pour lui comme pour l'aubain, l'incapacité de tester, si ce n'est jusqu'à concurrence de cinq sous et pour le salut de son âme. Cette disposition se retrouve encore dans l'art. 6 de l'ancienne coutume de Laon. Dans la suite, les coutumes permirent aux bâtards de faire des testaments et sous ce rapport, il s'établit, entre eux et les aubains, une notable différence. Certaines coutumes ne la consacrèrent pas et autorisèrent les aubains à tester, comme les bâtards. Mais il paraît qu'en pratique il en résulta de grandes difficultés pour les successions des aubains; les officiers du roi prétendaient s'en emparer malgré l'existence de testaments. Ces difficultés ne s'élevèrent pas pour les biens des bâtards (2). Déjà au XIII<sup>e</sup> siècle, l'usage d'Orléans permettait au bâtard d'aumôner ses meubles par testament. Desmares écrit dans sa décision 24 que le bâtard peut faire testament, mais seulement sur ses meubles et conquêts, par la raison bien simple que, n'héritant de personne, il n'a pas de propres. Dans la suite, la plupart des coutumes lui reconnurent sans restriction le droit de tester. Quelques-unes seulement maintinrent l'ancienne prohibition ou limitèrent le pouvoir de disposer par testament à une certaine portion des biens (3).

Le bâtard étant hors de la famille, ne pouvait y prétendre à aucune succession (4). Beaumanoir a soin de le prévenir qu'il n'a droit à aucun bien de ses parents; s'il s'en empare,

(1) Beaumanoir, chap. 18, n° 20, t. I, p. 290.

(2) Voy. à cet égard des détails curieux dans l'*Ancienne coutume de Vermandois*, art. 140, éd. Beutemps-Beaupré, p. 80.

(3) Bretagne, art. 277 et 280; Châlons, art. 2; Hainaut, art. 85; Bourbonnais, art. 184.

(4) Voy. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 957 et 958. Cpr. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 27, éd. de Gruchy, p. 87, 89, 90.

c'est à tort, contre Dieu et au péril de son âme, aussi doit-il s'empresser de les restituer aux loyaux héritiers. Mais il ne faut pas oublier que Beaumanoir permet aux parents de disposer par testament au profit du bâtard, des meubles, des acquêts et du cinquième des propres (1). Plus tard, au lieu d'expliquer l'exclusion du bâtard de la succession par son exclusion de la famille, on préféra dire qu'il était frappé d'incapacité; mais alors certaines coutumes comprirent que cette faculté laissée aux parents de disposer par testament au profit de leur bâtard, permettait de supprimer, tout au moins en partie, l'incapacité de succéder *ab intestat*. Aussi interdirent-elles, en totalité ou en partie, les dispositions testamentaires, si ce n'est celles qui étaient faites à titre d'aliments et tout en permettant d'ailleurs des donations entre vifs. Par exception les bâtards héritaient des meubles laissés par leurs enfants légitimes qui étaient morts sans descendants, car la parenté légitime les rattachait à eux (2).

Lorsque le bâtard mourait, ses biens, comme ceux de l'aubain, allaient primitivement au seigneur ou au roi, par l'effet de la mainmorte; c'était encore une conséquence de l'assimilation du bâtard au serf. Puis, la liberté ayant été reconnue au bâtard, il ne pouvait plus être question d'attribuer ses biens au seigneur ou au roi en vertu de la mainmorte; mais ils y prétendirent en vertu du droit de déshérence toutes les fois qu'il s'agissait d'un bâtard mort sans laisser de descendants légitimes ni de testament. On admettait en effet sans difficulté que les enfants légitimes héritaient de leur père (ou de leur mère) bâtard (3). Mais aucun autre parent n'avait droit à la succession du bâtard, de sorte qu'à défaut d'enfant cette succession allait au seigneur ou au roi.

(1) Beaumanoir, chap. 18, n<sup>os</sup> 19 et 20, t. 1, p. 290.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 471, t. II, p. 183; n<sup>o</sup> 702, t. II, p. 255; n<sup>o</sup> 832, t. II, p. 299.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, p. 36, éd. de Gruchy, p. 112. — *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 92 et 376. Cpr. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 957 et 958. Pour le cas où un bâtard décède en laissant des biens dans plusieurs seigneuries, voy. Brussel, *ibid.*, p. 955.

Toutefois de bonne heure, le roi prétendit que le droit de bâtardise, c'est-à-dire de prendre la succession du bâtard, était régalien et lui appartenait à ce titre, à l'exclusion de tous autres. Les seigneurs résistèrent tout naturellement à cette prétention et les coutumiers du temps nous ont conservé des traces de cette lutte. On a déjà vu que d'après les *Établissements de Saint Louis* (1), les bâtards devaient, dans les pays d'obéissance, s'avouer hommes du roi et ne pouvaient pas se placer sous la suzeraineté d'un autre seigneur. Partout où s'ouvrait la succession d'un bâtard décédé sans enfant, les officiers du roi s'empresaient de s'en emparer. Il en résulta tout naturellement des plaintes très vives de la part des seigneurs et ainsi s'explique une ordonnance de Philippe le Bel, de l'an 1361, décidant qu'à l'avenir on ferait des enquêtes pour rechercher à qui devraient être attribuées, à défaut d'enfants légitimes, les successions des bâtards. Ce procédé devait tourner à l'avantage du roi. Aussi ne cessait-il de se montrer de plus en plus hardi. Dans une ordonnance de 1386, Charles VI revendique en Champagne toutes les successions des bâtards décédés sans enfants; il ne fait exception que pour ceux qui sont « nés de femmes de corps de condition serve, d'autres seigneurs, en sa haute justice et demeurant en ycelle ». Mais nous voyons cependant encore plusieurs coutumes affirmer énergiquement que le droit de bâtardise appartient au seigneur et non pas au roi, ou tout au moins reconnaître qu'il existe sous ce rapport une véritable lutte entre eux (2). En dernier lieu, le *Grand Coutumier*

(1) Liv. II, chap. 31, éd. Viollet, p. 428.

(2) Voy. le *Livre des droitz et des commandemens*, n° 376. On lit dans l'*ancienne coutume de Vermandois*: « Et s'il estoit natif de hors le Royaulme et subiect d'unq hault justicier soubz qui il seroit demourant, il luy devoit succéder, puisqu'il n'auroit nulz enfans nez oudict Royaulme; combien que le Roy maintient qu'il luy doit appartenir, et l'empesche aux haultz justiciers, et encoire empesche plus, et maintient à luy du tout appartenir la succession des bastardz. Et de ce a de long temps procès en Parlement: car les haultz justiciers et aultrez gens d'esglise en ont un temps passé jouy, et maintiennent les haultz justiciers que telz drois et biens d'étrangers ou aubains, ou de bastardz demourans de leur trespas, ne sont que biens vacanz... » *Ancienne coutume de*

et la *Somme rural* reconnaissent encore au seigneur le droit de bâtardise pourvu que le bâtard soit né, ait vécu et soit mort sur sa terre. Mais ils n'exigent plus qu'il s'agisse d'un bâtard né d'une serve de corps du seigneur (1). Dans la période suivante, le droit de bâtardise est devenu franchement régalien et cependant les seigneurs ont encore souvent, mais sous des conditions diverses suivant les pays, recueilli les biens des bâtards décédés sans enfants légitimes.

Au point de vue du droit féodal et du droit public, la condition du bâtard, même devenu homme libre, était sensiblement inférieure. Le bâtard était une personne vile, aussi les *libri feudorum* le déclarent-ils incapable de tenir fief (2). Ce principe s'est établi avec quelques difficultés, mais il n'a fait que s'affermir avec le temps. La tradition a longtemps attribué à Hugues Capet une ordonnance qui aurait exclu les bâtards de la succession à la couronne; il est peu probable qu'elle ait existé, mais en fait la couronne s'est toujours transmise aux enfants légitimes, à l'exclusion des bâtards. Le droit canonique n'admettait pas non plus qu'un bâtard pût être élu pape (3). Yves de Chartres souleva des difficultés lorsque Louis le Gros manifesta l'intention d'épouser une fille naturelle de Boniface, marquis de Monferrat, et le mariage n'eut pas lieu (4).

Plusieurs autres incapacités ont passé aussi du droit canonique dans le droit coutumier; le bâtard étant réputé per-

*Vermandois*, n° 140, éd. Beautemps-Beaupré, p. 80. De même en Touraine, le baron de Busançay avait, d'après l'ancienne coutume locale, droit de prendre les meubles et immeubles des aubains et des bâtards décédés sans hoirs dans sa terre à moins qu'ils ne se fussent faits pendant leur vie, hommes du roi à Châtillon, *Coutumes locales de Touraine*, à la suite du *Promptuaire des lois municipales* de Broché, 1553, in-12, p. 277.

(1) *Grand Coutumier*, liv. I, chap. 3, p. 103. — *Somme rural*, liv. I, tit. 95, p. 537. Le seigneur doit réclamer ses droits de bâtardise dans l'an et jour du décès du bâtard. Voy. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 959.

(2) *Libri feudorum*, lib. II, tit. 26, § 10.

(3) Voy. le *Livre de justice et de plet*, p. 30.

(4) *Recueil des historiens de la France*, t. XV, p. 149. — Cpr. Luchaire, *Histoire des institutions monarchiques de la France*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 144.

sonne vile, ne pouvait être ni maire d'une ville (1) ni juge ni témoin dans les actes (2); il n'était pas admis à faire sa preuve en se battant en duel contre un franc homme (3); on ne voulait pas le laisser entrer, pas plus que l'étranger, dans les maladreries (4); enfin, il ne pouvait pas se porter garant en justice (5).

On sait comment la légitimation par mariage s'est introduite dans le droit romain. Les empereurs Constantin et Zénon avaient rendu, l'un et l'autre, une constitution qui avait permis aux personnes vivant en concubinat au moment de la promulgation de ces ordonnances, de légitimer leurs enfants par justes noces. Mais ces dispositions étaient prises seulement en faveur des concubins actuels et ne devaient pas s'étendre à l'avenir. Justinien alla plus loin et il admit, d'une manière générale, la légitimation par mariage subséquent au profit des enfants nés du concubinat (6).

La constitution de Constantin n'ayant pas été insérée au Code théodosien, la légitimation par mariage subséquent n'a été connue qu'assez tard en Gaule. On ne la pratiquait pas sous les deux premières races et d'ailleurs elle n'aurait pas été fort utile, car à cette époque il suffisait d'avouer un bâtard pour lui donner les mêmes droits de succession qu'aux enfants légitimes. C'est seulement à l'époque où l'on connut les lois de Justinien que s'introduisit la légitimation par mariage subséquent. Il en est question dans les *Petri exceptiones* (7). Pour que cette légitimation fût publique, on pla-

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 34.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 30, 34, 81, 177. Beaumanoir permet cependant au bâtard d'être témoin contre un autre bâtard, chap. 39, n° 32, t. II, p. 103; chap. 40, n° 37, t. II, p. 149.

(3) Beaumanoir, chap. 63, n° 2, t. II, p. 419.

(4) Beaumanoir, chap. 56, n° 4, t. II, p. 326.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 177.

(6) Cpr. Const. 5, 10 et 11, *De naturalibus liberis*, V, 27. Le droit canonique admit aussi la légitimation par mariage subséquent, l'étendit même aux *spurii*, mais il refusa toujours ce bénéfice aux enfants adultérins ou incestueux. Voy. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 40 et suiv.

(7) Voy. Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, trad. Guénoux t. II, p. 327. Voy. aussi *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 27, p. 88.

cait l'enfant sous le poêle avec ses parents au moment de la célébration du mariage (1).

Cette légitimation faisait entrer l'enfant dans la famille, l'assimilait à ceux qui allaient naître du mariage et lui assurait les mêmes droits de succession (2). Toutefois le bâtard ne devenait légitime qu'au jour même du mariage et sans aucun effet rétroactif au jour de sa naissance. Il pouvait ainsi arriver, comme le fait remarquer Beaumanoir, que, tout en étant le plus âgé des enfants, ce bâtard légitimé ne jouit pourtant pas du droit d'ainesse. Il suffit de supposer les circonstances suivantes. Un homme a eu un bâtard d'une femme; puis il a épousé une autre femme et de ce mariage sont nés un ou plusieurs fils; puis enfin sa première femme étant morte, cet homme devenu veuf a épousé en secondes noces la femme dont il avait eu un bâtard. En pareil cas l'ainé des fils est celui qui est né du premier mariage, bien qu'il soit moins âgé que le bâtard plus tard légitimé; celui-ci est considéré comme né du second mariage. Mais si le premier mariage n'avait produit que des filles, le bâtard légitimé ensuite par le second mariage aurait pu exercer le droit d'ainesse, car ce droit était reconnu au fils né du dernier mariage vis-à-vis des filles issues des précédentes unions (3).

On sait qu'en Angleterre, la légitimation par mariage subséquent n'a jamais été reconnue par les lois civiles, mais seulement par les lois de l'Eglise; aussi dans ce pays la légitimation par mariage subséquent permettait bien à celui

(1) Beaumanoir, chap. 18, n° 2, t. I, p. 278. L'usage de placer les mariés sous un poêle était fort ancien et a été diversement interprété. Les uns pensent que c'est une image du lit nuptial et une manière de souhaiter la fécondité aux époux; les autres disent que le poêle était étendu sur les mariés in *signum pudoris*.

(2) Beaumanoir, chap. 18, n° 24, t. I, p. 292. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 471 et 726, t. II, p. 182 et 264. Mais on sait que si une fille noble avait eu des enfants d'un roturier avant son mariage et épousait ensuite son séducteur, elle était privée de sa part dans la succession de son père. Son mariage ne réparait pas l'injure qu'elle avait faite à son père et à l'honneur de sa famille, *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 14 de l'éd. Violette, p. 24, chap. 12 des éditions de Du Cange et de Laurière.

(3) Beaumanoir, chap. 18, n° 24, t. I, p. 292.

qui en était l'objet d'entrer dans les ordres, mais elle ne lui donnait aucun droit dans la famille (1).

Indépendamment de la légitimation par mariage subséquent, il existait aussi une légitimation par lettres du roi.

Toutefois elle ne produisait que des effets limités. Le bâtard ainsi légitimé pouvait acquérir des dignités, mais il restait incapable de succéder à ses parents, à moins cependant qu'une clause expresse des lettres de légitimité ne lui eût reconnu le droit de succéder; encore fallait-il, dans ce cas, que le bâtard fût un enfant naturel simple et qu'il eût été légitimé par le prince du consentement de ceux de la succession desquels il s'agissait et de leurs héritiers (2). La jurisprudence hésitait d'ailleurs sur le point de savoir si, en pareil cas et sous les mêmes conditions, le bâtard devenait capable d'hériter par testament, mais il était certain, au contraire, que si le bâtard était né d'une femme serve, comme il aurait suivi la condition de sa mère, ses parents ne pouvaient pas lui succéder, pas plus qu'il ne leur succédait, malgré leur consentement et les lettres de légitimation, car le serf ne succédait pas au franc ni le franc au serf; sa succession allait à son seigneur. De même, les lettres de légitimation ne pouvaient pas conférer au bâtard d'une femme serve le droit de tester ni celui d'entrer dans les ordres sans le consentement de son seigneur (3).

La légitimation par mariage subséquent était donc bien plus efficace et cependant elle ne produisait pas non plus des effets absolus au point de vue du droit féodal. Ainsi d'après les *Etablissements de Saint Louis*, la fille noble qui avait eu un enfant avant son mariage, était privée de ses droits dans

(1) Laurière n'a pas bien compris ce système du droit anglais et il en est résulté une certaine confusion dans ses observations sur les *Institutes coutumières* de Loysel, liv. I, tit. 1, règle 40.

(2) Bouteiller, liv. II, tit. 1, p. 657. — Bacquet, *Du droit de bâtardise*, chap. 12, n° 15. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 1, règle 45.

(3) Ordonnance de Charles VI, du 5 sept. 1386. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 1, règle 46.

la succession de son père, même si elle avait épousé son séducteur (1).

### § 10. — LES MINEURS.

Les textes ne nous apprennent pas d'une manière bien précise quelle était la condition du mineur, suivant qu'il était placé sous la puissance de son père ou sous celle d'un baillistre, ou d'un gardien ou d'un tuteur. En principe le mineur est représenté par celui qui exerce une de ces puissances et il reste par conséquent étranger aux actes de la vie civile. Et cependant s'il passe lui-même un de ces actes, celui-ci est valable au temps de Beaumanoir, pourvu que le mineur l'ait fait avec l'assistance ou même avec le simple consentement de son représentant ordinaire. C'est sous la même condition seulement qu'il peut exercer une profession, par exemple celle d'avocat. On appliquait ainsi à la fois le système du droit romain qui faisait passer les actes de la vie civile par le pupille assisté de son tuteur et celui qu'a consacré notre Code civil de la représentation du mineur par son père ou par son tuteur (2).

Si le mineur avait passé seul un acte de la vie civile, son représentant aurait-il eu le droit d'en demander la nullité? Bien que les textes ne s'expliquent pas directement sur ce point, ils semblent admettre l'affirmative, par cela même qu'ils déclarent cet acte nul (3). Quant au mineur il n'avait le droit d'agir en nullité qu'après avoir atteint sa majorité et à la condition, en outre, qu'il eût été victime d'une fraude, ou tout au moins qu'il eût éprouvé un préjudice, conformément

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 14, éd. Viollot, p. 24. Voy. une disposition semblable dans la loi des Visigoths, III, 2, 8.

(2) Voy. sur ces divers points *Livre de justice et de plet*, p. 99, 103, 111. — Le mineur de quinze ans ne pouvait pas être garant en justice. — Quant au testament, Beaumanoir déclare le sous-âge passé en bail, garde ou tutelle, incapable de faire cet acte, chap. 12, n° 45, t. I, p. 201.

(3) Voy. par exemple *Livre de justice et de plet*, p. 117. Toutefois on décidait pour le mariage contracté avant l'âge légal que le mineur seul pouvait en demander la nullité après avoir atteint cet âge et à la condition de n'avoir pas encore consommé l'union conjugale. *Ibidem*, p. 187.

au système du droit romain sur la restitution en entier des mineurs de vingt-cinq ans (1). Sous ces conditions il pouvait notamment demander la nullité des dettes contractées en minorité, même si elles arrivaient à échéance après la majorité, même si le mineur s'était rendu coupable de fraude, et c'est à partir de cette majorité que courait le délai d'un an qui lui était donné pour agir (2). Toutefois, pour le cas particulier où le mineur avait passé un acte en se déclarant majeur sous la foi du serment, il ne pouvait pas l'attaquer s'il l'avait fait dans les deux années qui précédaient sa majorité; car sa déclaration avait pu induire en erreur le tiers avec lequel il contractait. Le mineur n'était pas non plus protégé contre les actes immoraux ou illicites et en outre dans tous les cas il était toujours tenu jusqu'à concurrence de son enrichissement, de telle sorte que s'il avait reçu un paiement et s'il en avait dissipé une partie, il ne pouvait agir une seconde fois contre son débiteur que dans la mesure de cette dernière somme (3).

Quant aux actions en justice, il est certain que le mineur ne pouvait ni les intenter ni y défendre; il était représenté par le baillistre, tuteur ou gardien (4). Toutefois le tuteur ne pouvait pas intenter les actions pour lesquelles il y avait preuve par bataille et le mineur, devenu majeur, n'avait lui-même le droit de prendre part à ces procès qu'autant qu'il avait atteint l'âge de vingt ans, de sorte que s'il intentait une action avant cet âge, on n'était pas tenu de lui répondre (5).

Quand le fils était en puissance paternelle, c'était le père qui agissait, même en cas d'injure; cependant quelques textes

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 117. — Beaumanoir, chap. 16, n° 7 et suiv., t. I, p. 266. — *Livre des constitutions du Châtelet*, n° 74, p. 83. — Bou-teiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 92, édit. de 1621, p. 892.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 108 et 118. — Beaumanoir, chap. 6, n° 2, t. I, p. 265.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 116, 117, 118; *Livre des droitz et des commandemens*, n° 146, t. I, p. 378.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 59, t. II, p. 53; K, n° 60, t. IV, p. 65; *Livre de justice et de plet*, p. 84 et 131.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 118 et 326.

donnent l'action au fils dans cette dernière circonstance, ou même d'une manière plus générale, mais à la condition qu'il soit autorisé par son père (1).

Il était encore admis, au temps de Beaumanoir, que, pour les contestations relatives aux immeubles ou, en d'autres termes, pour les matières réelles, une distinction était nécessaire. Le baillistre, gardien ou tuteur, ne pouvait pas agir ni être actionné au pétitoire pour un immeuble du mineur, mais on permettait activement et passivement les actions possessoires. Ainsi un mineur héritait-il d'un immeuble possédé par le défunt depuis moins d'un an et un jour, rien ne s'opposait à ce que cet immeuble lui fût réclamé par l'action possessoire; mais si la possession du défunt avait duré plus d'un an et un jour, cette action aurait nécessairement échoué et celui qui se prétendait le véritable propriétaire de l'immeuble n'aurait pourtant pas eu la ressource de l'action pétitoire parce que le bien était maintenant possédé par un mineur. En sens inverse, celui qui possédait depuis un an et un jour un immeuble du mineur, devait refuser de plaider contre le gardien ou tuteur qui intentait contre lui l'action pétitoire, car le jugement aurait été entaché de nullité. On voulait d'une manière générale que tous les procès relatifs à la propriété des immeubles fussent reportés à l'époque de la majorité, à cause de l'importance qu'on attachait alors à la propriété foncière (2). Cette impossibilité d'agir au pétitoire, au nom d'un mineur ou contre lui, ne tarda pas à être la source de graves embarras. D'abord toutes les fois qu'un immeuble donnant lieu à un procès, était échu par testament ou autrement à un mineur, l'instance restait suspendue jusqu'à ce que ce mineur eût atteint sa majorité. Plus d'une fois on vit des personnes transmettre ainsi des immeubles litigieux à des mineurs, dans le seul but de créer des embarras à leurs adversaires ou de retarder la restitution des biens. D'un

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 1343 et 1344, t. II, p. 496.  
— *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 608 et 648.

(2) Beaumanoir, chap. 16, n<sup>os</sup> 1 et suiv. t. I, p. 263. Voy. surtout n<sup>o</sup> 8.

autre côté, les intérêts des mineurs furent eux-mêmes assez souvent compromis, alors qu'on se proposait de les sauvegarder. C'est qu'en effet, les moyens de preuve qui pouvaient exister à leur profit pendant leur minorité, faisaient défaut dans la suite, certains témoins étant morts ou ayant disparu. Aussi à l'occasion d'un procès particulier et sur la demande du Parlement, le roi Philippe VI rendit, en 1330, une ordonnance qui supprima cette particularité relative aux mineurs et décida qu'à l'avenir rien ne s'opposerait à ce que les actions pétoires fussent intentées en leur nom ou contre eux. C'était ordinairement le tuteur qui représentait le mineur, mais si les biens du mineur étaient placés entre les mains d'un baillistre ou d'un gardien, on ne voulait pas que celui-ci intentât l'action ou y répondit et il était procédé à la nomination d'un tuteur spécial ou d'un curateur *ad litem* (1). Il ne paraît pas cependant que cette ordonnance ait été régulièrement observée, car le *Grand Coutumier de France* pose encore l'ancien principe qui suspendait l'exercice des actions immobilières par les mineurs ou contre eux pendant la durée de leur incapacité (2).

Le mineur émancipé pouvait ester en justice s'il s'agissait de ses meubles ou des fruits de ses immeubles, mais pour les actions réelles immobilières, on lui imposait l'assistance d'un curateur (3).

Au criminel le mineur, même émancipé, ne pouvait pas agir, mais rien ne s'opposait à ce qu'il fût poursuivi (4). D'après certains jurisconsultes, pour exprimer cette incapacité générale d'ester eux-mêmes en justice, dont étaient frappés les mineurs, on disait : *le sous-âgé n'a ni voix ni répons à court* (5). Mais d'autres entendaient cette règle diffé-

(1) Ordonnance de Philippe VI, de 1330, *Recueil du Louvre*, t. II, p. 63; Isambert, t. IV, p. 385.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 42, p. 378.

(3) Touraine, art. 351. — Tronçon, sur l'art. 239 de la coutume de Paris.

(4) *Cour des bourgeois*, chap. 21 et 271. — *Abrégé de la cour des bourgeois*, chap. 18. — D'Argentré, sur l'art. 508 de l'ancienne coutume de Bretagne.

(5) Cette maxime fait l'objet de la règle 33 du titre 1<sup>er</sup> du livre 1<sup>er</sup> des *Institutes de Loysel*.

remment et la rapprochaient de la maxime: *Femmes ont voix et répons en court*. Celle-ci signifiait que les femmes pouvaient être juges dans les juridictions féodales et comme titulaires de fief; dès lors, disait-on, la première règle doit être entendue en ce sens que les mineurs ne peuvent pas l'être, et, d'une manière plus générale, qu'ils ne sauraient remplir aucune fonction publique (1). A vrai dire il est fort possible que les partisans de ces deux explications aient raison les uns et les autres; il suffit d'admettre que la règle aurait changé de sens. C'est qu'en effet, dans notre ancien droit, on continuait fort souvent, à faire usage d'une vieille maxime, bien qu'elle ne se rapportât plus aux faits pour lesquels elle avait été imaginée, et on lui donnait alors une autre signification (2).

L'incapacité résultant de la minorité et qui plaçait la personne sous la mainburnie, le bail, la garde, la tutelle, cessait à un certain âge, qui variait suivant les coutumes. Il exista toujours sur cette question une assez grande diversité même après leur rédaction officielle. A l'époque franque, la majorité était atteinte dès l'âge de douze ans, mais il est probable qu'en fait cette majorité ne profitait à l'enfant qu'autant qu'il quittait le toit paternel. Au moyen âge, l'enfant devenu majeur avait le droit de quitter la communauté paternelle; mais s'il consentait à rester dans cette communauté, il devait se soumettre encore l'autorité de son père (3); d'ailleurs il était maintenant capable de traiter avec les tiers, ce qu'il n'aurait pas pu faire auparavant. Il était donc important de savoir à quel moment précis s'acquerrait cette majorité. Il est possible qu'en France comme en Angleterre, on ait, pendant un certain temps, admis comme principe que l'enfant deve-

(1) Delaunay, *Commentaire sur le livre premier des Institutes de Loysel*, sur la règle précitée.

(2) C'est ce que nous avons constaté à plusieurs reprises et notamment pour la maxime célèbre: *Nul en France ne plaide par procureur*, encore aujourd'hui usitée au Palais. Voy. t. VI, p. 364.

(3) Voy. d'Argentré, sur l'art. 500, n° 2, de l'*Ancienne coutume de Bretagne*. — Cpr. Coutume de Bourgogne, tit. VI, § 3. — C'est peut-être ce que veut dire aussi Loysel (*Institutes coutumières*, livre 1, titre 4, règle 2), lorsqu'il affirme que les majeurs sont comme les mineurs soumis à la mainbournie.

nait capable à partir du jour où il était apte à accomplir sa destinée, dès qu'il avait atteint le développement physique et la capacité intellectuelle nécessaires pour exercer son état, ce qui variait d'individu à individu : le fils d'un marchand sera majeur le jour où il pourra compter l'argent de la caisse et auner le drap. Mais pour les possesseurs de tenure féodale, ce système ne pouvait pas fonctionner régulièrement et même pour les autres personnes il devait être la cause de fréquents embarras. Aussi admit-on de bonne heure, pour la majorité, un âge fixe, qui variait d'ailleurs suivant les coutumes. Mais partout il était plus élevé pour le titulaire d'un fief. Celui-ci devait se trouver en effet en état de remplir le service militaire, ce qui exige toujours un développement physique complet. Aussi en Angleterre le chevalier n'était-il majeur qu'à vingt et un ans, tandis que le *sokemann*, tenancier d'une terre roturière, acquérait la pleine capacité dès qu'il avait atteint sa quinzième année (1). Nous relevons la même différence en France : le titulaire d'un fief atteignait sa majorité plus tard que toute autre personne, ordinairement à vingt et un ans. C'est d'ailleurs une tendance générale, dans les législations en voie de formation, d'éloigner l'âge de la majorité à mesure que les institutions se développent. Dans la loi salique, le franc était majeur à douze ans; dans la loi des Ripuaires il le fut seulement à quinze (2). Cet âge se maintint pour les roturiers, d'abord par tradition, ensuite parce qu'il n'y avait aucune raison pour le modifier. Mais la féodalité ayant créé des devoirs très rigoureux, exigea, pour la majorité de ceux qui en étaient tenus, un âge plus avancé. Cette majorité tardive était d'ailleurs très avantageuse au seigneur puisque, pendant la minorité de son vassal, il avait la jouissance du fief. Dans les *Assises de Jérusalem*, le gentilhomme est déjà majeur à quatorze ou quinze ans, la fille noble à douze ans, parfois même à onze.

(1) Pour plus de détails à cet égard, voir ce que j'ai dit dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 201.

(2) Loi salique, tit. 24, n° 5; Loi des Ripuaires, tit. 81 (ou 83).

ans accomplis (1). On a dit que cette particularité s'explique par l'influence du droit franc ou à cause de l'effrayante mortalité qui régnait parmi les chrétiens d'Orient; peut-être y a-t-il là tout simplement l'influence romaine. Les *Assises des bourgeois* veulent que l'autorité paternelle dure jusqu'à vingt-cinq ans sur les enfants et cet âge est manifestement emprunté au droit romain (2). Dans les *Etablissements de Saint Louis*, le roturier est majeur à quinze ans et le gentilhomme à vingt et un ans; pour la fille noble, l'âge est de quinze ans, mais le coutumier ne parle pas de la majorité de la fille roturière. Les uns en concluent que toutes les filles nobles ou roturières sont majeures à quinze ans (3); d'autres conjecturent que la fille roturière arrive à sa majorité dès l'âge de douze ans. En Artois, la majorité de tous les enfants, sans distinction de sexe ou de condition, est fixée à vingt-cinq ans (4). En Vermandois, au contraire, la minorité cesse, même pour les nobles, à quatorze ou à douze ans selon le sexe (5). En Normandie, le titulaire d'un fief est majeur à vingt ans (6). Beaumanoir nous apprend que dans le Beauvoisis l'âge de la majorité est fixé à quinze ans pour tous les hommes, nobles ou vilains, et à douze ans pour toutes les filles; mais il reconnaît que telle n'est pas la coutume de France (7). En général, en effet, et sauf de nombreuses exceptions, le gentilhomme ne devenait majeur qu'à vingt et un an, et la gentille femme qu'à quinze ans; les roturiers à quatorze ans ou à douze ans selon le sexe. D'ailleurs cette

(1) Voy. à cet égard d'Arbois de Jubainville, *Recherches sur la minorité et ses effets*, p. 64, 68.

(2) *Assises des bourgeois*, chap. 219.

(3) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 164.

(4) Au XVI<sup>e</sup> siècle, sous l'influence des autres coutumes, on adopta l'âge de quatorze ans pour les hommes et celui de douze ans pour les filles, mais il est probable que ce changement souleva de très vives récriminations, car dès l'année 1565, un édit du 13 septembre rétablit la majorité de vingt-cinq ans.

Cpr. Maillard, *Coutume d'Artois avec des notes*, p. 879.

(5) *Coutume des pays de Vermandois*, n<sup>os</sup> 117 et 231, p. 69 et 146.

(6) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33, éd. de Gruchy, p. 99.

(7) Beaumanoir, chap. 15, n<sup>os</sup> 14, 22, 29, 30, t. I, p. 251, 256, 260.

majorité se déterminait d'après la nature des biens possédés, de sorte que le roturier, possesseur d'un fief, ne devenait majeur, quant à ce bien, qu'à vingt et un ans (1).

Il y avait ainsi, malgré les diversités de détail, des tendances bien marquées : l'âge de la majorité était moins élevé dans le Midi que dans le Centre et le Nord, à cause de la tradition romaine (2); on était moins rigoureux pour les roturiers que pour les nobles, et la fille noble elle-même était majeure avant le gentilhomme. Toutes ces différences s'expliquent par le service du fief. Le fils noble devant faire ce service en personne, il est tout naturel qu'on exige de lui l'âge de vingt et un ans. Si au contraire il s'agit d'une fille, c'est son mari qui, en son lieu et place, desservira le fief et dès lors il suffit que cette fille ait atteint l'âge auquel elle est apte au mariage, pour qu'elle puisse être déclarée majeure.

Tant que le mineur n'avait pas atteint sa majorité, il ne pouvait pas quitter la maison paternelle, à moins que son père n'y consentit et alors cette autorisation de se choisir un domicile distinct emportait émancipation tacite. Ce mode d'extinction de la puissance paternelle par la *mise hors de pain*, comme dit Beaumanoir, paraît avoir été fort ancien et on

(1) Sur la majorité ordinaire, voy. *Livre de justice et de plet*, p. 58, 221, 233; De Fontaines, *Conseil*, chap. 15, n° 35, p. 132; Desmares, *Décision* 249; *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 169, 420, 851, 896, 899, 939; *Coutume de Lorris*, n° 191, éd. Tardif, p. 41. Dans l'Anjou, la majorité était fixée à vingt et un ans pour l'homme noble; mais pour tous les autres, c'est-à-dire pour la fille noble, pour le coutumier et pour la coutumière, elle était atteinte à quatorze ans. En outre, dès l'âge de douze ans, la fille pouvait valablement prêter serment et se marier. Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 250, 251, 254, t. II, p. 114 et 115. Dans le Midi, nous voyons la coutume de Toulouse fixer la majorité à douze ans pour la fille. Cpr. Tardif, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle*, p. 30. Les Fors de Béarn disent aussi (art. 194, 250, 251) que la fille est majeure à douze ans et le fils à quinze ans, que dès l'âge de sept ans la fille peut faire foi de mariage par son serment et celui de ses tuteurs. A Barcelone, on se rapproche davantage du droit commun et d'après l'art. 115 des anciens usages de cette ville (dans Giraud, t. II, p. 489), la majorité de l'homme noble est fixée à vingt ans et celle du roturier est abaissée à quinze ans.

(2) C'est aussi cette tradition qui se manifeste dans le *Livre des droiz et des commandemens*, où la tutelle dure jusqu'à douze ou quatorze ans suivant le sexe. Voy. les n°s 169, 853, 896, 899, 939.

en retrouve facilement des traces dans la période franque (1).

Dans l'ancienne coutume de Reims le fils qui a perdu son père peut se faire émanciper par la justice dès qu'il a atteint l'âge de dix-huit ans et s'il est reconnu capable de gérer lui-même ses affaires (2).

Le plus souvent l'émancipation résultait du mariage. Si le fils, en se mariant, prenait un domicile distinct, ce fait suffisait déjà par lui-même, pour produire émancipation. Mais on avait été plus loin et on avait admis cet effet comme conséquence directe du mariage, de sorte que le nouvel époux était émancipé, même s'il continuait à vivre sous le toit paternel. Par la même raison, cette émancipation avait lieu, pour les nobles comme pour les roturiers, ce qui ne se serait pas produit si elle avait été une conséquence de la fin de la communauté taisyblerésultant du mariage, puisque les nobles ne vivaient pas en communauté (3).

Dans certaines parties de la France, les mineurs pouvaient être émancipés devant le corps municipal ou devant un magistrat de l'ordre judiciaire. Ainsi on émancipait devant la municipalité de Provins (4), devant les juges de la commune de Marseille (5), et, à Paris, au Châtelet (6). Mais dans la suite, ces émancipations faites par les magistrats locaux disparurent sous l'action de la royauté ou furent soumises à l'obtention de lettres du prince qui conféraient ce qu'on appelait le bénéfice de l'âge, la *venia ætatis* du droit romain

(1) Beaumanoir, ch. 21, nos 20 et 21, t. 1, p. 313.

(2) *Liber practicus*, art. 29, 35, dans Varin, *Archives administratives de la ville de Reims*, t. 1, p. 40.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 58.

(4) Voy. *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 4<sup>e</sup> série, t. 11, p. 201.

(5) De Fresquet, *Etude sur les statuts de Marseille*.

(6) Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 436, note 4, où sont cités plusieurs documents des Archives nationales. Voy. aussi *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, nos 53 et 54, p. 23 et 24. Le premier de ces textes parle d'une émancipation, avec donation au profit d'un fils âgé de vingt-six ans, mais on remarquera qu'il s'agit de biens situés dans le Forez, où régnait le droit écrit et où la puissance paternelle durait indéfiniment. Le second texte est l'acte d'émancipation d'un garçon de neuf ans, étudiant à Paris; il doit y avoir une erreur sur l'âge.

D'ailleurs déjà, en plein moyen âge, on avait reconnu et pratiqué l'émancipation par *lettres du prince*, qu'il ne faut pas confondre avec les *lettres de bénéfice d'âge*, bien qu'en pratique la différence offre peu d'intérêt. En mai 1325, Charles de Valois fut autorisé par lettres du roi Charles le Bel, à émanciper son fils âgé de sept ans (1). En 1363, le roi Jean émancipa son fils Philippe en lui donnant le duché de Bourgogne (2). Des lettres de Louis XII datées de Montil-les-Tours, 3 juin 1506, émancipent le comte de Vendôme, alors âgé de dix-sept ans, et le placent sous la direction de sa mère (3). Les grands vassaux de la couronne s'attribuaient aussi, en leur qualité de quasi-souverains, ce droit d'émancipation; ainsi Hugues IV, duc de Bourgogne, affranchissait son fils Robert II dès l'année 1272 (4). En définitive ces émancipations par lettres du prince étaient très rares au moyen âge et se pratiquaient seulement au profit de personnages appelés à porter une couronne.

Dans les pays de droit écrit, la puissance paternelle conserva la plupart des caractères du droit romain, mais en s'adoucissant. Ainsi elle appartenait au père ou à l'aïeule, à l'exclusion des femmes et des parents maternels; en principe elle était perpétuelle et ne cessait que par la mort du père ou de l'ascendant. Mais dans la pratique on avait singulièrement adouci cette rigueur. L'émancipation était devenue plus fréquente. A Toulouse, conformément au principe du droit visigothique qui, lui-même, s'était borné à copier le droit romain, l'émancipation se faisait au moyen d'une déclaration solennelle de celui qui exerçait la puissance, en présence des magistrats municipaux (5). D'un autre côté on

(1) *Spicilegium*, t. III, p. 711.

(2) *Recueil des édits, etc., concernant l'administration des Etats de Bourgogne*, 1784, t. I, p. 47.

(3) Isambert, t. XI, p. 463. — Le roi émancipait aussi des seigneurs de moindre importance. Voy. un exemple dans Chénon, *Histoire de Sainte-Sévère*, p. 110.

(4) Simonnet, *Études sur l'ancien droit en Bourgogne*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. XIV, p. 503.

(5) Paul, *Sentences*, II, 25, 4. — *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 121.

admettait une émancipation tacite résultant de ce que le fils, au vu et su de son père, avait fondé une habitation séparée qui durait depuis un temps assez long, ordinairement dix ans.

A la différence des pays de coutume qui reconnaissaient de droit commun l'émancipation résultant du mariage, aussi bien au profit du fils que de la fille (1), ceux de droit écrit n'admettaient pas que le mariage émancipât le fils, mais ils reconnaissaient que la fille passait sous la puissance de son mari (2). Après avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans, l'enfant pouvait se marier sans le consentement du père de famille.

Toutefois les coutumes locales faisaient souvent produire au mariage des effets plus énergiques. Ainsi d'après la coutume de Toulouse, le mariage produisait émancipation tacite, pourvu qu'à cette occasion l'enfant eût reçu une donation ou une constitution de dot (3). Les coutumes de Montpellier et de Carcassonne (art. 53) étaient moins exigeantes : il suffisait que l'enfant se fût marié du consentement de son père, pour qu'il se trouvât de plein droit émancipé. En dernier lieu, la puissance paternelle s'était adoucie à ce point qu'elle s'éteignait aussi dans les pays de droit écrit à l'âge de la majorité, mais seulement sur la personne et nullement quant aux biens. Il est manifeste que toutes ces restrictions apportées à l'ancienne autorité paternelle du droit romain, ont été introduites sous l'influence des coutumes. Mais de tout temps on continua à admettre que la puissance paternelle appartenait au père ou à l'aïeul paternel, s'il vivait encore, jamais aux femmes.

L'enfant en puissance ne pouvait posséder aucun patrimoine; tout ce qu'il acquérait profitait à son père et on lui

(1) *Liber practicus de consuetudine remensi*, dans Varin, *Archives administratives de la ville de Reims*, t. 1, p. 39. — Bourbonnais, chap. 23, art. 26; Paris, art. 239; *Coutumes du ressort du Parlement de Guyenne*, t. II, p. 107.

(2) Certains pays de droit écrit admettaient toutefois le système des pays de coutume, c'est-à-dire l'émancipation par mariage, aussi bien du fils que de la fille. Voy. *Coutume de Toulouse*, art. 121, édit. Tardif, p. 57; *Coutume de Montpellier*, art. 53.

(3) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 121 et 122.

appliquait les dispositions du sénatus-consulte Macédonien. Toutefois on admettait le *peculium castrense* et le *peculium quasi castrense* du droit romain, ainsi que les biens adventices, et la jurisprudence tendait sans cesse à élargir l'application de ces pécules. Le fils de famille pouvait disposer par testament des deux premiers, mais il ne lui était permis de léguer ses biens adventices qu'à ses enfants et, en cas d'émancipation, le père pouvait, comme prix de cette émancipation, garder l'usufruit de la moitié de ces mêmes biens adventices.

A défaut de père ou d'aïeul paternel, l'enfant était placé en tutelle jusqu'à l'âge de douze ou quatorze ans et la tutelle était généralement régie par les principes du droit romain.

#### § 11. — LA CONDITION DES FEMMES.

Chez les Germains la puissance sur les femmes était déjà perpétuelle, à la différence de celle qui était établie sur les hommes, parce qu'elles n'entraient pas dans l'association de la cité et restaient exclusivement dans la famille. Pendant la période franque, les femmes continuaient à être placées en tutelle perpétuelle : elles vivaient sous le *mundium* de leur mari ou sous celui du chef de la famille. Mais ce pouvoir était, avant tout, une mesure de protection ; il n'avait pas pour objet d'anéantir la personnalité de la femme et la meilleure preuve qu'on en puisse donner, c'est qu'elle était capable d'hériter. Certaines lois barbares, sous l'influence romaine, conféraient même à la mère devenue veuve, une véritable tutelle sur ses enfants (1). Ces dispositions impliquent déjà un relâchement notable dans les effets du *mundium* primitif. Plusieurs formules nous ont révélé une tendance à établir entre mari et femme une certaine communauté au moyen de libéralités réciproques. D'autres formules nous ont montré des testaments dans lesquels les pères de famille s'efforcent de supprimer l'inégalité établie par la loi entre les fils et les filles

(1) Voy. par exemple, *Loi des Burgondes*, tit. LIX.

en matière de succession. Toutes ces améliorations successives introduites dans la condition des femmes, sont dues en grande partie à l'influence de l'Eglise. Celle-ci s'attachera sans cesse, pendant le cours du moyen âge, à rendre encore meilleure la condition des femmes et en même temps elle saura leur rappeler leur rôle au sein de la famille; de là des dispositions parfois contradictoires en apparence, mais faciles à justifier si l'on ne perd pas de vue ce double but.

Pour faire sortir la femme de l'état d'infériorité où l'avaient placée les mœurs barbares (1), l'Eglise exige des conventions matrimoniales, la constitution d'un douaire; elle tient à ce que la fille consente librement à son mariage (2) et ait, à partir d'un certain âge, une pleine capacité, tant qu'elle n'est pas mariée. Mais après avoir combattu énergiquement l'usage germanique qui permettait de la marier sans son consentement, plus tard lorsqu'elle verra la dame de fief paraître le front haut dans les assemblées publiques, rendre la justice, présider ou tenir les cours d'amour, armer les chevaliers, elle s'efforcera de la frapper de certaines incapacités pour la ramener au sein de sa famille où est sa place naturelle.

La condition des femmes est très variée au moyen âge; elle dépend de leur âge, de leur situation de fille, de femme mariée ou de veuve, de leur état noble ou roturier, des pays où elles vivent et qui sont de droit écrit ou de coutume. Si l'on ne tient pas compte de toutes ces circonstances, on tombe facilement dans l'erreur ou dans la confusion. Mais, malgré les efforts de l'Eglise et les innovations du droit féodal, la femme restait bien, en général, dans les lois comme dans les mœurs, sensiblement inférieure à l'homme; l'infériorité consacrée par les coutumes barbares était atténuée, mais non supprimée (3).

C'est dans le droit féodal que la condition des femmes a

(1) Voy. un curieux exemple de cette infériorité dans Vétault, *Charlemagne*, p. 509.

(2) Voy. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. 1, p. 154.

(3) Voy. quelques exemples dans Gautier, *La Chevalerie*, p. 348.

subi le plus de changements et s'est aussi le plus rapidement transformée. Les femmes commencèrent par être probablement en fait, sinon en droit, exclues des fiefs. Sans doute aucun texte ne déclare nulle la concession d'un fief faite à une femme ou à une fille, mais on ne voit pas comment elle aurait pu avoir lieu à l'époque où elle était temporaire ou à vie et consistait dans un droit de jouissance à charge de service militaire (1). Le système des fiefs se modifia rapidement; la plupart des fiefs devinrent héréditaires et patrimoniaux, on distingua la jouissance et le domaine; le service militaire fut considéré comme une charge du premier mais non du second et il n'y eut plus dès lors aucune raison pour exclure les femmes de la propriété féodale. Aussi furent-elles, sauf un droit de préférence au profit des mâles à égalité de degré, admises à succéder à défaut de ceux-ci, à charge de faire remplir par autrui les services qu'elles ne pouvaient accomplir elles-mêmes (2). L'héritière d'un fief était-elle une fille, peu importait son âge; comme elle ne pouvait pas remplir par elle-même le service du fief, le seigneur, sans reprendre comme il en avait le droit autrefois, le domaine de ce fief, en acquérait du moins la jouissance ainsi que celle de tous les autres immeubles et même la propriété des meubles considérés comme accessoires du fief (3). Le seigneur privé du service militaire pouvait, en retour, garder pour lui-même cette jouissance du fief. Mais il avait le droit, s'il le préférait, de donner à la fille un bail, tuteur, *advocatus*, qui s'acquittait à sa place du service militaire et avait en conséquence le droit de profiter des produits du fief. Telle est l'origine de cette

(1) Voy. l'édit de Conrad II, *De beneficiis*, Pertz, *Leges*, IV, 39. — Voy. ce qui a été dit au tome IV, p. 323.

(2) On lit déjà dans une note de Louis VII, (Duchesne, IV, p. 732) : *Conuetudo est regni nostri ubi si melior sexus defuerit, mulieribus succedere et hereditatem administrare conceditur*. Cf. Lois du Hainaut de 1200, dans Martène, *Anecdota*, t. I, p. 769; *Livre de justice et de plet*, p. 221, 247, 255. — Voy. aussi ce que nous avons dit à cet égard dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 269, et dans l'*Histoire du droit et des institutions de la France*, t. IV, p. 324.

(3) Voy. sur ce dernier point Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 93.

tutelle féodale exercée par le seigneur en personne ou par un homme de son choix sur les biens de sa vassale non mariée titulaire de fief. Nous avons vu que ce droit au service militaire autorisait aussi le seigneur à marier sa vassale titulaire de fief et celle-ci ne pouvait pas s'unir sans le consentement du seigneur, car son mari allait être chargé du service militaire en son lieu et place. Par réciprocité d'ailleurs, c'était aussi un devoir pour le seigneur de marier la fille de fief dès qu'elle devenait nubile (1). Mais en fait les seigneurs songeaient moins au devoir qu'au droit et ils se permettaient, à l'occasion de ces mariages, des abus tout à fait scandaleux. La vassale n'était relevée de l'obligation de se laisser marier par son seigneur qu'à l'âge de soixante ans. En effet, à partir de ce moment, l'homme lui-même était dispensé du service militaire (2). S'élevait-il un désaccord sur le choix du mari, entre le seigneur et sa vassale, celle-ci ne pouvait faire triompher sa préférence qu'à la condition d'abandonner le fief. Ce droit de mariage devint tellement odieux et souleva de telles protestations, qu'il ne tarda pas à changer de nature : il fut converti en une redevance que la vassale ou son père payait au seigneur comme prix de son consentement et souvent même des chartes fixèrent le montant de ce droit pour éviter les extorsions. Ce changement fut même admis non seulement au profit des filles nobles, mais encore en faveur de celles des vilains (3). En Angleterre, la Grande Charte décida qu'à l'avenir la veuve ne serait soumise ni au droit de mariage, ni à la tutelle ou bail

(1) Vaissète, *Histoire générale de Languedoc*, t. II, *Preuves* n° 419. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 67, éd. Viollet, t. II, p. 99. — Glanville, lib. VII, cap. 12. — Britton, III, 3, éd. Nichols, 1865, p. 23. Glanville nous apprend que le consentement du seigneur est nécessaire sous peine de déchéance du fief, même du vivant du père, si la fille est l'héritière présomptive de son fief. Seulement le seigneur ne peut pas refuser son consentement sans motif légitime. Voy. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 206.

(2) *Assises de Jérusalem*, chap. 244.

(3) Voy. chartes de Montdidier, Senlis, Saint-Jean d'Angély, dans le *Recueil du Louvre*, t. V, p. 671; XI, p. 278; XII, p. 288. Nous verrons bientôt à quels droits étaient auparavant soumises les filles des vilains.

féodal. Les mêmes principes furent acceptés en France (1). saint Louis voulut même que le bail féodal cessât à la majorité pour les filles comme pour les hommes, même si elles n'étaient pas mariées et on sait que les filles acquéraient cette majorité dès l'âge de quatorze ans (2). Dès lors la tutelle féodale tenant au sexe avait disparu et à l'incapacité des femmes succéda un système de capacité complète, à ce point que la dame de fief exerça tous les droits et remplit tous les devoirs que la féodalité attachait à cette tenure. En qualité de seigneur de fief, la dame ou damoiselle reçut l'hommage de ses vassaux, rendit la justice, siégea comme pair dans la cour de son seigneur, concéda des chartes, battit monnaie, en un mot exerça les pouvoirs souverains attachés aux fiefs (3). Dans certaines provinces, notamment en Champagne, les filles obtinrent le droit d'ainesse, elles transmirent le nom et les biens à leurs enfants comme les fils, elles anoblirent même leurs maris (4). Mais ce fait resta très exceptionnel et la situation inverse forma le droit commun de la France. En d'autres termes, la femme n'anoblissait pas son mari (5), mais au contraire le mari anoblissait sa femme et celle-ci, devenue veuve, continuait à jouir des franchises, libertés et privilèges qui avaient appartenu à son mari (6).

Mais d'ailleurs la femme titulaire de fief est, en principe, tenue de tous les devoirs et jouit de tous les droits de sa sei-

(1) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 238.

(2) Ordonnance de saint Louis de 1246, art. 9, dans le *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 59. Cpr. Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 93.

(3) Voir par exemple lettre de Louis VII à Hermengarde, année 1134, dans Duchesne, t. IV, p. 732. Charte de 1209, dans Martène. Cpr. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 262, t. 1. p. 815.

(4) Etablissement de Blanche de Champagne de 1212, dans Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*. — Coutume de Troyes, art. 9. — Dans certaines coutumes du Midi, Barèges, Lourdes, Lavedan, la fille aînée épousait souvent un cadet; celui-ci entra dans la famille de sa femme et les enfants nés du mariage portaient le nom de la femme à la place de celui du mari. Voy. Cordier, le *Droit de famille aux Pyrénées*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, année 1859, t. V, p. 257.

(5) *Coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 140 et C, n° 129, t. 1, p. 152 et 335.

(6) *Coutumes des pays de Vermandois*, nos 242 et suiv., p. 128.

gneurie. La dame de fief non mariée ne doit pas, sans doute, l'ost en personne et ne fait pas rachat, mais si elle se marie, son mari remplit ses devoirs en son lieu et place. Devenue veuve, si elle a un héritier mâle, elle est considérée comme bail de son héritage au profit de cet héritier et ne peut en disposer. Si elle a une fille, elle ne peut pas la marier sans le consentement de son seigneur, sous peine d'encourir la confiscation de ses meubles (1). Les mœurs féodales favorisant cette émancipation des femmes, on vit maintes châtelaines prendre au sérieux leur rôle de justicier à raison de leurs fiefs (2); on vit de nobles dames présider des tournois et armer des chevaliers (3).

Cette transformation de la condition de la femme noble devenue l'égal de l'homme, profita aussi à la femme et à la fille du vilain.

Quant à la tutelle perpétuelle, elle était tombée en désuétude et avait disparu par l'effet de coutumes contraires, alors qu'elle se maintenait dans d'autres parties de l'Europe jusqu'à nos jours. En France elle n'existe déjà plus, sauf de rares exceptions, dans les chartes des XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles (4). C'est qu'en effet elle devenait de moins en moins nécessaire. A l'époque franque et même au commencement de la féodalité, où la guerre, soit publique soit privée, formait l'état normal de la société, où la justice dépendait d'un combat judiciaire, la femme était nécessairement incapable, par l'effet même de sa faiblesse physique. Mais de bonne heure la féodalité perdit en France son caractère militaire; les guerres privées furent interdites; le combat judiciaire

(1) Voy. *Coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n<sup>o</sup> 69 à 79, t. I, p. 100; C, n<sup>o</sup> 62, t. I, p. 258.

(2) En Artois la femme noble avait le droit de juger soit en son nom personnel, soit en vertu de la garde de ses enfants. *Anciens usages d'Artois*, tit. LV, art. 102. Cpr. LIV, § 74, p. 141 de l'éd. Tardif.

(3) Gautier, *La Chevalerie*, p. 266.

(4) C'est ainsi que la tutelle perpétuelle des femmes est encore consacrée par la charte communale d'Amiens de 1190, art. 23. Voy. *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 264.

disparut de la procédure. Il n'y eût plus dès lors aucune raison de laisser les femmes dans cet état de tutelle perpétuelle : on en arriva ainsi à reconnaître l'égalité civile entre les deux sexes. Ce fut l'œuvre commune de l'Eglise et de la féodalité transformée (1). Dans les coutumes où l'influence du droit canonique se fit plus particulièrement sentir, la condition des femmes devint même spécialement privilégiée. Telle était notamment la coutume de Reims qu'on appelait déjà autrefois la *coutume des femmes* à cause des avantages qu'elle leur conférait (2). Les femmes pouvaient comparaitre en justice, et y jouer le rôle de témoins (3); elles jouissaient même de certains privilèges en justice et par exemple elles pouvaient demander exoine pour cause de grossesse (4); elles pouvaient constituer procureur comme les gentilshommes et les clercs, à la différence des hommes de poeste (5). S'agissait-il de son douaire, la femme avait le choix entre la justice d'Eglise et la justice laïque du seigneur ou du roi (6).

Mais, malgré cette égalité ordinaire et ces privilèges, sous d'autres rapports il restait des traces de l'ancienne incapacité des femmes. Ainsi elles ne pouvaient exercer la profession d'avocat ni celle de procureur; on n'admettait pas qu'elles pussent garder des sceaux (7). A plus forte raison elles ne pouvaient pas rendre la justice, à moins toutefois qu'elles ne fussent dames de fief. Mais on admettait qu'elles pouvaient être arbitres, pourvu qu'elles fussent capables; on

(1) Ainsi, par exemple, les anciens usages d'Artois déclarent que les femmes peuvent être choisies pour arbitres (tit. LIV) et cette solution a certainement été empruntée au droit canonique où elle avait été introduite par une décrétale d'Innocent III, de 1210. — On pourrait multiplier les exemples.

(2) Voy. Varin, *Archives administratives de la ville de Reims*, t. I, p. 606.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 554, t. II, p. 208.

(4) Beaumanoir, chap. 3, n° 16, t. I, p. 68.

(5) Beaumanoir, chap. 4, n° 31, t. I, p. 86.

(6) C'est ce que décida un arrêt du Parlement, de 1269, contre l'évêque de Beauvais, *Olim*, I, fol. 169, Boutaric, n° 1364; Beaumanoir, chap. 10, n° 12, t. I, p. 154.

(7) Beaumanoir, chap. 29, n° 19, t. I, p. 409.

considérerait comme incapables celles qui étaient sous puissance de mari et celles qui étaient entrées en religion (1).

Dans certaines parties de la France, les incapacités des femmes étaient plus accentuées. A Toulouse, bien que la condition des femmes fût en général la même que dans les autres régions de la France (2), cependant, elles étaient incapables d'être témoins en justice (3), tandis que d'après le droit commun et aux termes d'une ordonnance de Charles VI, de 1394, les femmes pouvaient déposer en justice civile ou criminelle (4). Nous relevons la même incapacité dans l'ancienne coutume de Bordeaux où, en outre, les droits du mari sur sa femme étaient d'une rigueur particulière (5). Ces incapacités partielles sont des vestiges de l'ancienne tutelle perpétuelle des femmes.

Il faut expliquer tout autrement une incapacité non moins grave qui frappait les femmes, mariées ou non, dans les pays de droit écrit : l'incapacité de garantir la dette d'autrui, établie dans le droit romain par le sénatus-consulte Velléien. Cette disposition du droit romain avait disparu dans le midi de la France sous l'action de la féodalité. Plusieurs chartes antérieures au XII<sup>e</sup> siècle donnent des exemples de femmes qui

(1) Beaumanoir, chap. 41, n<sup>o</sup>s 26 et 27, t. II, p. 159 et 160.

(2) Voy. Tardif, *Le droit privé du XIII<sup>e</sup> siècle, dans les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 30.

(3) On n'est pas d'accord sur la cause de cette incapacité. Il est certain qu'elle ne remonte pas au droit romain, car celui-ci autorisait le témoignage des femmes devant les tribunaux, sauf certaines exceptions. Les lois wisigothiques l'admettaient également. Voy. *Forum judicum*, lib. II, tit. IV, art. 1 et 12. Les uns font remonter cette incapacité de déposer en justice au droit canonique qui l'a en effet consacrée à certaines époques et surtout à partir d'une constitution de Boniface VIII, proclamé pape en 1294. Mais comme les anciennes coutumes de Toulouse remontent à l'année 1285, d'autres pensent qu'il faut faire remonter cette interdiction du témoignage des femmes en matière civile jusqu'à la procédure du combat judiciaire. Voy. Molinier, *Rapport à l'Académie des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse sur le concours relatif aux origines de la coutume*, année 1853; Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 261 et suiv.

(4) Ordonnance de 1394, dans le *Recueil du Louvre*, t. XII, p. 434. — Cpr. Beaumanoir, chap. 39, n<sup>o</sup> 54, t. I, p. 114.

(5) *Las costumaz de la vila de Bordelū*, art. 66.

s'obligent avec ou pour leurs maris, sans qu'il soit question de renonciation au sénatus-consulte (1). Tout-à-coup vers le XIII<sup>e</sup> siècle, les prohibitions établies par le sénatus-consulte Velléien reparaissent dans la Provence, le Languedoc, l'Auvergne et même la Bourgogne (2). On ne peut douter dès lors de la cause de cette incapacité nouvelle : elle était due à la renaissance du droit romain.

Dans la plupart des pays du Midi, on interdisait à la femme de s'obliger pour autrui; mais on lui permettait aussi de renoncer au Velléien, sans même rechercher s'il s'agissait de la dette du mari ou de celle d'une autre personne. Par exception, certaines coutumes du Midi n'admirent jamais le sénatus-consulte Velléien. A Toulouse et à Montpellier, la femme *sui juris*, majeure de douze ans, qui n'était pas en tutelle ou en curatelle pouvait valablement intercéder et la femme mariée avait le droit de s'obliger avec son mari ou pour lui (3). En Auvergne, au contraire, on permettait sans doute à la femme de s'obliger valablement pour autrui, sous forme de renonciation au Velléien, mais à la condition qu'il ne s'agit pas d'une dette de son mari; dans ce dernier cas, son intercession aurait été nulle (4).

Le sénatus-consulte Velléien ne parvint jamais non plus à se faire accepter dans le droit féodal des pays de droit écrit; même dans les contrées qui le reconnaissaient, il était étranger à la femme noble et feudataire. Quant aux pays de coutume, ils laissèrent pénétrer peu à peu et insensiblement les dispositions du sénatus-consulte. C'est seulement au XVI<sup>e</sup> siècle

(1) Voy. par exemple Vaissète, *Histoire générale de Languedoc*, t. II, *Preuves*, n<sup>os</sup> 146, 233, 275, 278, 518.

(2) Plancher, *Histoire de Bourgogne*, t. II, *Preuves*, n<sup>o</sup> 162. — Pérard, *Recueil de pièces curieuses*, p. 527. — Vaissète, *op. cit.*, t. III, *Preuves*, n<sup>o</sup> 349.

(3) *Ancienne coutume de Montpellier de 1204*, art. 38, dans Giraud, t. I, *Preuves*, p. 58. — D'Aigrefeuille, *Histoire de Montpellier*, t. I, *Preuves*, p. 669. — *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 69 et 74, éd. Tardif, p. 34 et 37. On verra plus loin que le statut de la ville de Toulouse rejetait aussi l'inaliénabilité du fonds dotal. L'ancienne coutume de Carcassonne n'avait pas conservé ces particularités des coutumes de Toulouse et de Montpellier.

(4) Masuer, *Practica forensis*, tit. 29.

toutefois qu'il fut reconnu d'une manière définitive et presque générale. Avant cette époque, les mentions du Velleïen sont relativement rares dans nos coutumiers. On trouve cependant des textes assez anciens où il est parlé de la renonciation au Velleïen, ce qui suppose bien son observation (1). Ces textes deviennent plus nombreux à mesure qu'on se rapproche du xvr<sup>e</sup> siècle (2). L'ancienne coutume d'Artois permet aussi à la femme de renoncer au sénatus-consulte Velleïen et elle admet même, qu'en pareil cas, ce fait emporte aussi renonciation au douaire, du moins sur les biens que son mari aurait vendus (3).

Il faut étudier les derniers coutumiers de notre époque si l'on veut découvrir un exposé des principes du Velleïen. Cet exposé était d'autant plus nécessaire, qu'il était indispensable, dans ces pays, de combiner l'incapacité d'intercéder, avec le régime de la communauté. Après avoir attribué le sénatus-consulte à l'empereur Velleïen, Bouteiller donne un exposé assez exact de cette incapacité (4) : la femme peut s'obliger pour elle-même, mais pas pour autrui; elle ne peut pas être employée pour son mari; mais rien ne s'oppose à ce qu'elle paie la dette d'autrui. Enfin il y a des cas où la femme peut valablement intercéder (5).

(1) Voy. Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. III, p. 193, note 5.

(2) Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 521. — *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 849 et 928.

(3) *Anciens usages d'Artois*, tit. XXXIII, art. 1 et 6, éd. Tardif, p. 83 et 84. Certains auteurs ont dit qu'il y avait renonciation absolue au douaire, mais c'est une erreur qu'il est facile de relever en rapprochant, comme nous l'avons fait, les art. 1 et 6.

(4) *Somme rural*, liv. I, tit. 98 et liv. II, tit. 99, p. 111 de l'éd. de Lyon de 1621.

(5) Voici notamment ce que dit Bouteiller, liv. II, tit. 29 sur ce dernier point : « Généralement peus et dois seavoir que femme ne se peut obliger pour autre qui tienne si défendre se veut, si contre elle n'estoit prouvé qu'elle y eust profit, ou que ce fust faict par marché, ou par subtil engin pour autre decevoir, ou que argent en print pour ce faire: car si y estoit, lors ne seroit secouruë, ne le luy vaudroit la loy de Velleïen qui en ce cas les secourut. — On trouvera encore un résumé du sénatus-consulte Velleïen dans les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 1168, t. II, p. 443 et dans le *Livre de justice et de plet*, p. 273.

L'admission du Velléien dans les pays de coutume souleva des difficultés auparavant inconnues. Depuis l'époque lointaine de sa mise en vigueur, le sénatus-consulte ne s'était trouvé en contact qu'avec le régime dotal : il fallait maintenant le combiner aussi avec le régime de communauté. Il était facile, sous le régime dotal, de défendre à la femme d'intercéder pour son mari, car celui-ci, au point de vue du patrimoine de la femme, était un étranger, sauf ses droits sur la dot. Mais sous le régime de communauté, il n'était plus possible de soutenir qu'en s'obligeant pour son mari, la femme intercédait pour autrui, car en réalité elle promettait pour le compte de la communauté dont elle était un des deux associés et qui était représentée par le mari. N'était-il pas vrai de dire qu'en promettant pour son mari, la femme intercédait en réalité dans son propre intérêt et qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer le Velléien? La question resta douteuse jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle. Les uns permettaient à la femme d'invoquer le Velléien, les autres soutenaient qu'elle n'avait le droit de s'en prévaloir qu'à condition de renoncer à la communauté (1). En dernier lieu Dumoulin proposa de décider que la femme commune en biens ne pourrait invoquer le Velléien qu'autant que la dette contractée par le mari n'aurait, en fait, profité ni à la communauté, ni à la femme et que le créancier aurait connu cette circonstance dès le moment même de la naissance de l'obligation (2).

On voit qu'en définitive, la capacité était en principe la condition générale pour les filles et les femmes, comme pour les hommes, à partir de la majorité et que cette majorité se réalisait même plus tôt pour les filles (3).

Toutefois la fille devenue capable par l'effet de sa majorité, retombe de nouveau dans un véritable état d'incapacité par l'effet de son mariage. Cette incapacité de la femme mariée

(1) Charondas, *Réponses*, VIII, 14.

(2) *Tractatus de usuris*, n<sup>o</sup> 162.

(3) Voy. à cet égard ce qui a été dit p. 108.

peut s'expliquer par diverses causes. Elle forme d'abord une véritable suite à la tutelle perpétuelle et au *mundium* germanique : on avait relevé la femme non mariée de toute puissance sous l'influence de l'Eglise et parce qu'elle n'avait plus besoin d'une protection aussi énergique qu'autrefois contre les violences. Mais n'était-il pas tout naturel de la maintenir ou de la réintégrer en puissance lorsqu'elle se mariait? Son protecteur naturel était alors tout trouvé, c'était son mari. Toutefois cette idée de protection n'est pas la cause principale de l'autorité maritale : celle-ci est avant tout établie dans l'intérêt du mari. Sans doute, la femme est considérée par l'Eglise comme l'égale de son mari : elle est la *per* de l'homme, d'après les chroniqueurs du moyen âge (1). Les sermons de ce temps ont soin de constater qu'une fois mariée la femme devient la compagne et l'égale de l'homme (2). Toutefois il y a cependant loin de cet état idéal à la réalité des faits. Au point de vue de l'instruction, la différence n'est pas sensible entre les hommes et les femmes : quelques-unes sont très instruites, d'autres tout à fait ignorantes (3). Mais dans les mœurs, la supériorité des hommes s'accuse souvent avec une extrême brutalité. Dans les chroniqueurs du moyen âge, l'homme de guerre s'attache souvent plus à son cheval qu'à sa femme ou à une jeune fille (4). C'est folie de se fier à une femme répètent à l'envi les poètes (5) et les seigneurs n'admettent pas davantage que les femmes se mêlent de leurs affaires (6). Les hommes de loi ne sont pas plus tendres pour les femmes; ils leur reprochent leur nature frêle, inconstante et indiscreète; ils s'indignent de ce que le droit féodal les place

(1) Voy. par exemple Elie de Saint-Gilles, vers 2749. — Hervis de Metz, *Bibl. nat.*, fr. 19160, cité par Gautier, *La Chevalerie*, p. 358, note 6.

(2) Lecoy de La Marche, *La chaire française au moyen âge*, p. 400.

(3) On trouvera sur l'instruction des filles au moyen âge des détails intéressants dans Gautier, *La Chevalerie*, p. 364 à 370.

(4) Voy. *Recueil des historiens de la France*, t. XXII, p. 624 et 625.

(5) Voy. par exemple Gaydon, vers 9124; Amis et Amiles, vers 1218; Raoul de Cambrai, éd. Le Glay, p. 44.

(6) Raoul de Cambrai, éd. Le Glay, p. 44. On trouvera encore sur ce point de curieux détails dans Gautier, *La Chevalerie*, p. 348 et 349.

sur un pied d'égalité complète vis-à-vis des hommes (1). Ils sont donc tous favorables à l'autorité du mari sur sa femme.

L'Eglise elle-même, tout en reconnaissant que la femme est la compagne et l'égale de l'homme n'entend pas cependant qu'elle échappe à l'autorité de son mari; mais elle est loin d'admettre au profit de celui-ci tous les droits que certains coutumiers lui attribuent sur la personne de sa femme. Celle-ci doit obéissance à son mari; elle est soumise au droit de correction, ce qui permet au mari de la battre impunément. « L'en doibt scavoir, dit l'ancienne coutume de Normandie, que aulcun n'est tenu à faire loy pour simple bateure qu'il ait faicte à son servant ne à son fils ne à son nepveu ne à sa fille ne à sa femme, ne à aulcun qui soit de sa mesgnie; car en doibt entendre qu'il le faict pour les chastier (2). » Le droit de correction du mari n'est pas sans limites, mais celles qu'indique l'ancienne coutume de Normandie ne donnent pas de sérieuses garanties à la femme contre les brutalités de son mari: « Il y a ung cas, dit-elle, en quoy femme doibt estre ouye en derrière de son mary, si comme, se son mary la méhaigne, ou luy crève les yeuls, ou luy brise les bras, ou il a accoustumé à la traiter villainement, car ainsi ne doibt l'en pas chastier femme (3). »

Beaumanoir, précise déjà davantage les droits respectifs du mari et de la femme; mais ce qu'il dit nous révèle bien une puissance maritale dans un véritable état de rudesse primitive. Le mari a droit à l'obéissance de sa femme et le grand juriconsulte indique la sanction de ce droit : il peut faire mettre sa femme en prison; il a même le droit de la battre, pourvu qu'il le fasse raisonnablement (4). Dans un cas, on re-

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 2, 6, 40. — *Grand coutumier de France*, liv. II, chap. 17. — *Livre de justice et de plet*, p. 282.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 85, éd. de Gruchy, p. 194.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 100, éd. de Gruchy, p. 241.

(4) « Par plusors cas poent li home estre escusé des griés qu'il font à lor femmes, ne ne s'en doit le justice entremettre; car il loist bien a l'omme battre sa femme, sans mort et sans méhaing, quant elle le meffet; si comme quant ele

connaît au mari le droit de mettre sa femme à mort, celui de flagrant délit d'adultère (1). C'est une sorte de maintien, dans ce cas, de l'ancien droit de vengeance. D'autres coutumiers, d'une date sensiblement postérieure, permettent au mari de l'exercer, même vis-à-vis du complice de sa femme, pourvu qu'il le trouve en présent méfait ou qu'il le suive en chaude suite (2). Mais d'ailleurs on aperçoit déjà dans Beaumanoir certaines limites apportées au droit du mari : ses pouvoirs ne sont pas absolus et la justice intervient dans certains cas ; si le mari chasse sa femme, il peut être condamné à lui payer des aliments, à moins qu'il ne consente à la reprendre (3). Beaumanoir reconnaît même parfois à la femme le droit de se séparer de son mari ; mais il a soin de dire qu'une prude femme doit *moult souffrir et endurer avent qu'ele se mete hors de se compagnie* (4). Enfin, le mari ayant le droit de châtier sa femme, on admet qu'en retour il est responsable de ses méfaits et doit payer l'amende en son lieu et place ; il est en effet en faute de ne l'avoir pas empêchée de faire le mal (5).

C'est seulement dans les coutumiers de la dernière partie de notre période que la femme commence à être protégée contre les mauvais traitements de son mari. D'après un ancien coutumier d'Anjou, la femme peut être sequestrée par mesure

est en voie de fere folie de son corps, ou quant ele dement son baron ou maudist, ou quant ele ne veut obéir à ses resnables commandemens que prode feme doit fere : en tel cas et en sanblables est il bien mestiers que li maris soit castierres de se feme resnablement. Mais puisqu'eles sont prodes femes de lor cors, eles doivent estre deportées moult d'autres visces. Et neporquant, selonc le visse, li maris le doit castier et repenre selonc toutes les manieres qu'il verra que bon sera por li oster de tel visse, excepté mort ou méhaing. Beaumanoir, chap. 57, n° 6, t. II, p. 333. — Le *Grand Coutumier de Normandie* s'exprime aussi très nettement sur le droit du mari de maltraiter sa femme, et d'une manière plus générale sur le droit du chef de famille de battre ceux qui sont de sa mesnie, voy. chap. 85 et 100, éd. de Gruchy, p. 104, 241 et suiv.

(1) Chap. 57, n° 3 et 12, t. II, p. 331 et 336.

(2) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 850, t. II, p. 237.

(3) Beaumanoir, chap. 57, n° 5, t. II, p. 333.

(4) Chap. 57, n° 4, t. II, p. 331.

(5) D'Argentré, sur l'*Ancienne coutume de Bretagne*, art. 423, glose 2, n° 5.

de protection, lorsqu'elle est menacée par les mauvais traitements de son mari. Elle a aussi, dans ces circonstances, le droit de se plaindre, et on l'admet même comme témoin dans la cause contre son mari, par dérogation au droit commun (1).

L'incapacité de la femme mariée consistait en ce qu'elle ne pouvait, en principe, passer aucun acte de la vie civile sans l'autorisation de son mari. On discute aujourd'hui sur le point de savoir dans l'intérêt de qui cette incapacité est consacrée par le Code civil. Est-ce en faveur du mari, comme sanction de sa suprématie, ou au profit de la femme, à raison de sa faiblesse, ou enfin en faveur du ménage, de la famille? La question est d'autant plus délicate que l'art. 225 du Code civil permet à la fois à la femme, au mari et à leurs héritiers d'invoquer la nullité fondée sur le défaut d'autorisation. Nos anciens coutumiers étaient moins embarrassés et peut-être même plus logiques; ils reconnaissaient que la puissance maritale, tout en protégeant la femme, était établie avant tout dans l'intérêt du mari: lui seul aussi avait le droit d'attaquer les actes passés sans son autorisation et, après sa mort, la femme ne pouvait les critiquer sous aucun prétexte (2).

En principe, l'incapacité de la femme s'appliquait à tous les actes de la vie civile (3): elle ne pouvait pas disposer de ses biens sans le consentement de son mari (4); cette autorisation lui était également nécessaire pour contracter des dettes (5); elle en avait encore besoin pour ester en justice et on avait le soin de mettre à cet effet son mari en cause (6).

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 501 et 1346, t. II, p. 192 et 497.

(2) Beaumanoir, chap. 43, n<sup>o</sup> 27 et chap. 70, n<sup>o</sup> 7, t. II, p. 178 et 499.

(3) Desmares, *Décision* 289; *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 104 et 551.

(4) Encore supposons-nous des biens qu'elle avait le droit d'aliéner avec cette autorisation. Nous verrons bientôt quels sont ces biens, en nous occupant des droits du mari sur le patrimoine de sa femme.

(5) Desmares, *Décision* 289.

(6) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 153. — *Constitutions demenees*

Toutefois l'autorisation du mari pour comparaître devant les tribunaux pouvait, dans certains cas d'empêchement légitime, être suppléée par celle de justice, notamment en cas d'absence prolongée du mari. Jusqu'à la seconde moitié du xiv<sup>e</sup> siècle, cette autorisation de justice ne pouvait être accordée qu'en vertu de lettres royaux (1).

Si la femme se rendait coupable d'un délit, elle pouvait être poursuivie en justice sans l'autorisation de son mari (2). Elle n'avait pas non plus besoin de l'autorisation de son second mari pour plaider de son douaire du premier mariage (3).

D'ailleurs, pour certains actes de la vie civile, l'incapacité de la femme mariée n'existait pas. Ainsi on en relevait la femme marchande publique qui pouvait, à l'occasion de son commerce, passer seule tous les actes de la vie civile, s'obliger, aliéner, ester en justice, etc. La coutume d'Anjou et du Maine est peut-être le plus ancien texte qui constate cette situation particulière de la femme marchande, rappelée ensuite dans un grand nombre de coutumiers (4). La femme avait encore la capacité de s'obliger seule, sans autorisation maritale, toutes les fois que le mari se trouvait dans l'impossibilité de donner son consentement, par exemple pour cause de démence (5). Toute femme mariée pouvait aussi faire son

*el Chastelet de Paris*, § 39, éd. Mortet, p. 53. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n<sup>os</sup> 19 et 95; B, n<sup>o</sup> 150; C, n<sup>o</sup> 145; F, n<sup>os</sup> 47, 55, 56, 57 et 795; K, n<sup>os</sup> 57 et 58; L, n<sup>o</sup> 428; N, n<sup>o</sup> 38.

(1) Arrêt du Parlement, du 9 avril 1326, Boutaric, n<sup>o</sup> 7834. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 323.

(2) Desmares, *Décision* 76. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 1353, t. II, p. 498.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 756, t. II, p. 274.

(4) Voy. Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 143. Nous citerons les textes suivants : *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 153; *Livre de justice et de plet*, p. 131; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 648, t. II, p. 237. Dans la suite, la femme séparée de biens fut assimilée à la femme marchande publique, en ce sens qu'elle pouvait s'obliger et ester en justice sans l'autorisation de son mari, mais on ne lui permettait pas d'aliéner.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 811, t. II, p. 294. Pour Toulouse, voy. ce que dit Tardif, *op. cit.*, p. 30.

testament sans l'autorisation de son mari (1) : elle pouvait même, dans certaines coutumes, disposer par testament en faveur de son mari, mais nous verrons que les donations entre époux étaient en général prohibées, sauf exception pour le don mutuel; en outre, la défense ne s'appliquait pas non plus aux libéralités entre futurs époux (2). D'ailleurs la femme avait le droit de contracter avec son mari et même de plaider contre lui (3).

Cette puissance du mari sur la personne et les biens de sa femme, dérivée du *mundium*, ne fut pas absolue, comme on le voit, et n'aboutit jamais au système rigoureux du droit anglais qui allait jusqu'à supprimer la personnalité juridique de la femme en la confondant avec celle du mari (4). Tout ce que décidaient les coutumes, c'est que l'injure faite à une femme était considérée comme adressée à son mari (5).

Il y a mieux : les femmes étaient dans certains cas, particulièrement privilégiées. Beaumanoir recommande aux baillis de ne pas mettre une femme en prison « *por fas accusatione ne por nul cas, se n'est por cas de crieme* » (6). Plus tard, les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine proclament le principe que la prescription ne court pas contre les femmes

(1) Beaumanoir, chap. 43, n° 23, t. II, p. 178. — *Livre de jostice et de plet*, p. 131.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 122; C, n° 114; E, n° 227, t. I, p. 139, 323, 528; F, n° 760, 763, 1241, t. II, p. 276, 462; I, n° 260, t. III, p. 390; K, n° 227, t. IV, p. 112; L, n° 165, t. IV, p. 215. — *Coutumes notoires*, n° 58. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 321. — Desmares, *Décisions* 157 et 235.

(3) Beaumanoir, chap. 57, n° 13, t. II, p. 336.

(4) Cpr. ce que nous avons dit à cet égard dans *l'Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 285. On y verra aussi dans quelle mesure ce système du droit anglais avait exercé son influence en Normandie. Le *Grand Coutumier de Normandie* pose deux principes : la femme suit la loi et la condition de son mari (chap. 33, p. 104); « dès ce que la femme est en la pooste, de son mary, il peut faire à sa volenté de elle et de ses choses et de son héritage », chap. 100, p. 241. Cpr. chap. 15, p. 45.

(5) Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1317, t. II, p. 497.

(6) Beaumanoir, chap. 1, n° 37, t. I, p. 41.

mariées (1). En sa qualité de *mainbour*, ou, comme disent certains textes, de *baillistre* de sa femme (2), le mari exerce divers droits sur les biens de sa femme. Comme baillistre, il a le droit d'aliéner ses meubles pendant la durée du mariage; mais si sa femme doit payer le rachat, c'est lui qui est tenu d'acquitter cette obligation (3). Ces principes et effets du bail sont tempérés par ceux de la communauté. Désormais la femme est déjà pendant le mariage copropriétaire avec son mari des biens de cette communauté et elle n'en est plus réduite, comme dans la loi des Ripuaires, en Angleterre et en Normandie, à un simple droit de survie; car si elle prédécède, ses héritiers prendront sa part dans la communauté, tandis qu'ils ne profiteraient pas d'un gain de survie (4). Sans doute le mari avait, pendant le mariage, la libre disposition des meubles de la communauté, mais il ne pouvait pas aliéner seul les immeubles de sa femme, ou même peut-être ceux de la communauté.

Dans les pays de droit écrit où le *mundium* n'avait pour ainsi dire pas pénétré et avait, dans tous les cas, disparu dès le VIII<sup>e</sup> siècle, il ne pouvait être question de *mainbour* du mari sur les biens de sa femme; on en était resté au régime dotal du droit romain et à la donation *propter nuptias*. Aussi la femme n'était-elle soumise au mari que pour sa dot; elle

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 345, t. III, p. 460; L. n° 249, t. IV, p. 246. Parfois les privilèges des femmes étaient assez curieux et remontaient à de vieilles coutumes. Ainsi, d'après l'ancienne coutume de Moissac, celui qui corrompait une fille vierge, même de son consentement, devait l'épouser s'il était d'une condition supérieure. Il ne pouvait se soustraire à cette obligation qu'en donnant à la femme un mari à sa convenance. Si la femme était d'une condition supérieure à celle de l'homme, il ne pouvait être question pour celui-ci de l'épouser, mais il devait lui donner un mari de son choix, et s'il ne parvenait pas à remplir cette obligation, il encourait une peine corporelle et en outre la confiscation de ses biens au profit de la femme. — Voy. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V. p. 563.

(2) Voy. par exemple *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 25, p. 19.

(3) Beaumanoir, chap. 30, n° 99, t. I, p. 452. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. 35. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 30, p. 212. — D'Argentré, sur l'*Ancienne coutume de Bretagne*, art. 423, glose 2, n° 1.

(4) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 143, t. II, p. 274. — Beaumanoir, chap. 21, n° 2 et chap. 30, n° 99, t. I, p. 303 et 452.

avait la libre disposition de ses paraphernaux et pouvait, dans cette mesure, agir seule en justice. Cependant le droit romain s'était altéré dans plus d'une contrée : la coutume de Toulouse permettait au mari de conserver la dot, s'il survivait à sa femme, à moins de convention contraire, et elle voulait que les biens acquis pendant le mariage formassent une véritable communauté.

De très bonne heure l'Église avait pris sous sa protection spéciale les veuves et les orphelins. Déjà dans les lois barbares le roi exerçait sur les veuves un véritable *mundium* (1), et il ne protesta pas le jour où l'Église affirma à son tour que les veuves étaient placées sous sa protection. Le concile de Mâcon, de 585, avait proclamé dans son canon 12, que les évêques étaient les protecteurs des veuves et des orphelins contre les juges civils, que ceux-ci ne devaient pas, sous peine d'excommunication, statuer sur les causes de ces personnes, sans en avoir au préalable prévenu l'évêque et l'archidiacre, afin qu'ils pussent assister à la procédure et au jugement (2). Plus tard, un grand nombre de textes des jurisconsultes du moyen âge proclament le pouvoir de protection de l'Église sur les veuves et reconnaissent à celles-ci le privilège de la juridiction ecclésiastique. Mais cependant de bonne heure, dès le XIII<sup>e</sup> siècle, le pouvoir séculier entendit disputer à l'Église cette protection. Aussi fut-il admis que la justice d'Église n'était pas seule compétente pour connaître des causes des veuves. Les coutumiers eurent au contraire le soin de constater que les veuves pouvaient, à leur choix, saisir de leurs causes, notamment des procès relatifs au douaire, la cour du roi, celle du baron ou celle de sainte Église (3). Les coutumiers

(1) Loi des Ripuaires, tit. XXXV, § 3. — Edit de Rotharis, chap. 205. — Capit. de 803, cap. 1 et 3; Capit. de 817, cap. 3, Pertz, *Leges*, I, 126, 127, 211.

(2) Hefele, *Histoire des conciles*, traduction française, t. III, p. 580. Cpr. le concile de Paris de 850, canon 20, *ibid.*, t. V, p. 3.

(3) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 218; *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 137; Beaumanoir, chap. 11, n<sup>o</sup> 9 et chap. 13, n<sup>o</sup> 9, t. I, p. 160 et 227. — De Fontaines, *Conseil*, éd. Marnier, p. 360. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, C, n<sup>o</sup> 12, t. I, p. 197.

les plus récents de notre époque se bornent même à parler parfois de la protection due par la justice aux veuves, sans rappeler qu'elles sont placées sous la sauvegarde de l'Eglise (1).

Le droit féodal, lui aussi, protégeait la veuve à sa manière. Ainsi il la dispensait tout naturellement du service de guerre du fief et des redevances qui le remplaçaient (2). Mais dans certaines coutumes, la mère noble devenue veuve, restait frappée d'incapacité, elle n'avait que le bail de son patrimoine, s'il existait un fils né du mariage, et dès lors n'en pouvait pas disposer librement. Ce principe est notamment consacré par les *Etablissements de Saint Louis* (3). Il est possible que cet usage ait été emprunté à certains textes barbares inspirés eux-mêmes par de très anciennes coutumes qui plaçaient la mère veuve sous la tutelle de son fils (4), mais au commencement du xv<sup>e</sup> siècle, cet usage était tombé en désuétude dans l'Anjou où la mère veuve pouvait librement aliéner ses biens (5).

L'ancienne coutume du Vermandois nous donne des détails très complets sur la condition de la veuve d'un gentilhomme dans ce pays. Cette veuve jouit des mêmes privilèges, franchises et libertés qu'autrefois son mari, même si elle n'est pas noble de naissance, car le mari a anobli la femme en l'épousant (6). Ainsi la veuve d'un noble a, pour comparaître en justice, les délais accordés aux nobles (7); de même elle peut vendre tous les fruits et produits de ses terres sans payer aucuns aides ou autres redevances auxquelles sont assujettis les roturiers (8).

(1) Voy. par exemple le *Livre des droiz et des commandemens*, n° 921, t. II, p. 270.

(2) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 238.

(3) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 68.

(4) Voy. à cet égard Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 150.

(5) Voy. la *Coutume d'Anjou* dite de 1411, art. 226 et 227, dans *Beautemps-Beaupré*, t. I, p. 527 et 528.

(6) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n°s 243 et 290.

(7) *Ibid.*, n° 246.

(8) *Ibid.*, n°s 244 et 245.

Cette même coutume reconnaissait à la veuve d'un noble le droit de choisir pour sa demeure un des châteaux que le mari possédait au jour du mariage ou qui lui étaient échus en ligne directe pendant le mariage. La coutume entre même dans de longs détails pour assurer à la veuve une jouissance convenable de cette demeure, et elle indique tous les accessoires auxquels elle peut avoir droit (1).

La veuve noble avait aussi en Vermandois le privilège de prendre tous les biens meubles qui existaient au moment du décès du mari, à charge de payer les dettes mobilières (2). Elle n'y était d'ailleurs pas obligée et on lui donnait un délai de quarante jours pour faire son choix. Acceptait-elle, elle devait, outre les dettes, acquitter les legs mobiliers faits *in specie*; mais elle n'était pas tenue des legs *in genere*, ni des frais funéraires qui étaient considérés comme une dette postérieure au décès du mari (3). Elle avait aussi le droit de prendre le bail des enfants nés du mariage ou de le refuser à son choix (4).

Mais si le droit féodal accordait, lui aussi, certaines faveurs aux veuves, cependant il n'oubliait pas non plus l'intérêt des fiefs. Il lui arriva même de se mettre en opposition avec l'esprit du droit canonique. Celui-ci, comme le droit romain, voyait avec une extrême défaveur les secondes noces. Mais le droit féodal, au contraire, invitait les veuves titulaires de fiefs à se remarier presque immédiatement, car le second mari assurait le service du fief. Si l'on s'en rapporte aux chroniqueurs et aux poètes du temps, les seigneurs recouraient même à la force pour contraindre les veuves à se remarier. Il semble aussi qu'on n'observait aucun délai de viduité et on voit parfois un second mariage contracté un mois après la dissolution du premier (5).

(1) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n<sup>os</sup> 247 à 250, 253 à 264, 269, 270.

(2) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n<sup>os</sup> 251, 273, 274.

(3) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n<sup>os</sup> 277 et 278.

(4) *Ibid.*, n<sup>o</sup> 252.

(5) Voy. par exemple *Garins li Loherains*, t. I, p. 116, 157, 158; *Fierabras*, vers 2810 et suiv.; *Guy de Bourgogne*, vers 4009 à 4011.

Le droit coutumier tolérait les secondes noces avec moins de complaisance que le droit féodal. Il admettait bien que la veuve survivante eût la tutelle de son enfant, mais si elle voulait se remarier, elle devait le déclarer à la justice, se décharger de la tutelle, rendre compte de son administration et enfin requérir le juge de nommer un autre tuteur à sa place (1).

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 830, t. II, p. 230.

---

## CHAPITRE XIV.

### La famille.

---

#### § 1<sup>er</sup>. — GÉNÉRALITÉS. LA MESSIE.

Le droit romain, le droit canonique et les usages germaniques avaient une conception différente de la famille. A Rome, elle était une institution politique comme la cité; le *paterfamilias* en était le chef et le magistrat suprême; il absorbait tout en sa personne. Les enfants nés de justes noces ou entrés dans la famille par adoption et les descendants de ces enfants restaient sous sa puissance jusqu'à sa mort, à moins qu'il ne leur eût accordé le bénéfice de l'émancipation, il n'y avait qu'un patrimoine, celui du *paterfamilias* et tout ce que le fils acquérait tombait dans ce patrimoine; en un mot la famille romaine reposait sur la puissance paternelle, et la *manus* du mari sur sa femme était une puissance de même nature.

Le droit canonique faisait exclusivement reposer la famille sur le mariage et comme le mariage était un sacrement, il en résultait que la famille relevait en partie des lois de l'Eglise. Aussi le droit canonique s'est-il efforcé de s'emparer du mariage et de le perfectionner, empruntant au droit romain ce qui lui paraissait juste et moral, les fiançailles, la nécessité du consentement de la fille, condamnant ce qui lui paraissait dangereux, comme le divorce, les secondes noces, le concubinat. L'Eglise limite l'autorité des parents en déclarant que leur consentement n'est pas nécessaire à la validité du lien conjugal; elle fait de la femme l'égale de l'homme et substitue ainsi au principe romain d'autorité, celui d'une association à la tête de laquelle d'ailleurs est placé un chef qu'on doit respecter. Telle avait été la conception la plus ancienne du droit

romain. Seulement le principe d'autorité et d'absorption au profit du *paterfamilias* l'avait emporté, tandis qu'en faisant reposer la famille sur le mariage, l'Eglise, sans supprimer l'autorité du chef, la limitait par les droits qu'elle reconnaissait aux autres membres de la famille.

D'après les anciens usages germaniques, l'association est aussi l'élément essentiel de la famille; mais cette association ne découle pas nécessairement et exclusivement du mariage; elle est plutôt guerrière que pacifique. C'est le compagnonnage germanique, la fraternité scandinave qui résulte surtout de l'adoption par les armes et du serment de fidélité. Cette famille est singulièrement élargie et forme à vrai dire un clan dont tous les membres sont solidaires les uns des autres, dans la bonne comme dans la mauvaise fortune.

De ces trois bases de la famille, celle qui la fait reposer sur le mariage ne triomphera définitivement que pendant notre époque. Au moyen âge, les pays restés fidèles au droit romain, continuent à faire reposer la famille sur l'autorité paternelle; mais ailleurs la puissance paternelle du droit romain est définitivement rejetée.

L'Eglise lutte énergiquement en faveur du mariage, depuis des siècles, mais elle ne triomphe que pendant la seconde partie du moyen âge. Dans l'empire chrétien, l'Eglise avait déjà exercé une influence légitime, mais cependant le mariage était resté un acte civil; on avait continué à autoriser le divorce, et les causes matrimoniales échappaient à la compétence des évêques, à moins qu'on ne les eût pris comme arbitres volontaires. Sous les Barbares, même sous les Carolingiens, le mariage est encore un acte civil. Le divorce est d'un usage général; Charlemagne lui-même y recourt à plusieurs reprises (1). On peut encore en relever des exemples au XII<sup>e</sup> siècle (2). Certains princes pratiquent même ouvertement la polygamie. Le concubinat est encore plus fréquent et il tend même à se perpétuer à cause de ces préjugés de

(1) Voy. Vétault, *Charlemagne*, p. 161.

(2) Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 360.

caste qui ne permettent pas de voir autre chose qu'un concubinat, même dans l'union la plus légitime, si la femme est de condition inférieure à celle de l'homme.

Cependant la juridiction encore purement disciplinaire de l'Eglise, s'étend d'autant plus facilement que les évêques sont, dans une certaine mesure, devenus des fonctionnaires royaux; mais c'est seulement au x<sup>e</sup> siècle que, grâce à l'esprit religieux du temps et aussi par l'affaiblissement du pouvoir royal, la compétence des tribunaux d'Eglise est définitivement établie pour les causes matrimoniales (1). Il fallait maintenant remplacer les décisions éparses du droit canonique par un ensemble formant un tout complet et homogène. C'est ce que firent avec un incontestable succès les canonistes à partir du xii<sup>e</sup> siècle. Alors la nouvelle base de la famille fut assise pour de longs siècles.

Qu'est devenue au moyen âge, surtout pendant sa première partie, la famille germanique fondée sur la double idée d'association et de protection, sorte de fédération guerrière, dirigée par un chef dont les membres sont plutôt les compagnons que les inférieurs? Existe-t-il encore à côté des membres de la famille naturelle, des vassaux, des clients, et enfin des gens qui entraient dans cette sorte de clan au moyen d'une véritable adoption? Cette ancienne famille germanique s'est-elle, comme on l'a dit, développée, au point de devenir la base du régime féodal, ou s'est-elle au contraire affaiblie au point de ne laisser, en dernier lieu, aucune trace de son existence (2)?

Il est certain que si l'on consulte les chansons de geste (3)

(1) Voy. sur ces divers points Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. 1, p. 13 et suiv.

(2) Voy. dans le premier sens le remarquable ouvrage de M. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. II, p. 427 et suiv. D'après le savant auteur, la féodalité serait née du compagnonnage germanique et aurait reposé sur des rapports de personne à personne semblables à ceux que ces compagnonnages supposaient au temps de Tacite. C'est plus tard seulement que la terre aurait joué un certain rôle et encore au début le fief aurait-il constitué une tenure tout à fait infime.

(3) C'est ce que M. Flach a fait le premier avec une grande érudition.

on y retrouve parfois une vivante image du régime familial de l'époque germanique, avec le compagnonnage, ses divers degrés, son chef protecteur, l'adoption par les armes, la fraternité par le sang, la solidarité entre les divers membres, la rupture du compagnonnage par le défi, le droit et le devoir de vengeance. Mais dans quelle mesure ce tableau est-il l'expression exacte des institutions de droit public ou privé de l'époque? S'agit-il d'un état social réel confirmé par les textes juridiques, ou d'un état social idéal rêvé par le poète? Personne ne contestera que les poèmes peuvent parfois donner une idée exacte des mœurs, de certaines pratiques fondées sur l'honneur ou sur de vieilles traditions; mais est-il permis d'en conclure que ces pratiques formaient la base ou tout au moins un élément de l'état social? Ne pouvait-il pas arriver, au contraire, qu'elles fussent en contradiction avec les institutions? Les chansons de geste parlent du droit de vengeance qui avait pourtant été interdit par les capitulaires. A une époque de troubles comme celle du moyen âge, il était fréquent de conserver dans les mœurs une institution condamnée par les lois. Comment expliquer autrement ces pratiques païennes qui persistèrent au travers des siècles, malgré les efforts incessants que fit l'Eglise pour les déraciner (1)? Lorsqu'on veut savoir si une pratique quelconque appartient aux institutions sociales d'un pays et d'un certain temps, il faut rechercher si elle est garantie par les moyens de justice et autres qui ont été imaginés dans ce pays et à cette époque pour protéger les divers droits. En admettant que le compagnonnage se soit maintenu au début du moyen âge à raison même du besoin de sécurité qu'éprouvaient les hommes de toutes les conditions sociales, il semble bien qu'il n'ait pas été garanti autrement que par les usages de

(1) La vendetta n'existe-t-elle pas encore de nos jours? Le mariage sous forme d'enlèvement ne s'est-il pas maintenu jusque dans ces dernières années parmi les Slaves méridionaux? Le contrat par la paumée, par le denier à Dieu, le défi, le duel, n'existent-ils pas dans nos mœurs, bien qu'ils ne soient plus dans les lois?

l'honneur. Sous ce rapport il offre plus de ressemblance avec la chevalerie d'honneur qui naquit plus tard et qu'il faut se garder de confondre avec celle qui était attachée à un certain fief. Cet ancien compagnonnage n'apparaît à titre d'insitution juridique, qu'autant qu'il y a en même temps communauté de tout ou partie des biens. Mais cette communauté n'existe pas de plein droit et elle doit, au contraire, être formellement stipulée. N'est-ce pas alors la terre qui devient la base de l'acte juridique (1)?

Ce qui est certain, c'est que dans la partie du moyen âge à laquelle se rapportent des textes précis, nous ne retrouvons plus que des traces tout à fait fugitives de ces vieilles mœurs : l'adoption par les armes ou autrement a complètement disparu et la mesnie, une des formes de l'ancien compagnonnage, n'offre plus qu'un sens vague dépourvu de tout effet juridique. Il ne reste rien non plus de l'adoption romaine et c'est en vain que le *Livre de justice et de plet* s'efforcera, dans la suite, de l'accommoder aux coutumes (2). Certaines pratiques tiennent sans doute lieu d'adoption, mais sans être organisées par la loi ou par la coutume, et le droit canonique les reconnaît si peu, qu'il n'y voit pas une cause d'empêchement de mariage, tandis que l'adoption romaine produisait cet effet (3). On ne pouvait même pas par testament attribuer à un étranger la qualité de fils aux dépens de la famille et, par exemple, priver les parents de la réserve des quatre quints (4).

Nous avons vu à l'époque franque la recommandation sous les formes les plus diverses, le *vassaticum* et la *trustis*. Les textes du moyen âge parlent plus volontiers de la mes-

(1) Voy. les textes cités par M. Flach, *op. cit.*, t. II, p. 472.

(2) Voy. ce que dit le *Livre de justice et de plet*, p. 59. L'auteur se borne à copier des textes de droit romain qui ne recevront jamais d'application.

(3) Panormitanus, sur le canon 1, X, *De cognatione legali*, n° 3 : « Pone quod citra solemnitatem legalem aliquis coram vicinis seu honestis viris recipiat aliquem in filium. Numquid ex ista adoptione impediatur matrimonium, prout hic dicitur et numquid iste filius acquirat jura filii legitime adoptati? (Hostiensis) tenet quod non; quod bene notabis, quoniam non servata forma corrumpit ex toto iste actus. »

(4) Voy. ce que dit à cet égard le *Livre de justice et de plet*, *op. et loc. cit.*

nie, mais sans en donner une notion bien précise. Était-ce vraiment une institution juridique, la mesnie ressemblait-elle au comitat germanique, comportait-elle des degrés, comprenait-elle les membres de la famille naturelle, les proches vassaux, les alliés, créait-elle les droits et les devoirs résultant de l'hommage et en dehors de toute concession de terre, notamment le service de guerre et celui de conseil? (1). La mesnie ne nous semble pas sérieusement organisée, pas plus que le *mithium* sous la période précédente. Qu'était-ce que ce *mithium*? On ne l'a jamais su bien nettement. Il semble que le *mithium* a formé une sorte de pouvoir de police et de protection à la fois. Le *vir illuster* l'exerçait sur tous ceux qui étaient, à un titre quelconque, placés sous son autorité, sur les membres de sa famille, sur ses vassaux, sur les clients, notamment sur ses *gasindi* ou hommes de son entourage, sur les *sperantes*, sortes de clients surnuméraires, auxquels le seigneur n'avait pas encore confié une fonction judiciaire ou administrative; enfin sur tous les hommes libres qui vivaient sur ses terres (2).

La mesnie du moyen âge comprend aussi tous ceux qui sont placés sous la dépendance d'un seigneur, à un titre quelconque, autre que le servage (3). Ce terme est même pris dans un sens encore plus large et, à vrai dire, tout homme libre a sa mesnie, composée des personnes qui lui doivent l'obéissance pour une cause quelconque. S'agit-il d'un grand seigneur, ses fidèles, ses clients, ses serviteurs formeront sa

(1) Voy. sur tous ces points Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. II, p. 455 et suiv.

(2) Cpr. Marculfe, liv. I, formules 23 et 24, Zeumer, p. 58; Capit. de 829, cap. 6, Borétius, t. II, p. 19. Cpr. Pertz, *Leges*, t. I, p. 354. Voy. en sens divers sur cette question Waitz, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 3<sup>e</sup> éd., t. II p. 426, et les nombreux ouvrages qu'il cite. Brunner, *Mithio und sperantes* dans les *Juristische Abhandlungen, Festgabe für Georg Beseler*, Berlin, 1885. Platon, *Le droit de propriété dans la société franque et en Germanie*. dans la *Revue d'économie politique*, t. I, p. 365 et 553; t. II, p. 157 et 387. Voy. en particulier la p. 161.

(3) Dans les *Assises de Jérusalem* (éd. Beugnot, t. II, p. 373), la *maihne* comprend les membres de la famille et les serviteurs, mais non les vilains c'est-à-dire les serfs cultivateurs.

mesnie (1). S'agit-il d'un magistrat, on y mettra ceux qui relèvent de son autorité (2); chaque bourgeois a la mesnie, celle de l'aubergiste comprend notamment ses gens de service et il est responsable de leurs faits et gestes (3). Si l'on veut protéger une personne, on la fera entrer dans la mesnie. C'est sous cette forme qu'on pourra adopter un orphelin (4).

En définitive la mesnie implique à la fois un certain droit de police et un devoir de protection; ce pouvoir existe au profit de tout homme libre, seigneur ou bourgeois, fonctionnaire ou marchand, qui exerce sur d'autres une autorité quelconque, politique, féodale, administrative, judiciaire, familiale; ceux qui sont soumis à cette autorité forment la mesnie et on donne parfois le même nom à l'habitation de celui qui jouit de cette autorité (5).

Mais quels étaient les effets juridiques de la mesnie? Ils se ramenaient précisément à ce pouvoir de police domestique et à une certaine responsabilité mal définie. Il s'agissait là de rapports assez analogues à ceux qui existent de nos jours entre les chefs administratifs ou judiciaires et leurs subordonnés, entre les patrons et les ouvriers, les maîtres et leurs domestiques. Mais la mesnie n'était pas, à vrai dire, une institution juridique ayant sa place nécessaire dans l'organisation sociale.

(1) Voy. La Curne de Sainte Palaye, v° *Mesnie* et les textes qui y sont cités, t. VII, p. 356; Du Cange, v° *Maesnada*, t. V, p. 188.

(2) Ainsi les prévôts et sergents du bailli sont de sa mesnie, de même que les gens de son hôtel; le bailli prête serment de ne recevoir aucune libéralité et de n'en pas laisser faire à sa femme, à ses enfants, à ses frères et sœurs, à ses neveux et nièces, à ses conseillers, à sa mesnie; les prévôts, vicomtes et maires des villes ont aussi leur mesnie et prêtent le même serment. Voy. Du Cange, *op. et loc. cit.*; Beaumanoir, chap. 1, n° 8, t. I, p. 23; *Livre de justice et de plet*, p. 337 et 338 et le glossaire de cet ouvrage, p. 399.

(3) De Fontaines, *Conseil*, chap. 20, n°s 5 et 11, p. 214 et 217. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 59, p. 374. — Dans la charte d'Auxonne de 1229, il est dit que chaque mesnie de la ville devra cinq sous au seigneur. Voy. Du Cange, v° *Maesnada*, t. V, p. 188. — « Tous li esquevins jureront aussi en chapitre de Saint-Lambert des forfaits qui li borgeois ou li mesniers di borgeois seront envers les mesniers des canoines. » *Ibid.*

(4) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 61.

(5) A l'époque franque le mot *mithium* désignait aussi ce pouvoir de police et de protection et parfois le territoire sur lequel ce pouvoir s'exerçait.

## § 2. — DU MARIAGE (1).

De très bonne heure la religion chrétienne s'attacha à régler le mariage et surtout à le moraliser. Déjà les premiers chrétiens avaient fondé sur la coutume un mariage religieux qui était à leurs yeux bien plus pur que celui de la loi romaine. De leur côté, les pères de l'Église formulèrent des préceptes qui devinrent les premières règles du droit canonique et l'Église n'ayant pas la puissance entre ses mains, s'attacha du moins à les faire accepter par le pouvoir séculier. Les empereurs chrétiens édictèrent alors des dispositions contre le divorce et essayèrent de faire disparaître le concubinat ; saint Ambroise obtint de l'empereur Théodose le Grand que la parenté au degré de cousin germain, fût considérée comme un empêchement de mariage. Mais tant que dura l'Empire romain, l'Église dut s'en tenir à ce rôle secondaire.

Sous les Mérovingiens et les Carolingiens, par l'effet même des désordres du temps et de l'affaiblissement de la notion de l'État, l'Église parvint à exercer une influence plus directe. Un décret de Childebert créa des empêchements fondés sur la parenté ; sous les Carolingiens, les peines se multiplièrent contre le rapt, l'inceste, l'adultère, et certains capitulaires se prononcèrent même contre le divorce ; mais le mariage n'en restait pas moins un acte civil et les princes eux-mêmes pratiquaient largement le divorce, parfois même la polygamie (2). Souvent ces capitulaires étaient rendus après la tenue des conciles et s'approprièrent leurs décisions. Alors aussi appa-

(1) Dans cette étude sur le mariage, on s'est attaché à ne relever que les textes des coutumes ou des jurisconsultes séculiers, en négligeant avec intention ceux du droit canonique, afin de mieux montrer dans quelle mesure ces coutumes ou ces jurisconsultes avaient subi l'influence de l'Église et dans quelle mesure ils avaient conservé d'anciens usages. Pour le mariage en droit canonique, nous nous bornons à renvoyer à ce que nous en avons dit dans notre ouvrage sur *Le mariage civil et le divorce*, et à la savante étude qu'a publiée M. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, Paris, 1891, 2 vol. in-8.

(2) Nous renvoyons sur ces divers points à Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 45 et 314 ; Vétault, *Charlemagne*, p. 161 ; Gautier, *La Chevalerie*, p. 58, 155, 158, 160 et 161.

rait la juridiction ecclésiastique, mais elle n'exclut pas à l'origine la juridiction laïque, qui continue à prononcer des peines contre le rapt, l'inceste et l'adultère.

C'est surtout sous les premiers Capétiens, en plein moyen âge, aux <sup>x<sup>e</sup></sup> et <sup>xii<sup>e</sup></sup> siècles, que l'Église devint maîtresse exclusive du mariage. Elle fit comprendre par de mémorables exemples qu'elle entendait assurer le respect de ses lois : le roi Robert II ayant épousé Berthe, veuve d'Eudes I<sup>er</sup>, comte de Blois, dont il avait tenu un des enfants sur les fonts baptismaux, le pape Grégoire V lui intima l'ordre de rompre cette union à cause de la parenté spirituelle résultant du baptême, et sur son refus le pape l'excommunia et mit tout le royaume en interdit. L'Église étendit son action même sur les effets purement civils et en arriva à réglementer les conventions matrimoniales relatives aux biens : ainsi le douaire a été sinon créé du moins organisé par l'Église. Plusieurs causes expliquent cette importante conquête : la forte organisation hiérarchique de l'Église, son unité, son caractère universel, les lumières de ses membres, la désorganisation sociale et la confusion de l'époque. Aux <sup>x<sup>e</sup></sup> et <sup>xii<sup>e</sup></sup> siècles, les décisions des conciles et des papes se multiplient et les justices d'Église connaissent seules des difficultés relatives au mariage. Bientôt ces juridictions se trouvent tellement surchargées d'affaires que les évêques sont obligés de déléguer leur autorité judiciaire à un tribunal nouveau, celui de l'official. Grâce à ces circonstances, l'Église, par ses décisions législatives ou judiciaires, réglemente seule le mariage. On en arrive à confondre le contrat civil et le sacrement. A vrai dire on ne soulève même pas la question de savoir de quels éléments se compose le mariage. L'Église avait, dès les premiers temps, proclamé que le mariage est un sacrement ; elle avait sans cesse propagé cette doctrine et lorsqu'elle put faire acte de souverain au moyen âge, elle fit accepter sans peine cette doctrine, car elle était très populaire. Il y avait aussi de grands avantages à ne voir dans le mariage qu'un sacrement, à une époque où tous professaient la même religion. Le pouvoir

royal était trop faible pour légiférer; les grands vassaux et autres seigneurs ne voyaient aucun inconvénient à accepter la doctrine de l'Église et d'ailleurs ils ne songeaient même pas à s'occuper du mariage; enfin la masse du peuple s'inclinait devant la parole de l'Église, et, considérant le mariage comme un sacrement, elle trouvait très naturel qu'il relevât exclusivement de l'Église.

Les coutumiers du moyen âge n'élèvent aucune réclamation au nom du pouvoir civil, ils reconnaissent volontiers qu'il appartient à l'Église de déterminer les conditions du mariage et ils ne réclament, pour le pouvoir civil, que le droit d'en régler les effets pécuniaires (1). C'est seulement au commencement des temps modernes, au xvi<sup>e</sup> siècle, que l'État a commencé à élever certaines prétentions. Plus tard est née, entre les canonistes et les jurisconsultes, la question du contrat de mariage distinct du sacrement, mais au moyen âge cette question n'existait pas et ne pouvait pas exister. C'est en vain qu'on en chercherait la trace dans les coutumiers du temps. La loi de l'Église était celle de tous les peuples chrétiens et il en résulta pour eux un immense bienfait, car l'unité de législation est toujours préférable à la diversité, du moins pour le mariage qui est la base de la famille.

L'Église rendit un plus grand service encore à la société : elle moralisa l'union conjugale, protégea la faiblesse de la femme et consolida les bases de la famille en veillant sans cesse à ce qu'aucune confusion ne s'établît entre le concubinage et l'union légitime. Sans doute l'Église proclame, elle aussi, que le mariage se forme par le seul échange des consentements des époux (2); ceux-ci s'administrent à eux-mêmes le sacrement par leur assentiment réciproque. Les anciens rituels de l'Église ne connaissent pas la formule usitée en France à une certaine époque et récemment supprimée : *ego vos in matrimonium conjungo*. Toute la force du

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 11, nos 3 et 24, t. I, p. 158 et 167; chap. 18 *passim*, t. I, p. 278; chap. 57, *passim*, t. II, p. 329.

(2) Voy. par exemple *Livre de justice et de plet*, p. 178.

sacrement du mariage résulte de l'engagement réciproque des conjoints : *ego te in meam accipio; ego te in meum accipio*. Mais en tout temps l'Eglise a redouté les mariages clandestins : elle craint que leur preuve ne devienne difficile dans la suite, ou qu'un concubinage ne puisse passer pour un mariage. Aussi veut-elle que l'union conjugale se contracte au grand jour, *in facie Ecclesie*. Elle exige la publication préalable de plusieurs bans, ordinairement de trois, à l'office du dimanche; puis au jour convenu, en présence de deux témoins, le plus souvent en présence des familles et des amis, le curé de la paroisse constate l'échange des consentements, mais il ne fait pas le mariage; il joue bien plutôt, lui aussi, le rôle d'un témoin solennel. Aubry de Bourgogne voulait épouser la reine Guibourg *à la clere fachon*. « Dame, dit l'ermite, voulez-vous le Bourguignon pour mari? » — « Oui, beau sire, car il m'est bel et bon. » Le saint homme interpelle ensuite Aubry : « Voulez-vous Guibourg pour femme avec le royaume qu'elle vous apporte? » — « Oui, par saint Fagon, répond Aubry; il y a assez longtemps que je désire ce présent (1). »

Rien n'était plus touchant et plus solennel à la fois que les cérémonies à l'Eglise. Il était absolument interdit de se marier dans les chapelles et oratoires privés; le droit canonique voulait la publicité de l'église paroissiale (2). C'était donc à l'église que se rendait le brillant cortège. Les futurs époux étaient précédés de jongleurs et de musiciens, suivis de leurs parents et amis, tous à cheval ou sur des mules, même les futurs époux, s'ils étaient nobles ou riches bourgeois. Le mariage se contractait sous le porche de l'église; là étaient échangés les consentements; c'est plus tard seulement et après d'autres cérémonies encore que le cortège

(1) Auberi, édition Tobler, p. 157, cité par Gautier, *La Chevalerie*, p. 354, où l'on trouvera encore d'autres curieux exemples d'échanges ou de refus de consentements.

(2) Voy. sur ces anciennes formes du mariage religieux, Martène, *De antiquis Ecclesie ritibus*. Gautier. *op. cit.*, p. 420 à 431, décrit longuement et d'une manière pittoresque, le cérémonial d'un mariage au moyen âge.

pénétrait dans l'édifice pour assister à la bénédiction nuptiale. On donnait ensuite lecture sous le porche de ce que nous appellerions aujourd'hui le contrat de mariage, de la constitution de dot dans les pays de droit écrit, du douaire dans les pays de coutume. Aussi parlait-on souvent du douaire *ante ostium ecclesie*. L'Eglise attachait une importance considérable à ces libéralités qui assuraient l'indépendance de la femme et l'avenir de la famille.

Ces conventions définitivement arrêtées, la jeune fille était alors remise par ses parents, ou à défaut de parents, par des amis de la famille, à son mari qui lui prenait la main droite (1). C'était un vieux souvenir de la tradition de la femme à son mari. Déjà, au moment où il avait constitué le douaire, l'époux avait remis à l'épouse trois deniers neufs en souvenir de l'ancienne forme franque, du mariage *per solidum et denarium*, et l'Eglise avait rendu cette coutume chrétienne en l'adoptant (2). Voici enfin le moment où le prêtre asperge l'anneau nuptial et encense les époux; les portes de l'église s'ouvrent et le cortège pénètre dans la nef pour assister à la bénédiction nuptiale, imposante solennité, nouvelle marque du respect dont l'Eglise entoure le mariage, mais absolument inutile à sa formation qui est parfaite depuis le moment où les consentements ont été échangés sous le porche. Plus tard, vers le soir, le prêtre bénira le lit nuptial pour attirer sur la nouvelle famille qui se fonde, la protection et la garde de Dieu (3).

De tout temps, le mariage put être précédé de fiançailles. L'Eglise les avait empruntées au droit romain et seule elle les régla pendant tout le moyen âge. D'ailleurs ces fian-

(1) La main de la jeune fille était nue; celle d'une veuve aurait été *tecta*. Tous ces détails sont empruntés à Martène, *De antiquis Ecclesie ritibus*, où l'on trouvera encore beaucoup d'autres renseignements curieux.

(2) On se rappelle que Clovis avait épousé Clotilde dans la forme franque du sou et du denier. Voy. Junghans, *Histoire critique des règnes de Childéric et de Chlodoweck*, p. 147. On prétend que nos pièces de mariage remontent, elles aussi, à cet ancien usage.

(3) Voy. à cet égard Gautier, *op. cit.*, p. 441 et suiv.

çailles étaient purement facultatives; elles ne devinrent obligatoires qu'à partir du concile de Trente. On disait parfois que les fiançailles étaient un mariage *de futuro*; elles se formaient en effet par le seul échange des consentements, comme le mariage; mais au lieu de se prendre dès maintenant comme époux, on s'engageait à le faire au bout d'un certain temps. L'Eglise interdisait les fiançailles sous forme de promesse de se prendre actuellement comme conjoint, car alors il y aurait eu en effet mariage immédiat; en d'autres termes, elle défendait pour les fiançailles les *verba de præsentis* et n'autorisait que les *verba de futuro* : *An Martine promittis per juramentum quod duces Bertam in uxorem si sancta Ecclesia consentiat. Et vice versa* (1).

Sans exiger l'intervention du prêtre, l'Eglise la recommandait. Mais c'est seulement au xvi<sup>e</sup> siècle qu'elle se montra plus rigoureuse pour les cérémonies religieuses qui devaient accompagner les fiançailles. Yves de Chartres n'admettait pas que les fiançailles fussent valables si elles n'étaient pas jurées (2). Cette doctrine était fondée à la fois sur la Nouvelle 14, chap. 5, de Justinien, connue en Occident par l'*Epitome* de Julien, sur l'usage général de confirmer les contrats par des serments et enfin sur de vieilles pratiques populaires (3). Mais dans la suite, tout en conservant le serment, on ne l'exigea plus à peine de nullité (4). En général les fiancés se donnaient des arrhes et se faisaient certains présents. D'ailleurs ce contrat ne constituait qu'un droit et un devoir réciproques à un mariage futur; il obligeait en outre chaque fiancé au devoir de fidélité, sous peine d'infamie et de pénitence. Les fiançailles pouvaient être résiliées; mais celui qui les rom-

(1) Bibliothèque nationale, lat. 16481, n° 128.

(2) Voy. son *Epistola* 161.

(3) Voy. *Artses de Jérusalem, Cour des Bourgeois*, chap. 162, t. II, p. 112. — *Registre criminel du Châtelet de Paris*, t. I, p. 151, 205 et 381. — Cpr. Esmein, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 37 et 106.

(4) Parfois aussi un père promettait sous serment à un jeune homme, de lui donner sa fille, et celui-ci de son côté faisait serment de la prendre comme épouse, mais ce n'était plus là des fiançailles; il s'agissait d'un simple contrat civil consacré par les mœurs. Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 389.

paît sans juste motif encourait des peines spirituelles et perdait les arrhes (1).

On pouvait être fiancé à partir de l'âge de sept ans. Mais les textes de l'époque prouvent qu'on se fiançait et même qu'on se mariait souvent avant d'avoir atteint l'âge légal (2). Fort souvent aussi les pères ou même les familles de deux jeunes enfants, promettaient par foi jurée de les unir dans la suite (3) et ajoutaient une clause pénale à leurs engagements. Tout naturellement cette clause pénale était encourue par la famille qui plus tard ne remplissait pas sa promesse. Mais ces engagements entre parents ou familles ne doivent pas être confondus avec les fiançailles (4).

Lorsque les fiançailles avaient été suivies de relations intimes, on considérait ce fait comme équivalant à mariage. C'était la seule explication morale qu'on en pût donner.

Aux *sponsalia de futuro*, on opposait les *sponsalia de presenti*, c'est-à-dire le mariage par le seul échange des consentements et où l'on déclarait se prendre comme époux et épouse. L'Église avait accepté et consacré ce système du mariage par le seul échange des consentements. Les coutumiers du moyen âge le proclament avec elle et aussi avec le droit romain (5). L'Église avait compris qu'il fallait rendre le mariage facile; c'était la meilleure manière de prévenir les unions illicites. Mais cependant elle voyait avec défiance les

(1) Le *Livre de justice et de plet*, dit formellement qu'on peut abandonner sa fiancée pour en prendre une autre, p. 190. Voy. encore p. 178, 179 et 183.

(2) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 186 et 188. Cpr. Gautier, *La Chevalerie*, p. 351 et 385.

(3) Parfois encore la promesse était échangée entre le père de la jeune fille et le futur mari; mais la jeune fille n'intervenait pas. C'est du moins ce que l'on voit dans certains poèmes du moyen âge. Cpr. Gautier, *La Chevalerie*, p. 389, note 3.

(4) Voy. à cet égard Beaumanoir, chap. 34, n° 62, t. II, p. 36. — Coutume de Touraine-Anjou, § 117. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 121. — Cpr. Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 146, texte et note.

(5) Voy. par exemple le *Livre de justice et de plet*, p. 181, 183 et 185. Les parties de cet ouvrage consacrées au mariage et aux fiançailles sont fort utiles à consulter : on y voit très nettement comment le droit canonique était parvenu à régler le mariage et à combiner ses dispositions avec celles du droit romain.

mariages faits sans sa participation, à cause des dangers qu'ils présentaient, surtout s'ils avaient lieu secrètement. A défaut de toute publicité, il était difficile de distinguer le mariage du concubinage et des concubins pouvaient se dire mariés; de là des doutes très sérieux sur la légitimité des enfants. Aussi l'Église menaçait-elle de peines canoniques ceux qui contractaient des mariages clandestins (1); elle laissait entrevoir que leurs enfants pourraient être considérés comme bâtards.

Dès le commencement du XIII<sup>e</sup> siècle, l'Église gallicane introduisit l'usage de la publication des bans, et le quatrième concile de Latran en fit, en 1215, une loi générale de l'Église. Mais on se garda de décider que les bans seraient prescrits à peine de nullité, et avant le concile de Trente l'Église se refusait à prononcer la nullité du mariage pour cause de clandestinité (2). Les cérémonies religieuses du mariage en facilitaient la preuve, mais on pouvait les supprimer (3). Aussi dans certaines contrées, par exemple en Normandie, l'usage se conserva de contracter les fiançailles et le mariage, sans appeler un prêtre, sans même dresser un écrit et simplement en présence de parents ou d'amis (4). A Paris même, on se mariait devant un notaire qui dressait acte des paroles de présent et ce fut en vain que le doyen et le chapitre de Paris protestèrent et demandèrent qu'on défendit aux notaires de recevoir ces mariages (5).

(1) Voy. sur ce point Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. 1, p. 182.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 189. — En Orient, la Nouvelle 89 de l'empereur Léon le Philosophe, avait, dès le IX<sup>e</sup> siècle, imposé la célébration religieuse comme une condition de la validité du mariage.

(3) Voy. l'exposé de la doctrine d'Hincmar sur cette question, dans Esmein, *op. cit.*, t. 1, p. 108. — Cpr. Gautier, *La Chevalerie*, p. 353 et suiv.

(4) Voy. Basnage, sur l'art. 447 de la coutume de Paris et une lettre de d'Aguesseau au Parlement de Rouen, lettre n<sup>o</sup> 293 du tome IX de l'édition Pardessus.

(5) Voy. *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n<sup>o</sup> 37, p. 16. C'est en cette forme, devant notaire, qu'on continua à célébrer le mariage dans les comédies, les lois du temps interdisant de mettre en scène les membres du clergé. Il va sans dire qu'il faut se garder de confondre ces mariages avec les unions morganatiques et aussi avec ce que De Fontaines

D'ailleurs l'Église, tout en proclamant le principe du mariage par le seul échange des consentements, attache cependant, par des raisons tirées de l'Évangile et aussi sous l'influence des mœurs populaires, une importance considérable à la *copula carnalis* : c'est elle seule qui rend le mariage indissoluble et si elle a lieu immédiatement après les fiançailles, elle les convertit en mariage (1).

Les conditions du mariage étaient réglées par le droit canonique seul. Celui-ci s'était le plus souvent inspiré de la loi romaine ou de l'ancien testament. Il s'était toutefois aussi permis des innovations, notamment en ce qui concerne l'empêchement résultant de la parenté.

L'âge légal du mariage était quatorze ou douze ans, suivant le sexe (2). Toutefois certains jurisconsultes, peut-être sous l'influence du droit romain, voulaient qu'on s'en rapportât à l'*habitus corporis*; telle était notamment l'opinion de Beaumanoir. Le *Livre de justice et de plet* admet la validité du mariage contracté avant l'âge légal si d'ailleurs l'homme était pubère et en faisait la preuve par son serment (3). En fait on se mariait trop souvent avant l'âge légal. Ces dispositions du droit canonique n'étaient pas rigoureusement observées (4). C'étaient surtout les nobles qui, pour régler à l'avance la transmission des fiefs, ne tenaient aucun compte des protestations de l'Église (5). Les unions ainsi contractées avant l'âge légal étaient sans aucun doute entachées de nullité; mais on n'avait pas d'intérêt à les faire valoir,

appelle le mariage à *mortgage*. Voy. *Conseil*, chap. 15, n° 14, p. 115 et Laurière, v° *Mariage à mortgage*.

(1) Canon 4 et 30, X, *De sponsalibus*, IV, 11. Cpr. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 83, 97, 109, 142.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 186. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 910 et 928, p. 264 et 273.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 186 et 187.

(4) Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 351. — Chénon, *Histoire de Sainte Sève*, p. 172.

(5) Voy. par exemple Aiol, vers 1704 à 1715. Voy. comment un mariage pouvait amener la consolidation de certains fiefs, dans les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. I, E, n° 138, p. 462 et t. III, I, n° 170, p. 312.

bien au contraire. La nullité ne pouvait être invoquée que par l'époux qui n'avait pas l'âge légal au moment où il s'était marié et il ne pouvait demander cette nullité qu'autant qu'il était arrivé à cet âge; encore à ce moment était-il déchu de ce droit s'il consentait à mener la vie en commun ou si déjà auparavant, il avait consommé le mariage (1).

Le mariage aurait encore été nul pour vice du consentement par suite d'erreur ou de violence (2). L'Église voulait un consentement libre aussi bien de la part de la fille que de la part de l'homme (3). Le *Livre de justice et de plet* décide même que, dans le cas où la violence aurait été exclusive de tout consentement, le mariage ne serait pas annulable, mais inexistant (4). L'Église tenait essentiellement à cette liberté du consentement des époux, fort utile surtout pour protéger les filles contre les violences si fréquentes pendant tout le moyen âge et même encore au xv<sup>e</sup> siècle (5).

Sans doute les négociations antérieures au mariage se passaient autrefois comme aujourd'hui en dehors de la fille; sans doute on disait alors comme maintenant, que *le père la donnait en mariage* (6). De nos jours, dans certains pays, la femme est censée ne pas consentir et on simule une sorte de violence ou de rapt; mais ce sont là des artifices de langage ou des simulacres destinés à rendre hommage à la pudeur des femmes. Il n'en est pas moins vrai qu'au moyen âge devant l'Église, comme aujourd'hui devant l'officier de l'état civil, la jeune fille devait consentir formellement et librement à l'union projetée (7). Celui des époux dont le consentement aurait été vicié, aurait pu demander la nullité du

(1) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 182 et 187. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 910, p. 264.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 179; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 135, t. I, p. 149; C, n° 123, t. I, p. 333; F, n° 725, t. II, p. 263.

(3) Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 354 et suiv.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 181.

(5) Voy. un exemple dans Chénon, *Histoire de Sainte Sévère*, p. 118.

(6) Voy. par exemple *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 63 et 119.

(7) Voy. les nombreux exemples rapportés par Gautier, *La Chevalerie*, p. 354 et suiv. et qu'il a extraits des chroniques ou des poèmes du moyen âge.

mariage, mais cette nullité aurait été couverte par la continuation volontaire de la vie commune (1). La nécessité du consentement empêchait les aliénés de contracter valablement mariage (2). Toutefois lorsqu'une fille avait été ravie, l'auteur du rapt était tenu de l'épouser s'il voulait éviter toute poursuite et il est fort possible que dans ce cas son consentement n'ait pas toujours été absolument libre. Mais il devait s'en prendre à lui-même de la situation où il s'était placé (3).

L'erreur était aussi une cause de nullité du mariage; elle devait être telle que le mariage n'aurait pas été contracté si la vérité avait été connue. Celui qui épousait une serve la croyant libre, pouvait demander la nullité du mariage; mais si, après avoir connu la vérité, il avait cohabité avec sa femme, on le considérait comme ayant renoncé à faire valoir la nullité et le mariage devenait valable (4).

Le droit canonique n'exigeait pas, pour la validité du mariage, le consentement des parents; il déclarait même valable le mariage contracté par un serf ou par une serve, sans l'assentiment de son seigneur (5). L'Église a toujours estimé que ces consentements d'autrui sont des obstacles à la liberté du mariage, qu'on doit favoriser pour rendre les concubinages plus rares. D'ailleurs, du moment qu'il s'agit de recevoir un sacrement, c'est-à-dire d'accomplir un acte religieux essentiellement personnel, l'intervention des parents ne peut s'expliquer; il sera sage de suivre leurs conseils, mais on ne

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 185. Il est aussi dit dans ce passage que le père ne peut pas marier son fils sans son consentement; mais il est évident que les violences étaient bien plutôt à redouter vis-à-vis des filles. Voy. sur ce dernier point, *Livre de justice et de plet*, p. 188.

(2) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 183.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 201. D'après les anciens usages de Barcelone (art. 108), le coupable de viol devait épouser sa victime ou lui donner un mari digne de sa condition.

(4) Voy. sur ces différents points le *Livre de justice et de plet*, qui se borne d'ailleurs, le plus souvent, à reproduire les décisions des papes.

(5) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 197. A plus forte raison le serviteur libre peut-il se marier sans le consentement de son maître. Toutefois un vieux coutumier d'Anjou nous dit : « Servant qui se marie durant son service ne peut aller servir à autres. Mais il peut tenir mesnaige de soy. » *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 459, t. IV, p. 342.

saurait être contraint de se soumettre à leur volonté (1). C'est seulement dans quelques provinces que, par tradition de très anciens usages et contrairement à l'esprit du droit canonique, certaines coutumes exigeaient le consentement de diverses personnes. D'après les *fors et costumaz deu royaume de Navarra*, le père et la mère, ou le survivant des deux, le grand-père et la grand-mère, ou le survivant, sont les chefs de la famille, et les fils et les filles ne peuvent se marier sans leur consentement, sous peine d'exhérédation. Toutefois les parents ne sauraient contraindre leurs enfants à se marier contre leur volonté; il y a en outre pour eux un impérieux devoir de contribuer à leur établissement. Enfin une fois le fils parvenu à l'âge de vingt-cinq ans, la fille à l'âge de vingt ans, le consentement des parents reste encore nécessaire; mais s'il est refusé ou différé, le mariage contracté malgré cet obstacle n'est plus une cause d'exhérédation (2).

Il existait dans le Béarn une autre particularité beaucoup moins connue : le père veuf ne pouvait pas, d'après l'art. 270 des *fors de Béarn*, épouser une seconde femme sans le consentement de ses enfants du premier lit. Il s'agit là de coutumes qui se perdent dans la nuit des temps. Mais l'usage d'exiger le consentement des parents était beaucoup plus répandu. Plusieurs anciennes lois scandinaves punissaient de la perte de ses droits successoraux la fille noble qui se mariait sans l'assentiment de sa famille (3). Ne faut-il pas voir aussi la trace d'une vieille coutume germanique dans la disposition des *Établissements de Saint Louis* qui oblige la fille

(1) Cette doctrine est restée celle de l'Eglise, même depuis le concile de Trente. Gratien n'avait enseigné l'opinion contraire et exigé le consentement des parents que sous l'influence du droit romain et d'idées populaires. Voy. Gratien, *Causa XXXI*, quæst. 2 et 3.

(2) *Fors et costumaz deu royaume de Navarra*, Pau, in-12, 1722, Rubrique XXIV, p. 74. Cpr. coutume de Labourd, tit. XII, art. 14. Voy. Richebourg, t. IV, p. 974. On aura remarqué que le défaut de consentement des parents n'entraîne pas nullité du mariage, mais autorise seulement l'exhérédation.

(3) Loi de Valdemar, *Gydske lov*, liv., 1<sup>er</sup>, chap. XXXIII, édit. Kolderup-Rosenvinge, 1837, p. 70. Toutefois la rigueur de cet article est mitigée par l'art. 8 du liv. 1<sup>er</sup> (*ibid.*, p. 28). Voy. Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 144, note 6.

orpheline placée sous la tutelle de sa mère, à demander, avant de se marier, l'avis de ses parents paternels (1)?

Les principes du droit féodal ont aussi singulièrement contrarié les dispositions du droit canonique relatives à la liberté du mariage.

La vassale ne pouvait pas se marier sans le consentement de son seigneur, mais de bonne heure ou dans la suite, selon les localités, cette condition fut remplacée par l'obligation de payer une certaine somme (2). Ce droit du seigneur de consentir au mariage de la fille titulaire d'un fief se justifie sans peine si l'on se rappelle que le mari de chaque vassale était appelé à rendre au seigneur les services attachés au fief; il fallait donc qu'il fût dévoué et non hostile au seigneur. Aussi ce droit de mariage se retrouve dans tous les pays de droit féodal (3). Il arrivait même parfois que le seigneur ou le roi

(1) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 67. On se rappelle que, d'après les mêmes *Etablissements*, liv. I, chap. 14, toute fille noble qui se déshonore encourt la perte de ses droits de succession.

(2) Du Cange, *Observations sur les Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 61, dans son *Histoire de Saint Louis*, 3<sup>e</sup> partie, p. 76, éd. de Paris 1668. — Cpr. *Etablissements de Saint Louis*, chap. 67, p. 99 de l'éd. Viollot. Voy. pour plus de détails sur ce droit de mariage ce que j'ai dit dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 206.

(3) Voy. Glanville, lib. VII, cap. 12; Bracton, liv. II, chap. 37; *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33. — Quant au *jus primæ noctis* non plus sur les filles nobles, mais sur les vilaines, qui a donné lieu à tant de controverses, nous nous bornons à renvoyer à ce qui a été dit dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 207. Pour les textes, voy. encore *Recueil du Louvre*, t. II, p. 118, note. — Bouthors, *Coutumes locales du bailliage d'Amiens*, t. I, p. 484. — Léopold Delisle, *Etudes sur la condition de la classe agricole en Normandie au moyen âge* (Evreux, 1851), p. 63 et suiv. — Delpit, *Réponse... sur le droit du seigneur*, Paris, 1857. — Renaudon, *Traité historique et pratique des droits seigneuriaux*, Paris, 1765, p. 450. — Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 454 et suiv. — Voy. surtout Schmidt, *Jus primæ noctis*, Fribourg, 1881; Hanauer, *Coutumes matrimoniales au moyen âge*, Nancy, 1893, 1 broch. in-8, où l'on trouvera l'indication des dernières dissertations écrites sur cette question et le commentaire de la plupart des textes. D'après l'abbé Hanauer, dont le travail a aussi paru dans les *Mémoires de l'Académie de Stanislas*, année 1893, le coucher du seigneur et de sa sujette était une simple solennité, une sorte de mariage civil, destiné à fixer publiquement le jour où le mariage avait lieu, à cause des nombreux effets qui en résultaient pour les époux, leurs enfants et le seigneur lui-même. Cette solennité était d'ailleurs tout à fait décente; elle s'accomplissait en public et en présence des invités; le seigneur et la jeune mariée étaient revêtus de leurs

mariât directement sa vassale. Philippe Auguste unit Jeanne, comtesse de Flandre à Ferrand de Portugal. Les rois exerçaient volontiers ce privilège de marier leurs vassales et nos vieux poèmes et nos anciennes chroniques sont remplis de récits où il est fait allusion à ce droit (1). Le jurisconsulte Glanville (2) dit même que c'est à la fois un droit et un devoir pour le seigneur de marier sa vassale nubile. On retrouve aussi cette prérogative dans les *Assises de Jérusalem* : le seigneur a le droit d'obliger la fille héritière d'un fief à choisir parmi trois chevaliers qu'il lui présente, et si elle tarde à se décider, il peut saisir le fief jusqu'au jour où elle aura pris un mari. Mais c'est aussi un devoir pour le seigneur de marier cette vassale si elle est majeure; dans ce cas elle a la faculté de lui présenter trois barons entre lesquels le seigneur choisit et, s'il tarde à se prononcer pour conserver plus longtemps la garde du fief, elle peut se marier sans son consentement (3). Ce droit de mariage reconnu aux seigneurs

plus beaux vêtements. C'est sous cette forme que les textes les plus anciens nous parlent du coucher de la mariée. Ceux qui font allusion à des scandales sont d'une époque postérieure, et ont été plutôt inspirés par l'esprit de malice que par celui de vérité. Telle est, en résumé, l'explication de l'abbé Hanauer. Nous nous bornerons à une remarque : La cérémonie du coucher a existé en France, mais elle y a disparu beaucoup plus tôt qu'en Allemagne. Cette solennité était parfaitement décente et ce qui le prouve c'est qu'on y recourait aussi pour les fiançailles : « Ainsy comme ils étaient couchés ensemble en un licit de nuit... et fiancèrent de leurs mains par paroles, li uns l'autre et promistrent et jurèrent li uns à l'autre euls entre espouser. » *Registre criminel du Châtelet de Paris*, t. 1, p. 381. — Nous persistons donc à croire, comme nous l'avons dit dans *l'Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, que ce droit indécent connu sous le nom de *jus primæ noctis*, n'a jamais existé, sans nier d'ailleurs qu'il y ait eu des abus de cette nature de la part de certains seigneurs. Dans son *Traité théorique et pratique des droits seigneuriaux*, Renaudon affirme qu'il a vu des seigneurs qui prétendaient avoir ce droit. Voy. aussi Lenient, *La satire en France au moyen âge*, éd. de 1883, p. 347. Ce qui a certainement existé, c'est le droit pour le seigneur, à quelques redevances, le plus souvent sans importance, à l'occasion du mariage de la fille du mainmortable. Parfois même ce droit était assez bizarre et avait pour objet, par exemple, une bouteille de vin, un plat du repas de la noce, une place au diner pour le sergent du seigneur, etc.

(1) Raoul de Cambrai, éd. Le Glay, p. 3. *Enfances Godefroi*, vers 86 et suiv.; *Garins li Loherains*, II, p. 65.

(2) *Op. et loc. cit.*

(3) *Assises de Jérusalem*, Jean d'IBelin, chap. 171, éd. Beugnot, t. 1, p. 263 et suiv.

fut la source de nombreuses injustices et provoqua des plaintes amères, surtout en Angleterre; trop souvent le seigneur était porté à disposer de la fille comme du fief, sans se préoccuper du consentement de sa vassale; d'autres fois il évitait un mariage pour jouir plus longtemps du profit du fief (1). Toutefois ce droit du seigneur relatif au mariage de sa vassale est tombé d'assez bonne heure en désuétude en France (2) et il est fort possible que l'influence de l'Eglise ait contribué à son extinction.

En tout temps les jurisconsultes prétendirent que les fils de France étant en perpétuelle puissance du roi, ne peuvent pas contracter mariage sans son consentement, que cette règle concerne, non seulement les enfants de France, mais encore tous les autres princes du sang, et que les grands du royaume ont aussi besoin de ce consentement, tout au moins pour épouser des étrangères. Ces règles furent rappelées sous le règne de Louis XIII, à l'occasion du mariage de Gaston d'Orléans, qui avait épousé la sœur du duc de Lorraine sans le consentement du roi. Le clergé de France fut consulté sur la validité de ce mariage et se trouva fort embarrassé, surtout à cause des résistances de la cour de Rome. Le procureur général Molé était d'avis de saisir le Parlement par voie d'appel comme d'abus; mais le chancelier rappelait qu'en matière de mariage l'appel comme d'abus devait être nécessairement incident et que si on prenait cette voie, on soulèverait des difficultés avec la cour de Rome. Aussi préférerait-il l'action de rapt (3).

Si le droit canonique n'admettait pas que la validité d'un mariage pût être directement subordonnée au consentement d'autrui, cependant il permettait de contracter mariage

(1) Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans *l'Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 207.

(2) Mais au XVI<sup>e</sup> siècle, le roi émet de nouveau la prétention d'imposer certains mariages, sous la menace de lettres de cachet et plus d'un seigneur essaya aussi de faire des mariages forcés. Voy. ordonnance d'Orléans, art. 111 et ordonnance de Blois de 1579, art. 281.

(3) Voy. sur tous ces points de curieux détails dans les *Mémoires de Mathieu Molé*, t. II, p. 214 à 290.

sous condition. Du moment qu'on autorisait les fiançailles, il n'était pas possible d'imposer un consentement pur et simple. En réalité le consentement conditionnel équivalait à des fiançailles et toutes conditions étaient admises pourvu qu'elles ne fussent pas immorales. Dès lors il était permis de se marier sous la condition que l'union serait acceptée par les parents. Dans ces circonstances, le consentement des parents n'était plus un élément particulier du mariage, mais une condition des futurs époux. Il en résultait que ceux-ci étaient toujours libres de renoncer à la condition qu'ils avaient jointe à leur consentement. On admettait que telle était précisément leur intention lorsqu'ils consummaient le mariage sans avoir exigé au préalable l'accomplissement de la condition (1).

Dans le silence du Code civil, l'impuissance et la stérilité ont été la source de sérieuses controverses. Doit-on les considérer comme des causes spéciales de nullité de mariage ou bien peut-on dire qu'il y a, en pareil cas, erreur sur la personne, ou bien enfin le mariage est-il valable? Toutes ces solutions ont été proposées. Dans le droit canonique au contraire le doute n'est pas possible. L'impuissance de l'un des époux est une cause de nullité et tous nos anciens jurisconsultes acceptent cette solution et permettent à l'autre conjoint de rompre l'union. Toutefois, s'il s'agit d'impuissance du mari, il faut attendre trois ans depuis le jour du mariage (2).

L'impuissance est une cause de nullité parce qu'elle est contraire à l'essence même du mariage et l'Eglise en dit autant pour le cas où il existe déjà une première union.

Il n'était pas besoin de longs réglemens pour prohiber la bigamie. Le droit canonique décidait même que dans

(1) Il va sans dire que les futurs auraient pu subordonner le mariage à la condition du consentement de toute autre personne que les père et mère. Voy. sur tous ces points le *Livre de justice et de plet*, p. 192.

(2) On trouvera des détails très complets sur toutes ces questions et sur la preuve de l'impuissance au moyen âge, dans le *Livre de justice et de plet*, p. 206 et suiv. Tout ce qui s'y trouve est emprunté au droit canonique.

le cas où un homme contractait un second mariage avant la dissolution du premier, ce second mariage était nul, bien qu'il eût été consommé et que le premier ne l'eût pas été. C'est la solution que lui emprunte le *Livre de justice et de plet* (1). Toutefois, lorsqu'un homme épousait, du vivant de sa première femme, une seconde femme qui était de bonne foi, c'est-à-dire qui ignorait l'existence du précédent mariage, cet homme ne pouvait pas, après la mort de la première femme, demander la nullité du second mariage, car il aurait invoqué sa propre turpitude, mais la seconde femme avait le choix ou de tenir le mariage pour bon ou d'en demander la nullité (2).

De même, toutes les fois qu'un époux était absent depuis un certain nombre d'années, sept ans à l'époque des croisades, l'autre pouvait se remarier valablement sans avoir à prouver le décès de l'absent.

C'est surtout à l'occasion des empêchements résultant de la parenté, que l'Eglise a beaucoup légiféré. Déjà les empereurs chrétiens avaient, sous son influence, défendu le mariage entre cousins germains. Mais au moyen âge l'Eglise était allée beaucoup plus loin et elle avait commencé par interdire le mariage jusqu'au septième degré de la computation canonique, quatorzième de la computation romaine (3). Cet état de choses donna lieu à de nombreux abus. Trop souvent

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 190.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 194.

(3) La computation canonique a été empruntée par l'Eglise aux Barbares qui comptaient les degrés à raison des parentelles. Les parents qui se rattachaient à un auteur commun formaient une parentelle et, pour compter les degrés entre eux ou d'autres, on faisait la computation depuis l'auteur commun jusqu'à celui des deux parents qui était au degré le plus éloigné de cet auteur commun. Dans son chapitre 19, Beaumanoir indique, pour la computation de la parenté, un procédé qui n'est ni celui du droit romain, ni celui du droit canonique, mais à notre avis, un troisième système très difficile à saisir et qui montre à quel degré de confusion on en était arrivé. Dès le XI<sup>e</sup> siècle, on avait cessé d'appliquer la computation canonique en matière de succession, mais elle était toujours observée pour le mariage. Voy. sur cette question le *Livre de justice et de plet*, p. 203 et suiv., où sont appliqués les principes du droit canonique. On trouvera des détails très complets sur les divers modes de computation de la parenté dans Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 335 à 356.

il arrivait qu'au bout d'un temps plus ou moins long, on obtenait la nullité d'un mariage à raison d'une parenté dont on n'avait même pas soupçonné l'existence au moment de la célébration. D'un autre côté, si l'on connaissait l'existence d'un empêchement pour parenté, on pouvait cependant faire disparaître cet empêchement au moyen de dispenses, à partir du degré de cousin germain. On a même soutenu que l'extension des empêchements de mariage avait été introduite par l'Église qui désirait avoir un prétexte d'accorder des dispenses, source d'importants profits. C'est là une grave erreur. L'Église a sans doute plus d'une fois abusé des dispenses; mais l'extension des empêchements de mariage s'explique au moyen âge par d'autres causes. D'une part, l'Église préférait le célibat au mariage et dès lors il n'est pas étonnant qu'elle ait multiplié les empêchements; d'autre part, à cette époque, plusieurs familles descendant d'un auteur commun, vivaient souvent sous le même toit et il devenait nécessaire de multiplier les empêchements de mariage entre parents plus ou moins rapprochés pour prévenir les désordres et assurer la moralité au sein des familles. L'Église ne tarda pas cependant à reconnaître que la prohibition du mariage jusqu'au septième degré de la parenté canonique était vraiment exagérée et le concile de Latran de 1215 abaissa l'empêchement au quatrième degré canonique, huitième degré du droit civil (1). Cet empêchement existait aussi entre alliés aux mêmes degrés (2).

La parenté et l'alliance pouvaient se prouver de toute manière, même par commune renommée. Le pouvoir temporel veillait strictement à l'observation de ces prohibitions et il y trouvait même son profit. Lorsqu'un mariage était annulé pour cause de parenté ou d'alliance, les biens des époux

(1) Cf. Pennafort, *Summa*, lib. IV, tit. VI, § 3, édit. de Vérone, 1744, p. 491; concile de Latran de 1215, c. 50 et 51, dans Hefele, *Histoire des Conciles*, traduction française, t. VIII, p. 145, 146.

(2) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 205. Cpr. p. 174. Voy. Beaumanoir, chap. 18, n° 7, t. I, p. 281 et chap. 44, n° 12, t. II, p. 191.

étaient, dans certaines coutumes, confisqués au profit du seigneur haut justicier (1).

L'Eglise admettait encore un empêchement dirimant de mariage résultant du baptême entre le parrain et la marraine, entre le parrain et sa filleule, la marraine et son filleul (2).

Par des raisons d'honnêteté publique, on voulait que le concubinage produisit une sorte d'affinité qui était aussi un empêchement de mariage; c'est seulement le concile de Trente qui a déclaré cette extension abusive et l'a supprimée pour l'avenir. Les mêmes raisons interdisaient aussi le mariage entre l'adultère et son complice, ce qui suppose, bien entendu, qu'ils sont devenus libres de tout lien conjugal au moment où ils veulent s'unir. Toutefois, lorsqu'un homme, avant la dissolution de son premier mariage, épouse une seconde femme qui est de bonne foi, celle-ci peut, après la dissolution de la première union, obtenir que la seconde soit reconnue légitime (3).

D'après le concile de Latran de 1239, les vœux solennels et l'engagement dans les ordres majeurs produisaient un empêchement dirimant. Ainsi les diacres et même les sous-diacres ne pouvaient pas se marier (4). Quant à la diversité de religion, elle s'opposait au mariage dès la fin du bas Empire et le droit canonique l'a toujours considérée comme un empêchement dirimant.

Avec tous les empêchements de cette nature qui permet-

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 837.

(2) Voy. le *Livre de justice et de plet*, p. 199. On y examine entre autres questions celle de savoir si les enfants du compère et de la commère peuvent se marier entre eux et le jurisconsulte répond avec le droit canonique que tout dépend de la coutume locale. Souvent on ignorait ces empêchements résultant du baptême. Rosamonde était sur le point d'épouser Elie de Saint-Gilles qu'elle aimait passionnément; elle apprend tout-à-coup que son mariage est impossible avec son fiancé à raison de la parenté spirituelle qui les unit l'un à l'autre, car tous deux ont tenu le même enfant sur les fonts baptismaux. Elie se lamente; Rosamonde se pâme et demande.... un autre mari. Cf. Gibers de Metz, *Bibl. nat.*, fr. 19160, f° 249, cité par Gautier, *La Chevalerie*, p. 353, texte et note 1. Voy. aussi *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 751 et 980.

(3) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 196.

(4) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 193.

taient de demander la nullité des mariages contractés au mépris de leurs prohibitions, il ne faut pas confondre les empêchements simplement prohibitifs. Ceux-ci étaient beaucoup moins graves et moins nombreux ; ils interdisaient le mariage pour l'avenir et par exemple, si le curé en avait connaissance, il devait refuser d'assister à l'échange des consentements. Mais si, par une raison ou une autre, un mariage avait été contracté malgré l'existence d'un empêchement prohibitif, l'union n'en était pas moins parfaitement valable. Ainsi on ne pouvait pas se marier pendant les temps prohibés, à moins de dispense, notamment durant l'Avent et le Carême. De même il était interdit aux fiancés de se marier autrement qu'entre eux. Les ordres mineurs et le simple vœu de chasteté s'opposaient également au mariage, mais ne l'empêchaient pas d'être valable s'il s'était formé (1). Parfois aussi l'Eglise défendait à une personne de s'unir avec telle autre pour une raison particulière et dans ce cas encore il n'y avait qu'un empêchement prohibitif. Le défaut de publication des bans n'était pas non plus une cause de nullité et le mariage contracté au mépris d'une opposition ne pouvait pas davantage être annulé pour ce seul motif (2).

Malgré tout, la liste des empêchements prohibitifs ou dirimants, définitivement dressée dès le XIII<sup>e</sup> siècle était beaucoup trop longue ; c'est une des rares parties du droit canonique relatives au mariage qui ont donné lieu à critique (3). Les empêchements pour cause de parenté ou d'alliance légitime, naturelles ou spirituelles, étaient beaucoup trop nom-

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 193 et 194.

(2) Nous nous sommes abstenus sur toutes ces questions de citer les textes du droit canonique ; on les trouvera dans les ouvrages des canonistes qui traitent du mariage. Voy. par exemple Boehmer, *Principia juris canonici*, lib. III, sect. 2, tit. 4. — Troplong, *Des empêchements pour parenté*, dans son ouvrage de *L'influence du Christianisme sur le droit civil des Romains*, p. 191 et suiv. — Schulte, *Handbuch des catholischen Eherechts*, 1 vol. in-8. — Friedberg, *Das Recht der Ehe*, Leipzig, 1861.

(3) Et encore avons-nous écarté un grand nombre de questions. Voy. sur l'ensemble de la théorie des empêchements, Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 203 à 403.

breux et il en résultait de fréquents procès, parfois même des nullités de mariage qui avaient le défaut du divorce en ébranlant la solidité du lien conjugal (1).

Quant à la preuve du mariage, elle était en général soumise au droit commun. Aussi la meilleure preuve consistait dans la déposition des deux témoins qui avaient assisté à l'échange des consentements (2). La preuve par écrit authentique était, bien entendu, admise, mais elle était assez rare, d'autant plus que l'usage de tenir des registres de mariage n'était pas général, à la différence de ce qui avait lieu pour les baptêmes, et que ces registres, d'ailleurs, n'étaient pas considérés comme des actes authentiques (3). La possession d'état prouvait aussi le mariage, mais on s'attachait surtout à la cohabitation et au *tractatus*, sans donner aucune importance à la *nominatio*, les concubins se donnant volontiers le nom d'époux sans en avoir le droit (4).

Le juge ordinaire en matière de mariage était le juge ecclésiastique, l'évêque ou son suppléant; à partir d'une certaine époque, l'official; il prononçait sur la validité ou la nullité du mariage et sa décision avait autorité de chose jugée vis-à-vis de tous. Dans la suite on put porter la sentence de l'official au Parlement, par voie d'appel comme d'abus (5). D'ailleurs le juge d'Église était compétent seulement pour casser le mariage, et si le lien était déjà dissous, sa compétence cessait. Ainsi on portait au juge civil et non pas au juge d'Église, la question de validité d'un mariage qui avait déjà pris fin par la mort de l'un des époux (6).

Lorsque la nullité était absolue, le mariage pouvait être

(1) Voy. sur ces empêchements Esmein, *op. cit.*, p. 335 à 393. — Luchaire, *Louis VI le Gros*, n<sup>os</sup> 30 et 50. — Gautier, *La Chevalerie*, p. 352.

(2) Voy. Panormitanus, sur le canon 28, X, *De sponsalibus*, IV, 1, n<sup>o</sup> 23.

(3) Voy. Panormitanus, sur le canon 13, X, *De probationibus*, II, 18.

(4) Voy. Panormitanus, sur le canon 11, X, *De præsumptionibus*, II, 23 et sur le canon 28, X, *De sponsalibus*, IV, 1, n<sup>o</sup> 5.

(5) Dans les derniers temps, on essaya même de supprimer la juridiction de l'official et de s'adresser directement au Parlement par appel comme d'abus de la célébration du mariage.

(6) Beaumanoir, chap. 18, n<sup>o</sup> 1, t. 1, p. 277.

attaqué par les deux époux ; si elle était relative, l'action n'appartenait qu'à l'incapable ou à l'époux intéressé. Mais les autres personnes n'avaient jamais le droit d'agir en nullité tant que les époux vivaient, pas même les parents. Le ministère public seul pouvait provoquer la nullité en cas de scandale manifeste ; mais dès que l'un des deux époux était décédé, tout intéressé pouvait faire constater la nullité du mariage antérieurement conclu.

Les juridictions d'Église connaissaient non-seulement de la validité du lien, mais encore des contestations relatives aux effets civils et accessoires du mariage. Toutefois, pour ces derniers procès, on n'admettait pas que leur compétence fût exclusive (1) et il arriva même un moment où l'on en contesta la légitimité.

Le mariage ne prenait fin, en principe, que par la mort naturelle de l'un des époux. L'Église a toujours repoussé le divorce par consentement mutuel ; mais dans les premiers temps il y eut des doutes pour le cas d'adultère de la femme. La doctrine de saint Augustin l'emporta et fut consacrée pour la première fois, par un concile d'Afrique (2) : l'adultère de la femme devait permettre au mari de renvoyer celle-ci, mais non de se remarier. On n'en rencontre pas moins le divorce même par consentement mutuel pendant l'époque barbare, comme nous l'avons vu précédemment (3). Un capitulaire de 744 admet aussi le divorce en cas d'adultère de la femme, mais

(1) « Il est usage que il let à chacun pledeoir de mariage, ou d'aumone, ou de doaire, devant le Roy, ou devant l'évesque, ou devant le segnor dou fié ; nul n'enporte cort d'autre, ne ne doit avoir. » *Compilatio de usibus Andegaviæ*, dans les *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine*, éd. Beauteemps-Beaupré, t. I, p. 52.

(2) On trouvera de longs détails sur cette question dans notre travail sur *Le mariage civil et le divorce*. Voir aussi Esmein, *Le mariage civil en droit canonique*, t. I, p. 64 et suiv. Parmi les canonistes, les uns, comme Hincmar de Reims, et Pierre Lombard rattachaient l'indissolubilité à la notion même du sacrement et ils en faisaient la conséquence de la consommation du mariage plutôt que de l'échange des consentements. D'autres fondaient l'indissolubilité sur le droit naturel ; d'autres encore sur le droit divin positif ; d'autres enfin admettaient à la fois ces diverses explications.

(3) On se rappelle une formule de Marculfe qui consacre le divorce par consentement mutuel, Marculfe, liv. II, form. 30.

cette doctrine fut repoussée par celui de 755 et par celui de 789 (chap. 42). Il n'existe pas en France de texte prohibant le divorce avant cette époque, et dans la suite il y eut encore quelques cas de divorce malgré cette défense. Au XII<sup>e</sup> siècle, à l'époque de la rédaction du *Corpus juris canonici*, l'indissolubilité du mariage fut affirmée avec une grande fermeté. Il n'est pourtant pas impossible qu'au moyen âge, pour tourner la difficulté, on ait prononcé des divorces sous forme de nullité ou cassation de mariage. En d'autres termes, on aurait admis dans des cas d'ailleurs très rares, la nullité du mariage pour une cause postérieure à sa formation, ce qui est en réalité un divorce déguisé.

En outre, dans certaines coutumes locales, il est encore formellement fait allusion au moyen âge, soit au divorce, soit au droit de répudiation du mari. Ainsi les *Assises des bourgeois* permettent au mari de renvoyer sa femme si elle devient lépreuse, si elle est sujette à des attaques d'épilepsie ou si elle contracte des infirmités insupportables (1). Certaines coutumes du Béarn consacrent des principes à peu près analogues; elles permettent au mari de renvoyer sa femme si elle est affligée d'infirmités gênantes ou si elle s'est rendue coupable d'adultère. Mais dans ce dernier cas, le mari, après avoir chassé sa femme, peut l'obliger à revenir auprès de lui s'il le veut (2). Les anciens usages de Barcelone (art. 112) permettent aussi au mari de répudier sa femme pour cause d'adultère.

Il est d'ailleurs assez difficile de savoir à quel moment le divorce a définitivement disparu, précisément parce que ce mot *divorce* était aussi employé au moyen âge comme synonyme de nullité du mariage. Beaumanoir semble bien interdire complètement le divorce, même pour le cas d'adultère de la femme (3). L'Eglise a fini par ne tolérer le divorce que dans un cas, celui où l'un des époux embrassait la vie reli-

(1) Voy. l'art. 155 des *Assises des Bourgeois*.

(2) *Fors de Morlaas*, art. 292 et 357.

(3) Beaumanoir, chap. 18, nos 6 et 17, t. 1, p. 280 et 287.

gieuse avant la consommation du mariage; l'autre époux pouvait alors se remarier (1). Mais l'Eglise n'admettait pas que l'absence, même la plus longue, fût une cause de dissolution du mariage (2).

Elle a d'ailleurs toujours permis la séparation de corps. Au moyen âge elle devait être demandée au juge d'Eglise (3); mais, dans la suite, on fit remarquer qu'il ne s'agissait pas en pareil cas de la validité du mariage, et la doctrine de la compétence du juge civil l'emporta. Les causes de séparation de corps n'étaient pas rigoureusement limitées, on les abandonnait à l'appréciation des juges. Beaumanoir cite à titre d'exemples les excès, les sévices, certaines condamnations, l'adultère, même celui du mari, pourvu toutefois qu'il ait eu lieu au domicile conjugal et publiquement (4). D'après le *Livre des droiz et des commandemens*, l'adultère du mari lui retirait le droit de demander la séparation de corps pour le même motif contre sa femme (5). On considérait certaines maladies contagieuses, la lèpre par exemple, comme cause suffisante de séparation de corps (6).

L'Eglise n'admettait pas la séparation ou, comme on disait alors, le *desoivrement* par le seul consentement des époux, à moins qu'ils n'eussent l'un et l'autre l'intention d'entrer dans un monastère. Sauf ce cas, le *desoivrement* devait être prononcé par la cour d'Eglise, après enquête préalable à l'effet de vérifier s'il existait vraiment une cause de séparation de corps. S'il y avait lieu à provision alimentaire au profit de la

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 182.

(2) *Livre de justice et de plet*, *ibid.*

(3) Beaumanoir, chap. 57, n° 1, t. II, p. 330. Nous voyons cependant au début du moyen âge des séparations de corps en cour laïque. Cpr. Luçhaire, *Louis VI le Gros*, n° 430.

(4) Beaumanoir, chap. 57, n° 4, t. II, p. 331. Plus tard Pothier enseignera une doctrine contraire; il n'admettra la séparation que pour cause d'adultère de la femme; celui du mari ne doit pas produire cet effet, d'après Pothier, parce qu'il est moins grave et qu'il n'appartient pas à la femme, qui est une inférieure, de surveiller la conduite de son mari.

(5) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 773.

(6) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 196. Cf. un épisode curieux dans Gautier, *La Chevalerie*, p. 360.

femme pendant la durée du procès, celle-ci la demandait, en dernier lieu, non au juge d'Eglise saisi de la question de séparation, mais au juge laïque, par exemple, au prévôt (1). En même temps qu'il autorisait les époux à vivre isolément, le juge d'Eglise statuait sur le sort des enfants; le plus souvent il les attribuait à la mère, à charge toutefois pour le père de contribuer aux frais de leur éducation.

La séparation de corps n'entraînait pas la séparation de biens. Les propres de la femme restaient au mari, mais la femme avait droit à une pension et elle conservait son droit au douaire, à moins que la séparation de corps n'eût été prononcée contre elle pour cause d'adultère (2). La femme séparée recouvrait sa capacité civile (3).

L'Eglise voyait les secondes noces avec une extrême défaveur, aussi leur refusait-elle la bénédiction nuptiale (4); elle n'admettait pas non plus dans les ordres l'homme veuf s'il s'était auparavant marié deux fois ou même s'il ne s'était marié qu'une fois mais avec une veuve. Elle se refusa toujours à tenir compte des prescriptions contraires du droit féodal qui imposaient aux veuves l'obligation de se remarier. Mais enfin, tout en critiquant les secondes noces, elle les tolérait sans difficulté.

Elle se montra encore plus sévère contre le concubinage qui avait été très fréquent à l'époque franque, aussi bien de la part des hommes mariés que de la part des célibataires. C'étaient surtout les hauts seigneurs qui se permettaient ces désordres (5). Lorsque les tribunaux ecclésiastiques furent en pleine possession de leur juridiction, ils frappèrent de peines sévères le concubinage et la fornication qu'ils considéraient comme

(1) *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n<sup>os</sup> 157 et 158, p. 83.

(2) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 773.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 223. « Quant feme est départie de son seigneur pour aucune droite cause, nous commandons que tous leurs droiz leur soient rendus. »

(4) *Canons 1 et 3, X, De secundis nuptiis*, IV, 21.

(5) *Voy. par exemple Hincmar, De divortio Lotharii et Tetbergæ.*

des délits ecclésiastiques. On en a de nombreux exemples dans le *Registre de l'officialité de Cerisy*.

L'adultère était très sévèrement puni au moyen âge par la plupart des coutumes locales et même par le droit féodal. Les peines variaient souvent, mais elles étaient ordinairement pécuniaires, parfois corporelles et même indécentes (1). Le droit féodal voulait que l'adultère du vassal avec la femme de son seigneur lui fit perdre son fief et que celui du seigneur avec la femme de son vassal le privât de sa mouvance (2).

### § 3. — L'AUTORITÉ PATERNELLE.

Le droit de puissance paternelle porte au moyen âge un nom significatif : il s'appelle *mainburnie*, mot qui vient manifestement du *mundeburdium* de l'époque franque. Comme lui, il indique un pouvoir de protection. Il est essentiel de ne pas confondre cette *mainburnie* avec le bail féodal, la garde et la tutelle romaine, qui forment autant d'institutions distinctes les unes des autres (3).

Cette autorité paternelle ne dérive, dans notre ancien droit, que du mariage; elle n'existe pas sur les bâtards et l'adoption n'est pas connue à titre d'institution juridique. Dans la première partie du moyen âge, les coutumiers sont presque entièrement muets sur l'autorité paternelle. Ils ne s'occupent des effets de la filiation qu'au point de vue judiciaire, par exemple, pour nous apprendre qu'un père ne peut pas être témoin dans la cause de son fils, qu'un fils ne peut pas représenter son père à moins qu'il n'y ait exoine perpétuelle (4). L'autorité paternelle semble abandonnée aux mœurs et elle

(1) Voy. ce qui a été dit à cet égard au tome VI, p. 671.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 435 et 438.

(3) Les coutumiers commettent souvent eux-mêmes des confusions de ce genre, parfois sous l'influence du droit romain. Ainsi le *Livre de justice et de plet* paraît admettre la puissance romaine et la confondre avec la garde. Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 57 et 58.

(4) Mais rien ne s'oppose à ce que le père représente son fils en justice. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 59; *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 224 et 589.

ne se dégagera de l'obscurité qu'à l'époque où le droit féodal aura organisé une législation complète sur le bail et sur le droit de garde. Beaumanoir lui-même ne précise pas les règles de l'autorité paternelle. Il n'est jamais question dans ses coutumes du Beauvoisis des limites qui pourraient être apportées au pouvoir du père par l'intervention de la famille ou celle de la justice. Il n'est pas davantage fait allusion au patrimoine des enfants, par la raison bien simple qu'il n'existe pas encore, tout ce qu'acquiert le fils profitant au père dans les familles des gentilshommes comme dans celles des vilains.

Les coutumiers abandonnent aussi à l'Église les questions de légitimité à raison de leurs rapports avec les deux sacrements du baptême et du mariage (1). Le droit canonique considère comme légitimes tous les enfants nés et conçus, ou simplement conçus, en légitime mariage (2). Pour prouver sa légitimité, l'enfant doit donc établir, d'abord l'existence du mariage de ses parents, ensuite son identité avec l'enfant de la femme dont il se dit le fils. Cette preuve du mariage des parents est relativement facile tant que ceux-ci vivent; mais elle deviendrait fort embarrassante si elle était encore directement exigée après le décès de l'un d'eux ou des deux (3). Aussi, en pareil cas, il suffit à l'enfant de prouver que ses parents ont vécu ensemble jusqu'à la mort de l'un d'eux ou qu'ils avaient la possession d'état d'époux légitimes (4).

Quant à la preuve de la maternité, elle peut se faire directement, par exemple au moyen des dépositions des sages-

(1) Le baptême avait lieu immédiatement après la naissance et le parrain choisissait le nom de son filleul. Jusqu'au concile de Trente on put avoir plusieurs parrains. Sur les solennités du baptême, voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 106 à 113.

(2) Glose sur le canon 2, X, *Qui filii sint legitimi*, IV, 17. — Voy. aussi ce que dit Panormitanus, sur le canon 12, X, *Qui filii sint legitimi*, IV, 17.

(3) Sur la question de savoir comment le droit canonique organise la preuve du mariage, voy. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. 1, p. 191 et suiv.

(4) L'adversaire est, bien entendu, admis à la preuve contraire. Voy. sur ces divers points les observations de Panormitanus, X, *Qui filii sint legitimi*, IV, 17, et notamment les numéros 4 et 7.

femmes qui ont assisté à l'accouchement. Pour la paternité du mari, le droit canonique emprunte à la loi romaine la présomption *is pater est* et l'étend même au cas de concubinage, pourvu qu'il y ait vie en commun, de sorte que, dans ces circonstances, l'enfant naturel en profite pour établir sa filiation. D'ailleurs, tout prétendu père, légitime ou naturel, peut toujours faire tomber la présomption par la preuve contraire. Enfin, l'enfant légitime prouve aussi sa filiation par sa possession d'état personnelle et alors il est dispensé d'établir le mariage de ses parents (1).

Si l'on veut rechercher l'origine des anciens principes de l'autorité paternelle dans nos coutumes, et pour les familles des roturiers et des vilains, il faut se reporter à l'organisation des communautés laïques très fréquentes dans certaines parties de la France. Mais ce n'est pas la seule source de cette autorité paternelle, car cette puissance s'exerçait aussi en dehors de ces associations. Les traditions germaniques et l'influence de l'Église ont aussi contribué à sa formation, en même temps qu'elles ont empêché la puissance paternelle des Romains de pénétrer dans les pays de coutume.

L'autorité du père, d'après les usages germaniques, était relativement douce : le *mundium* cessait sur les filles par le mariage; sur les fils dès qu'ils étaient en âge de porter les armes et s'ils quittaient le toit paternel pour fonder un établissement séparé. Le père ne pouvait pas priver ses enfants d'une manière absolue de sa succession, en d'autres termes, l'exhérédation était inconnue. En admettant, comme le veulent certains auteurs, qu'on lui ait reconnu le droit de vie et de mort, il est bien probable cependant que ce droit et celui de correction étaient soumis à la surveillance de la

(1) Il n'est pas davantage tenu d'établir que ses parents avaient la possession d'état de gens mariés. Ajoutons qu'au XII<sup>e</sup> siècle le droit canonique créa la théorie du mariage putatif, de sorte que, désormais, les enfants nés de mariages entachés de nullité et annulés, furent néanmoins considérés comme légitimes du moment que leurs parents, ou l'un d'eux, avaient été de bonne foi et que le mariage avait été, non pas clandestin, mais contracté publiquement, *in facie Ecclesie*. Voy. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. II, p. 34.

famille. De bonne heure, certaines lois barbares fixèrent l'âge de la majorité, par exemple à quinze ou dix-huit ans. Quelques-unes même reconnaissaient déjà certains droits à la mère sur les enfants, à défaut du père, et ces germes se développèrent ensuite sous l'influence de l'Église qui tendait sans cesse à rapprocher la condition de la mère de celle du père.

Elle contribua beaucoup aussi à assurer l'indépendance des enfants en consacrant la liberté des mariages et celle de la confession. Au <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle, René Lombard proclamait la validité du mariage contracté sans le consentement du père de famille et Innocent III acceptait cette doctrine au commencement du siècle suivant (1). Aussi, lorsqu'à l'époque de la renaissance du droit romain quelques jurisconsultes essayèrent de faire pénétrer la *patria potestas* dans les coutumes, il s'éleva une réprobation générale. On ne voulait à aucun prix de cette puissance paternelle qu'on trouvait odieuse et les protestations contre un pareil changement finirent par se formuler dans cette règle de Loysel : « *Droit de puissance paternelle n'a lieu* » (2). Cette maxime ne signifie pas, comme on l'a dit parfois avec une certaine légèreté, que les pères n'avaient aucune autorité sur leurs enfants dans les pays de coutume; et la meilleure preuve qu'on puisse donner de cette erreur, c'est qu'en effet dans la suite, un grand nombre de coutumes se sont attachées à consacrer cette autorité des parents (3). Mais celle-ci n'avait rien de commun avec la dure puissance paternelle du droit romain, et telle était précisément la différence qu'entendait affirmer la règle consacrée par les *Institutes coutumières*.

Qu'on parcoure les poèmes moraux du temps et l'on y

(1) Friedberg, *Lehrbuch des catholischen und evangelischen Kirchenrechts*, p. 235. — *Décétale* de Grégoire IX, IV, 5, 6.

(2) Loysel, *Inst. cout.*, liv. 1, tit. 1, règle 37.

(3) Vitry, art. 100; Reims, art. 6 et 7; Montargis, chap. 7, art. 2; Bourbonnais, art. 168; Poitou, art. 316; Châlons, art. 7; Sedan, art. 5; Chartres, article 103; Châteauneuf, art. 133; Berry, art. 3; Bretagne, art. 498. Cpr. Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 36 et 248.

verra l'autorité paternelle telle qu'elle apparait aussi dans les coutumiers. *Le castoiment d'un père à son fils* (1), recueil fait par un auteur de contes moraux resté inconnu, nous montre un père occupé d'instruire son fils par les exemples : il n'entend pas en faire un stoïcien rigide ni un sombre mystique, mais un bon bourgeois, aimable, joyeux, aimant Dieu, obéissant au roi, fier de son état et de sa naissance, dédaigneux de la vanité des nobles bâtards et des bourgeois gentilshommes. L'amour et la sollicitude paternels ont remplacé l'autorité hautaine et despotique de la loi romaine (2). Déjà au XIII<sup>e</sup> siècle, Accurse avait constaté que la puissance des parents sur les enfants était très douce en France : « *Aliæ gentes quædam ut servos tenent filios, ut Sclavi, aliæ, ut prorsus absolutos ut Francigenæ* (3). » Cette observation n'a pas cessé d'être vraie dans la suite. Tant que l'enfant vivait dans la mainburnie et communauté de ses parents, il était plutôt un associé qu'un subordonné. Sans doute, les acquisitions qu'il réalisait profitaient à la communauté représentée par son père plutôt qu'à lui-même, mais il tirait aussi avantage des bénéfices réalisés par les autres et le droit de succession ne s'ouvrait plus tard sur l'ensemble du patrimoine qu'au profit des enfants demeurés dans la communauté. Aussi, bien que la majorité fût acquise de très bonne heure, les enfants devaient hésiter souvent à en profiter pour éviter de sortir de la famille. Cet abandon de la communauté aurait donné à l'enfant l'indépendance, mais elle l'aurait en même temps privé des droits de succession. Toutefois, en fait, lorsque l'enfant avait une juste cause pour s'établir ailleurs, on avait soin de lui donner une sorte de pécule qui lui constituait une succession anticipée.

A la différence de la puissance paternelle du droit romain, la mainburnie du droit coutumier existait aussi bien au pro-

(1) Ce recueil est imité d'un ouvrage latin du XII<sup>e</sup> siècle connu sous le titre de *Disciplina clericalis*.

(2) Cette bienveillance n'empêchait pas, tant s'en faut, l'autorité du père d'être considérable. Voy. à cet égard Gautier, *La Chevalerie*, p. 228.

(3) Sur le titre des *Institutes* de Justinien, *De patria potestate*.

fit de la mère qu'en faveur du père, seulement la femme étant placée pendant le mariage sous la puissance maritale, c'était le père seul qui durant le mariage exerçait l'autorité sur les enfants. La mère n'entrait en jouissance de cette autorité qu'après la dissolution de l'union conjugale. Ce droit fut surtout affirmé à la fin de notre période et au commencement de la suivante (1). D'un autre côté, la mainburnie existait sur tous les enfants mineurs, francs ou serfs, qui n'étaient pas assujettis au bail (2).

Sur la personne de ses enfants, le père exerce certainement le pouvoir de correction et s'il peut, comme nous l'apprend Beaumanoir, battre sa femme, à plus forte raison a-t-il le même droit sur ses enfants. Mais il est certain qu'il ne saurait plus être question du droit de vie et de mort. Il ne peut pas davantage vendre ou échanger ses enfants. On chercherait en vain la trace de ces droits dans Beaumanoir, on ne l'y trouverait pas. Sans doute certains textes, d'ailleurs très rares, nous parlent d'opérations de cette nature, mais ce sont là de véritables anomalies qu'on peut à la rigueur retrouver dans tous les temps et dont on ne saurait tirer aucune conséquence (3). Les anciens textes coutumiers nous apprennent formellement que le père ne peut pas disposer de ses enfants par vente, échange ou autrement (4). Le père a sans doute le droit de fiancer ses enfants, mais il ne peut

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 100, p. 570. — Cpr. Châlons, art. 2; Vitry, art. 70, 100, 110 et 141. Dans les fors de Béarn, l'autorité paternelle était également commune au père et à la mère. Voy. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 435.

(2) Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 4, règle 2.

(3) Ainsi, un texte de la fin du XI<sup>e</sup> ou du commencement du XII<sup>e</sup> siècle, nous parle d'un père de famille qui fit tradition à une église de Cologne, de sa femme, de ses deux fils, de ses trois esclaves et de tous ses biens, ne réservant la liberté que pour lui-même et afin de pouvoir acquérir les successions de ses proches, *spe hereditatis propinquorum*. Cpr. Lœrsch et Schröder, *Urkunden, Privatrecht*, t. I, p. 67, n<sup>o</sup> 87. C'est évidemment là un acte dont la cause nous échappe, mais qui était nécessité par des circonstances particulières.

(4) Ainsi le *Livre de justice et de plet* a soin de nous dire qu'on ne peut pas échanger sa femme ni son fils, mais seulement son serf. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 173.

pas les marier contre leur gré (1). Les parents ont au contraire le devoir de nourrir et d'élever leurs enfants (2). Certains coutumiers veulent même que le père donne mariage à sa fille (3). La réserve des quatre quints des propres est assurée aux enfants, d'ailleurs plutôt dans l'intérêt de la famille que dans leur intérêt propre, mais enfin elle leur profite largement et ne saurait leur être enlevée par exhérédation.

C'était seulement dans de rares coutumes que les pouvoirs du père étaient plus rigoureux. Ainsi à Bordeaux le père pouvait donner son fils en gage pour cause d'extrême pauvreté ou pour sortir de prison; vieil usage qui remontait peut-être à l'époque romaine, mais la coutume de Bordeaux n'accordait plus le droit de vente (4).

La famille avait un droit important de surveillance et d'intervention, même vis-à-vis du père. C'est ainsi qu'elle pouvait retirer la garde au père (ou à la mère) s'il se remariait, s'il tombait en état de démence, s'il infligeait de mauvais traitements à l'enfant, s'il y avait lieu de craindre qu'il ne lui fit contracter un mariage désavantageux. La justice avait aussi la faculté d'intervenir, mais à titre purement gracieux.

Quant aux biens, l'autorité des parents a plusieurs fois varié dans notre ancien droit. On a commencé par admettre que toute acquisition faite par le fils appartenait au père. C'était probablement une conséquence de ce principe germanique qui concentrait tout le patrimoine entre les mains du père représentant de la communauté. Il semble bien que du temps de Beaumanoir, par tradition des vieilles coutumes germaniques et aussi comme conséquence des communautés

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 185. Le père ne peut pas être parrain de son enfant ni la mère marraine, mais pour des raisons purement canoniques, et à cause de la parenté résultant du baptême. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 199.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 59. Cpr. pour les adultérins, p. 196. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 599, t. II, p. 221.

(3) *Livre des droïz et des commandemens*, n° 774. Mais le père ne pouvait rien donner à l'enfant né *ex damnato coïtu*. Cpr. *Livre des droïz et des commandemens*, n° 770.

(4) *Les coutumes de la vila de Bordeu*, art. 43. Cpr. Paul, *Sentences*, V, 1, 1.

taissibles, l'enfant ne possédait rien, pas plus dans les familles des gentilshommes, qui pourtant ne pratiquaient pas les communautés taissibles, que dans celles des vilains : tout ce que le fils acquérait profitait au père. C'était là une règle très répandue dans les pays de coutume. Dans le Hainaut (1), jusqu'à l'époque de la rédaction de la coutume de 1410, tous les biens acquis même par succession aux enfants qui vivaient avec leur père, profitaient à celui-ci; toutefois, pour les immeubles provenant de successions, le droit du père était limité à un usufruit, exempt d'ailleurs de toute charge de réparation et d'entretien. Dans l'Orléanais et dans l'ancienne coutume de Paris, nous voyons aussi le fils acquérir pour le père, du moment qu'il vivait avec lui en communauté (2). Ainsi celui qui faisait une donation ou un legs à un fils était censé donner au père et à la mère (3) qui en profitaient en pleine propriété. Il n'en était autrement qu'autant que le donateur ou le testateur avait eu le soin de *causer* la libéralité et de l'affecter spécialement à l'usage de l'enfant, par exemple en disant qu'il faisait la donation ou le legs pour que l'enfant fût instruit ou marié et même, dans ce cas, si la cause de la libéralité venait à manquer ou à disparaître, celle-ci profitait au père. De nombreux textes nous prouvent que tel était bien, dès la seconde partie de notre période, et certainement auparavant déjà, le droit commun de la France (4).

De ce que le père profitait de tout ce qui arrivait à son fils, on avait tiré cette conséquence qu'en cas d'un délit commis par un enfant, le père devait payer l'amende et réparer le tort fait par son fils, non pas comme représentant de l'enfant, ni à raison d'une responsabilité quelconque, mais

(1) Cpr. Dumées, *Histoire et éléments du droit français pour les provinces du ressort du Parlement de Flandre*, 1 vol. in-12, 1753, p. 7.

(2) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 144. — *Sentence du Parloir aux bourgeois* du 8 juin 1293, p. 130.

(3) Desmares, *Décisions*, n<sup>os</sup> 36 et 248.

(4) Desmares, *Décisions*, n<sup>os</sup> 36 et 248. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 30. — Terrieu, liv. II, chap. 17. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 75. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 598 et 599, t. II, p. 221.

parce qu'il possédait tout le patrimoine de la famille (1).

Lorsqu'on admit que dans certains cas le fils pourrait posséder des biens propres, alors le père n'en eut pas non plus l'usufruit bien qu'il existât cependant un droit analogue à l'époque franque. Quelques coutumes, il est vrai, reconnaissent une sorte d'usufruit au profit du père, mais c'était là une véritable exception (2). Il est probable que cet usufruit ne s'était pas généralisé, à cause du système des communautés taisibles pour les roturiers et du bail féodal pour les nobles. Lorsque l'enfant roturier vivait en communauté avec ses père et mère, tous les biens acquis par lui à un titre quelconque, appartenant à la communauté représentée par le père, on ne voit pas comment il aurait pu être question d'un droit d'usufruit au profit de ce dernier, tandis qu'on s'explique très bien que le père ait été tenu de toutes les dettes de son fils, à raison même de sa qualité de représentant du patrimoine commun. En réalité, les parents avaient plus que la jouissance des biens acquis par leurs enfants, puisqu'ils en profitaient en pleine propriété. Cet état de choses soigneusement décrit par Beaumanoir, dans le chapitre 15 de ses *Coutumes de Beauvoisis*, s'est prolongé jusqu'à la rédaction officielle des coutumes. On n'admit plus alors de société taisible entre parents et enfants, mais on n'accorda pas non plus aux parents la jouissance des biens de leurs enfants. C'est donc à partir de cette époque qu'ils en furent réduits à l'administration. Déjà auparavant on avait permis à tout enfant de garder pour lui ses acquisitions et de commencer à se créer un patrimoine propre : il lui suffisait, une fois qu'il était

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 14, t. I, p. 46; F, n° 513, 515, 1339; t. II, p. 196, 197, 495.

(2) Ainsi dans le Poitou et dans l'Anjou le père avait l'usufruit des héritages donnés à ses enfants. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 601, t. II, p. 222. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 142. — De même, dans la coutume de La Rochelle, le père faisait siens les fruits des biens de ses enfants mineurs. C'étaient là des particularités qui s'étaient introduites sous l'influence du droit romain. On rencontre des dispositions analogues en Béarn : le père a l'usufruit des biens de ses enfants mineurs, mais les acquisitions du fils ne lui appartiennent jamais en propriété, à moins que celui-ci ne les ait réalisées avec des biens de son père. *Cpr. Fors de Béarn*, art. 179 et suiv.

parvenu à l'âge de majorité, de quitter ses parents et d'aller fonder un établissement séparé. Mais, dans ce cas aussi, il était privé des droits de succession. A la fin du xiv<sup>e</sup> siècle, cette rigueur s'adoucit et l'enfant sorti de la communauté put venir à la succession à la condition d'y être appelé par son père (1); un peu plus tard, à partir d'une époque assez difficile à préciser, on se montra encore plus facile et l'enfant sorti de communauté fut appelé de plein droit à la succession comme les autres, à la seule condition de rapporter ce qu'il avait reçu de ses parents en quittant le foyer paternel.

#### § 4. — LE BAIL ET LA GARDE.

Le mot bail vient du mot *bajulus* qui, dans la basse latinité, signifie gouverneur. Le bail, d'après la coutume de Bretagne, appelé aussi *garde royale* ou *seigneuriale*, ou bien encore *garde noble* dans la coutume de Normandie, était le droit appartenant au seigneur féodal, lorsque le vassal laissait à sa mort un héritier mineur, de s'emparer du fief et d'en prendre tous les revenus tant que durait l'incapacité de cet héritier. Ce droit était une conséquence forcée du système féodal. Au début le seigneur n'avait-il pas le droit de reprendre le fief à la mort du vassal, à moins d'une stipulation contraire dans l'acte de concession? Dans tous les cas, même après l'établissement d'un régime de succession, le vassal n'avait de droit sur le fief qu'à charge de rendre au seigneur certains services, notamment le service militaire. Or l'héritier mineur du vassal ne pouvait pas fournir ce service (2); le seigneur était donc tout naturellement chargé d'élever l'enfant mineur de son vassal décédé et de le mettre en état de prendre le fief à sa majorité. En retour de cette charge, et surtout à cause de l'incapacité du mineur de rem-

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40 *in fine*.

(2) Le fief était soumis au droit de garde, non seulement si le vassal avait laissé un héritier mineur, mais aussi dans le cas où l'héritière du vassal était une femme dont le mari n'avait pas encore atteint sa majorité. Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33.

plir le devoir militaire, le seigneur reprenait son fief jusqu'au moment où le nouveau vassal devenait capable et il s'en attribuait aussi tous les avantages et profits. Le droit de garde, comme on le voit, ne portait pas sur tous les biens que le vassal avait pu laisser à sa mort, mais seulement sur les fiefs (1). En Normandie et en Angleterre, le droit de garde noble n'existait même que sur les fiefs nobles : les autres tenures ne donnaient qu'une espèce de tutelle déferée à certains parents du tenancier mineur (2).

Il est possible que les feudistes aient organisé le bail et le droit de garde en prenant comme modèle ce qui existait déjà pour les biens ecclésiastiques vacants. Ainsi la garde des églises, comme celle des fiefs, conférait l'administration et la jouissance. Toutes deux prenaient fin dès que l'évêque ou le vassal se trouvait en état de remplir ses fonctions, l'un par le serment de fidélité, l'autre par l'hommage. Cette jouissance intérimaire du fief pendant la minorité du vassal s'appelait garde, du mot germanique *ward*. Cette garde du fief fut, à l'origine, organisée à peu près partout de la même manière : elle consistait surtout à donner au seigneur la possession et la jouissance du fief comme compensation de la privation du service militaire qu'il ne pouvait exiger d'un mineur. D'ailleurs il était tenu de certaines charges, notamment il devait prendre soin du mineur et l'élever, administrer ses biens en bon père de famille : manoirs, habitations, bois, prés, jardins, étangs, moulins, etc. S'il se permettait de les détériorer ou de les aliéner, non seulement il devait réparation du dommage, mais il était même menacé de la perte du bail. On s'est trompé lorsqu'on a cru que le soin du mineur n'appartenait au seigneur qu'à titre exceptionnel ; ce que dit à cet égard

(1) Voy. par exemple *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXXIX, n° 5, éd. Tardif, p. 76. — Aussi le bail se réglait-il d'après la coutume de la situation du fief, *Anciens coutumiers des pays de Vermandois*, n° 320, p. 162.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33, *Coutumier de Normandie*, article 213. — Britton, chap. 66. — Voir l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 200. — On sait que dans ces pays le mot fief avait un sens plus large qu'en France et s'appliquait même à des biens qui n'étaient pas nobles.

le *Grand Coutumier de Normandie* (chap. 33), doit être considéré comme le droit commun de la France.

Le seigneur gardien avait à peu près les droits d'un usufruitier sur le fief; il prenait par exemple les fruits (1). Mais le seigneur aurait encouru une indemnité et l'extinction de la garde s'il avait aliéné un des biens sur lesquels portait son droit; s'il avait détérioré une maison, fait couper un bois, etc. (2). Il était également tenu de payer, parmi les dettes du vassal défunt qui venaient à échoir durant le bail, toutes celles qui étaient assises sur l'héritage soumis à sa garde. C'est du moins ce que consacre l'art. 215 de la coutume de Normandie, mais cette disposition paraît remonter à une époque fort ancienne.

C'est aussi en vertu du droit de bail, que le seigneur devait consentir au mariage de sa vassale mineure. D'après le *Grand Coutumier de Normandie*, le seigneur a, à la fois, le droit et le devoir de marier la fille placée sous sa garde dès qu'elle arrive en âge; mais pour éviter les abus de sa part, on exige aussi le consentement des parents et des amis de la demoiselle de fief. A ce moment le bail cesse et le fief est remis au mari, à moins que celui-ci ne soit lui-même encore mineur; dans ce cas le bail persiste jusqu'au jour où le mari aura atteint sa majorité car, dit le *Grand Coutumier*, la femme doit suivre la loi et la condition de son mari (3).

Tel était le système primitif du droit de bail; son existence nous est révélée pour la Normandie par le chapitre 33 du *Grand Coutumier* de ce duché (4). Ce chapitre est tout particulièrement intéressant pour ce motif. C'est qu'en effet en

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33, éd. de Gruchy, p. 99. — *Coutume de Normandie*, art. 225. — *Anciens Coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 6, 7, 58.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33 *in fine*, éd. de Gruchy, p. 104.

(3) Il ajoute que si la demoiselle du fief ne se marie pas, le bail dure jusqu'à ce qu'elle ait atteint sa vingtième année. Voy. sur ces divers points *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33, éd. de Gruchy, p. 103; *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 6.

(4) Pour la Bretagne, voy. d'Argentré, sur l'art. 74 de l'ancienne coutume de Bretagne.

Normandie et aussi en Bretagne le bail s'est conservé tel qu'il avait été originairement organisé. Il continua à exister, notamment au profit du duc de Normandie, plus tard au profit du roi qui prit sa place, pour tous les fiefs relevant directement de lui et pour le fief de haubert ou partie d'un fief de haubert représentant au moins le huitième; dans les autres cas, le bail appartenait au seigneur de qui le fief relevait par hommage. En outre, lorsque le duc de Normandie avait ainsi la garde d'un héritier en sa seule qualité de duc, tous les autres fiefs appartenant au même héritier, qu'ils fussent partageables ou impartageables, et même les *eschaetes* qu'il pouvait acquérir par succession, étaient compris dans la garde du duc, tandis que les autres seigneurs, suivant le droit commun, n'exerçaient ce droit que sur les fiefs relevant d'eux. Telle était aussi la condition du duc lorsqu'il acquérait la garde d'un héritier par une autre raison que sa qualité de duc (1).

Dans les autres parties de la France, ce droit de bail seigneurial, au lieu de se maintenir comme en Normandie et en Bretagne où il persista peut-être sous l'influence des coutumes anglaises, s'altéra profondément. Ce fut la seconde période du bail féodal. Les seigneurs cherchèrent à s'en débarrasser, probablement à cause des ennuis qu'il leur attirait. Le bail, en effet, donnait bien des avantages au seigneur, mais il lui imposait aussi des charges qui pouvaient être parfois plus considérables que son émolument. En outre, le seigneur en prenant le bail, était privé de son droit de relief. C'est pourquoi les suzerains, au lieu de conserver le bail pour eux-mêmes, s'entendirent avec tel ou tel parent du mineur qui prenait leur place. Ce changement important se réalisa vers le x<sup>e</sup> siècle. C'était le seigneur qui choisissait le parent, et le plus souvent un accord intervenait pour régler les conditions du bail, ou, pour parler plus exactement, de la garde. Mais cet état de choses ne dura pas long-

(1) Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 33, éd. de Gruchy, p. 99.

temps et bientôt il s'établit dans les coutumes de véritables règles de dévolution. On avait très justement observé que le bail était une sorte de succession provisoire des fiefs du mineur. N'était-il pas dès lors très naturel d'attribuer le bail conformément aux règles de succession établies pour les biens de cette nature? C'est ainsi que le fief échu à un mineur passa, en vertu du droit de bail, à ses père et mère; à leur défaut, à l'héritier présomptif du mineur, c'est-à-dire à l'héritier le plus proche dans la ligne d'où procédait le fief. Tout naturellement les mâles étaient préférés aux femmes et il y avait lieu au droit d'ainesse, mais ici nécessairement en ligne collatérale et on l'appliquait même entre sœurs (1). A partir de cette époque, une incompatibilité absolue exista entre la qualité de bail (ou baillistre) et celle de gardien du mineur. Sous la précédente période, le seigneur avait en principe à la fois la garde du fief et celle de la personne du mineur. Désormais les deux droits de garde furent séparés, sauf de rares exceptions. En général, le bail du fief fut donné à l'héritier présomptif du fief et le gardien de la personne fut le parent le plus proche de ceux à qui le fief ne pouvait jamais échoir. Certains auteurs ont expliqué cette particularité en disant qu'on ne voulait pas que le gardien de la personne eût le bail du fief, parce que n'ayant pas l'espérance de recueillir jamais le fief, il l'aurait peut-être mal administré. Nous pensons qu'il vaut mieux se placer à un point de vue opposé et dire que, sauf certaines exceptions très rares, on ne voulait pas que le gardien du fief fût chargé de

(1) Dans certaines contrées cependant, la sœur aînée était préférée à tout collatéral mâle autre que le frère aîné. — Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 15, nos 7 et 10, t. I, p. 247. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XIX, n° 5, p. 76. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 41, p. 373. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. IV, règles 14 et 15. — Cpr. Clermont, art. 170 et 176; Vermandois, art. 26; Anjou, art. 88; Berry, tit. I, art. 35; Marche, art. 17; Blois, art. 47. — Lire l'article de D'Arbois de Jubainville, *Recherches sur la minorité, dans le droit féodal français*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 3<sup>e</sup> série, t. III, p. 139. — Il fallait que le défunt eût été ensaisiné du fief pour qu'il fût sujet à bail. Voy. *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXIX, n° 5, p. 76. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 450.

la personne du mineur, parce qu'il était le plus souvent son héritier présomptif et qu'il aurait eu intérêt, comme le disent les textes eux-mêmes, à maltraiter le mineur ou même à le faire disparaître pour acquérir définitivement le fief (1).

Tel est le système général du droit coutumier. Mais il présente quelques diversités suivant les pays. Les *Assises de Jérusalem*, tout en admettant que le bail du fief appartient à l'héritier présomptif de ce fief et la garde du vassal au parent du mineur le plus proche parmi ceux auxquels le fief ne pourra jamais échoir, ajoutent cependant que si l'héritier mineur a encore son père et sa mère ou l'un des deux, alors le bail du fief et la garde de la personne sont attribués au père ou à la mère. L'affection des parents est une garantie suffisante contre tout mauvais traitement et à plus forte raison contre un attentat quelconque (2). D'après Beaumanoir, le bail du fief et la garde de la personne sont attribués au père ou à la mère survivante; à leur défaut, au plus proche parent du côté duquel le fief est mouvant, mais Beaumanoir n'entend pas qu'on sépare le fief de la personne du mineur, sauf dans le cas où il existe de justes causes de craindre que le plus proche parent ne maltraite le mineur ou ne se livre à quelque attentat contre lui, ce qui est une pure question de fait (3). L'ancien coutumier de Champagne

(1) Cpr. *Assises de Jérusalem*, livre de Jean d'Belin, chap. 170. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 121, p. 219. — Beaumanoir, chap. 6, n° 8, t. I, p. 103. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 126, t. I, p. 142; C, n° 117, t. I, p. 326; E, n° 48, t. I, p. 413; I, n° 61, t. III, p. 224; L, n° 54, t. IV, p. 168; *Livre des droitz et des commandemens*, n° 466, t. II, p. 62. — Voy. aussi Laurière, v° *Bail*, et Bouthors, *Coutumes locales du bailliage d'Amiens*, t. I, p. 110. — L'ancienne coutume de Vermandois, n° 285 et suiv. (éd. Beaumonts Beaupré, p. 148), donne une longue énumération des personnes appelées au bail les unes à défaut des autres.

(2) *Assises de Jérusalem*, livre de Jean d'Belin, chap. 170.

(3) Beaumanoir, chap. 15, n° 10, t. I, p. 249 et chap. 21, n° 14, t. I, p. 310. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXIX, n° 4, p. 76 : « Et se li peres, li mere aloient de vie à mort, et eussent hoir, cil qui porroient avoir le terre de le mort de l'oir, n'en avoient mie le warde, ne devoient l'avoir, selon l'esgart des sages. Car soupeçons es qu'ils ne vaumissent plus le mort à l'enfant que le vie, par le terre qui leur escharroit, que autrui dou lignage auquel il n'escharroit mie, dont li uns d'iciaus doit avoir le warde. Mais on voit plus souvent avenir le contraire entre petites personnes. »

parle du droit de garde, soit des biens, soit du mineur, au profit du survivant des père et mère et, à son défaut, à l'aîné des enfants. Bien qu'il ne mentionne aucune autre personne, nous n'interprétons pas son silence dans le sens d'une exclusion.

Dans la coutume de Paris, la garde noble était confiée au père ou à la mère survivante; à leur défaut, à l'ascendant le plus proche; puis ensuite venaient les collatéraux, mais un ascendant quelconque leur était toujours préféré, même s'il était d'un degré plus éloigné (1).

Lorsque le plus proche parent du mineur était lui-même mineur, il ne pouvait pas avoir le bail ni la garde, mais certaines coutumes l'autorisaient à prendre le bail à sa majorité, par préférence au parent plus éloigné qui en avait joui jusqu'alors (2). Dans la suite, les coutumes se divisèrent en deux groupes : celles qui permettaient à la même personne d'être à la fois baillistre, gardien et tuteur, exigèrent la pleine majorité; celles qui continuaient à séparer la tutelle n'imposaient au gardien que la majorité féodale; comme il était capable de servir son propre fief, il devait aussi pouvoir servir le fief d'autrui (3).

Les baillies et gardes étaient toujours coutumières; en d'autres termes, à la différence des tutelles, elles étaient déferées par la coutume elle-même et non par testament ou par décision de justice (4).

(1) *Coutumes notoires*, n° 25. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 27, p. 292. — Desmares, *Décisions*, n° 256. Ce jurisconsulte emploie le mot *garde* pour les parents en ligne directe et le mot *bail* pour les parents en ligne collatérale; mais après lui on se servira exclusivement de la première expression. — Les *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 285, énumèrent très complètement les personnes appelées au bail.

(2) Coutume de Lorris, art. 48 et 63, p. 12 et 15.

(3) Voy. en sens divers : *Livre des droitz et des commandemens*, n° 876, t. II, p. 248. — Paris, art. 270. — Dourdan, tit. II, art. 129. — Melun, chap. 20, art. 289.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 8. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. IV, règle 8. Quelques coutumes cependant étaient contraires et admettaient le bail testamentaire. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 420, tit. II, p. 43. Ce dernier texte nous apprend qu'en Poitou le père peut choisir le baillistre.

D'ailleurs on n'était pas baillistre de plein droit, pas plus qu'on n'acquerrait une succession contre son gré. C'était encore là une règle empruntée au droit des successions et cette assimilation était d'autant plus juste, que le baillistre était tenu d'assez lourdes charges (1).

Lorsque personne ne se présentait pour prendre le fief du mineur, soit que celui-ci n'eût plus de parents, soit que ses parents eussent renoncé à leur droit au bail, alors ce droit retournait, comme pendant la première période, au seigneur, mais d'une manière beaucoup plus avantageuse qu'autrefois, car, tout en acquérant la jouissance il n'était pas tenu de payer ce qui était dû *par reson du fief*; les créanciers du vassal décédé étaient donc obligés d'attendre la majorité de l'héritier pour se faire rembourser leurs créances, et l'héritier devait alors payer les dettes assises sur son fief, bien qu'il eût été privé de la jouissance de cet héritage pendant sa minorité (2).

Le bail était une sorte d'usufruit sur le fief, un droit réel attaché à la personne et comme tel incessible (3). On ne pouvait pas rendre un autre baillistre ou gardien à sa place, mais rien ne s'opposait à ce qu'on cédât les bénéfices du bail, c'est-à-dire les fruits et autres avantages qu'il procurait (4).

(1) Beaumanoir, chap. 15, t. 1, p. 245, n° 3. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. IV, règle 4. Toutefois dans les coutumes on y joignait une idée de tutelle; on décida que le baillistre ne pouvait pas y renoncer sans juste cause. *Livre des droiz et des commandemens*, n° 768, p. 199. D'après la coutume de Vermandois, la mère peut renoncer au bail pour s'en tenir à la garde simple que nous étudierons bientôt. En pareil cas, elle n'a pas la jouissance des fiefs ni la propriété des meubles dont elle doit faire inventaire et prise; si elle se remarie, elle perd cette garde, mais alors elle peut prendre le bail du mineur. Voy. *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 289, p. 150. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 420, t. II, p. 43. Voy. cependant Coutume de Lorris, article 37, p. 10.

(2) Beaumanoir, chap. 15, n° 3, t. 1, p. 245. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. IV, règle 4. — Toutefois dans les coutumes on joignait au bail une idée de tutelle et on décidait que le baillistre ne pouvait pas y renoncer sans juste cause. *Livre des droiz et des commandemens*, n° 768, p. 199.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L. n° 56, t. IV, p. 169.

(4) Loysel, *Instit. cout.*, liv. I, titre IV, règle 21. — Anjou, art. 90; Touraine, art. 339. Voy. cependant Glanville, lib. VII, cap. 10 et 48. — Coutume de Normandie, art. 215.

Le droit de garder en fief, sous cette seconde période du droit féodal, confère au gardien, appelé aussi lui-même bail ou baillistre, d'importants avantages; ainsi il acquiert, en sa qualité de baillistre, une véritable propriété temporaire du fief. S'il l'administre bien, il fait les fruits siens, il a même le droit d'engager le fief, mais pour la durée de sa jouissance seulement. Toutefois les fruits de la première année n'étaient acquis au gardien qu'autant qu'ils n'étaient pas encore perçus à l'époque de son entrée en jouissance; mais en sens inverse le baillistre faisait siens par la perception les fruits pendant par branches et par racines en ce moment, même si son bail n'avait pas encore duré un an; par réciprocité, il n'avait pas droit aux fruits de la dernière année s'il ne les avait pas encore perçus à l'époque où son bail prenait fin (1). Le baillistre avait également droit à la propriété des meubles laissés par le défunt, à moins que celui-ci n'en eût disposé par testament. Il avait aussi droit à tous les meubles qui pouvaient être acquis au mineur, pendant la durée du bail (2).

Enfin il ne faut pas oublier de comprendre parmi les meubles la plupart des créances.

En retour de ces droits, le baillistre était tenu d'un certain nombre d'obligations, quelques-unes assez lourdes. En premier lieu, il devait faire hommage au seigneur de qui relevait le fief, ce qui l'obligeait à rendre certains services; de plus il fallait payer le rachat, c'est-à-dire une certaine valeur que le seigneur avait le droit d'exiger de son nouveau vassal; en particulier, en cas de mutation par succession, le

(1) Quelquefois l'héritier du vassal avait lui-même, à raison de son fief, des vassaux obligés comme tels à fournir un *roncin de service*, c'est-à-dire un cheval de guerre, mais le vassal n'était tenu en général qu'une fois dans sa vie de cette prestation; d'ailleurs on ne reconnaissait pas à celle-ci le caractère de fruit et on décidait que le vassal ne devait pas le *roncin de service* au baillistre, mais à l'héritier, à l'époque de sa majorité.

(2) Cpr. sur ces différents points : *Ancienne coutume de Champagne et de Brie*, chap. 5. — *Beaumanoir*, chap. 14, n° 30, t. I, p. 343; chap. 15, nos 9, 10, 15, 27, 28. t. I, p. 248 et suiv. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXIX, p. 97. — *Livre de justice et de plet*, p. 58. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 280, p. 145. — *Coutume de Lorris*, n° 37, p. 10. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, nos 48 et 54, t. IV, p. 166 et 168.

droit de rachat était une année de revenus du fief, calculée sur la moyenne des trois dernières années. Cette obligation de payer le relief était d'ailleurs très légitime puisqu'il y avait une mutation de propriété au profit du baillistre. Si le bail ne faisait pas hommage au seigneur, celui-ci reprenait son fief, mais à charge par lui de le rendre à l'héritier du vassal devenu majeur (1). Par exception, le survivant des père et mère, malgré la qualité de bail, était néanmoins dispensé de payer le rachat; mais si la mère se remariait, comme le bail passait sur la tête de son nouveau mari, celui-ci en était tenu (2). Le baillistre devait aussi entretenir et conserver en bon état tous les héritages du mineur dont il avait l'administration. Cette obligation variait naturellement selon la nature des biens, maisons, forêts, terres, pâturages, etc. (3). Le baillistre payait toutes les dettes du défunt; il résultait de là qu'au moment où le mineur devenu majeur reprenait ses biens, il les acquérait libres de toute dette, ce qui fit dire dans la suite :

*Qui bail prend  
Quille le rend (4).*

Cette charge ne paraîtra pas exorbitante si l'on se souvient que le baillistre avait, outre l'usufruit du fief, la pleine propriété des meubles de la succession et même celle des autres meubles qu'acquérait le mineur pendant le bail; qu'à cette époque les dettes étaient considérées comme charges ordinaires des meubles; qu'enfin le baillistre ne pouvait être « contraint à prendre bail » et avait toujours le droit d'y renoncer. Mais une fois qu'il avait accepté, il ne pouvait plus revenir sur l'obligation qu'il avait contractée vis-à-vis des

(1) Beaumanoir, chap. 14, n° 17; chap. 15, n° 3, t. I, p. 232 et 245.

(2) *Assise de Saint Louis de 1246.* — *Livre de justice et de plet*, p. 243. — Desmares, *Décisions*, n°s 194 et 206. — *Grand Coutumier*, liv. II, chap. 27, p. 291.

(3) Beaumanoir, chap. 15, n°s 11 et 12, t. I, p. 250. — *Livre de justice et de plet*, p. 138. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n°s 283, 297, 298, 396, p. 147, 155, 157. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 420, t. II, p. 43.

(4) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 400, p. 36. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXIX, p. 77. — *Livre de justice et de plet*, p. 58 et 221. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n°s 280 et 282, p. 145 et 146. — *Coutume de Lorris*, n° 37, p. 10. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n°s 48 et 54, t. IV, p. 166 et 168.

créanciers du défunt. Cette acceptation opérait, comme nous dirions aujourd'hui, une véritable novation, car le baillistre n'était pas l'héritier du vassal décédé. De leur côté, les créanciers étaient fort intéressés à savoir à quel parti s'arrêtait le baillistre : suivant que celui-ci acceptait ou refusait le bail, il devenait ou non leur débiteur et, dans le premier cas, ils devaient avoir bien soin d'agir contre lui, car ils n'avaient plus aucune action contre l'héritier, même après sa majorité. Aussi certaines coutumes voulaient-elles que les *bails* fussent acceptés en justice; les créanciers savaient ainsi, grâce à cette publicité judiciaire, à qui ils pouvaient et devaient s'adresser pour obtenir paiement (1).

Par exception, Beaumanoir autorise les créanciers à actionner l'héritier du vassal devenu majeur, quand le baillistre est tombé en déconfiture avant d'avoir payé les dettes. Tout créancier pouvait aussi, dans le cas où il était absent pendant la minorité de l'héritier, agir ensuite contre lui à sa majorité. Si le baillistre perdait sa jouissance par suite d'un délit, le seigneur, qui reprenait provisoirement le fief, était tenu de payer les créanciers, mais seulement avec les revenus qu'il percevait à partir de son entrée en jouissance et jusqu'à la majorité du mineur; pour l'excédent, les créanciers se faisaient payer par l'héritier devenu majeur. Enfin, lorsque la créance ne devenait exigible qu'après la majorité de l'héritier, celui-ci était encore tenu de la payer; mais dans ce dernier cas, il avait contre le baillistre un recours qui lui était refusé dans les autres (2).

Le baillistre devait aussi entretenir convenablement l'enfant mineur, fournir tout ce qui était nécessaire à son existence et payer les frais de son éducation et de son instruction. Cette obligation incombait au baillistre même dans les pays où l'on ne lui confiait pas la personne du mineur (3).

(1) Ce système n'était pourtant pas admis dans toutes les coutumes. Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 6.

(2) Beaumanoir, chap. 15, n<sup>os</sup> 16 et 17, t. 1, p. 253; n<sup>o</sup> 26, t. 1, p. 257.

(3) *Assises de la haute Cour*, Livre de Jean d'Inelin, chap. 170. — *Établis-*

Le baillistre recevait la foi des vassaux de son mineur; d'ailleurs il prenait les rachats comme il les devait pour les fiefs dont il faisait les fruits siens (1). Mais le baillistre ne recevait pas l'aveu; celui-ci était en effet un titre commun qui engageait réciproquement le vassal et le seigneur, et, le premier n'étant tenu de le rendre qu'une fois dans sa vie, on en avait conclu qu'il le devait au seigneur en personne et non pas à son baillistre (2).

Pour assurer l'exécution de ses diverses obligations le baillistre devait fournir certaines sûretés qui variaient suivant les coutumes. Assez souvent il était tenu, à son entrée en jouissance, de donner plège ou caution. S'il ne payait pas tout de suite le droit de rachat au moment de l'hommage, il devait tout au moins faire une promesse formelle d'effectuer ce paiement et le seigneur avait même le droit de ne pas s'en contenter et d'exiger des sûretés plus sérieuses (3).

Lorsque le bail prenait fin, le baillistre devait rendre le fief avec les autres biens dont il avait eu seulement l'administration et même les revenus de ces autres biens tels, par exemple, que les héritages en villenage.

Le bail finissait naturellement par la majorité du vassal. L'âge de cette majorité était en général, et sauf certaines variétés de détail, fixé à quinze ans pour les hommes et à douze ans pour les filles, mais il ne tarda pas à être porté à vingt ans ou à quinze ans suivant le sexe (4). Comme il

*sements de Saint Louis*, liv. 1<sup>er</sup>, chap. 121. — Beaumanoir, chap. 15, n° 6, t. 1, p. 246; chap. 21, n° 12, t. 1, p. 309.

(1) Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. IV, règles 16 et 17. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32.

(2) Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. IV, règle 20. — Coutume de Tours, art. 345; Loudunois, chap. 23, art. 5.

(3) Beaumanoir, chap. 15, n° 8, t. 1, p. 248. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXIX, n°s 8 et 9, p. 77. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 400 et 1003, t. II, p. 36 et 316.

(4) *Ancienne coutume de Champagne*, chap. 5. — Beaumanoir, chap. 15, n° 2, t. 1, p. 244. — *Livre de justice et de plet*, p. 228. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXIX, n° 5, p. 77. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 420, p. 43. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 281, p. 146. — Coutume de Lorris, n° 28, p. 9.

régna toujours d'ailleurs une certaine variété en cette matière, diverses coutumes restant fidèles à l'âge primitif, d'autres préférant l'âge plus élevé de vingt et un ans, on fut amené à décider que la durée du bail serait déterminée par la coutume du principal hébergement (1).

Si, à l'époque de la majorité, le baillistre ne voulait pas faire cesser son bail, le mineur devenu majeur avait le droit de s'adresser à la justice pour rentrer en possession de ses biens et pour obtenir la reddition des comptes (2).

L'héritier majeur et le baillistre pouvaient convenir que malgré la majorité le bail continuerait, pourvu que ce ne fût pas dans l'intention de priver le seigneur de son droit de rachat (3). Malgré la majorité de l'héritière, le bail renaissait après avoir pris fin, dans le cas où cette héritière, demoiselle de fief, épousait un mineur. Si elle avait épousé le mineur avant d'avoir atteint elle-même sa majorité, le bail aurait ensuite continué malgré cette majorité, en supposant qu'à ce moment le mari fût encore mineur. L'intérêt du baillistre était donc de faire épouser à sa demoiselle un mineur, de manière à prolonger le bail, même après la majorité de cette demoiselle. Mais, afin d'éviter les abus, on autorisait les parents de l'héritière à s'adresser à la justice pour faire déclarer le baillistre déchu de la garde de la personne, si mieux il n'aimait donner sûreté de ne pas marier l'héritière sans le consentement de ses parents (4). Si la demoiselle épousait un majeur, son mariage mettait immédiatement fin au bail; mais le mariage du mineur ne pouvait naturellement pas produire cet effet, même s'il épousait une femme majeure (5).

Lorsque le baillistre se rendait coupable de forfaiture vis-à-vis de son seigneur, il était par cela même privé du bail; mais la confiscation de ses biens ne s'étendait jamais à ceux

(1) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 930, t. II, p. 306.

(2) *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXVIII, p. 75; tit. XXX, n° 1 à 5, p. 78.

(3) *Beumanoir*, chap. 15, n° 14, t. I, p. 251.

(4) *Beumanoir*, chap. 21, n° 12, t. I, p. 310.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 221.

du mineur. Dans ces différents cas, le seigneur reprenait le fief jusqu'à la majorité de l'héritier (1).

Certaines coutumes déclaraient également le baillistre déchû s'il administrait mal et elles prononçaient la même peine contre la veuve qui se remariait; mais dans ces cas le bail ne prenait fin que du côté du baillistre et passait au parent qui était le plus proche à son défaut (2).

Le droit de bail, tel que nous venons de l'exposer d'après le droit féodal, n'a pas tardé à subir d'importantes altérations. A l'origine il avait été de l'essence de ce droit de s'appliquer à un fief, mais ce principe se transforma et déjà avant la rédaction des coutumes, les règles dont l'application avait auparavant supposé l'existence d'un fief, s'appliquèrent en raison de la noblesse des personnes sans que l'on s'occupât de la nature des biens. La garde noble, prérogative accordée à la noblesse du sang, remplaça le droit de bail, prérogative attachée à la terre.

Mais il ne faudrait pas croire que le droit de garde des coutumes ait été emprunté au droit féodal: il existait déjà en dehors du régime des fiefs. Jusqu'au XIV<sup>e</sup> siècle, il fut soumis à des principes spéciaux au moyen desquels il fonctionna à côté du droit de bail du régime féodal.

Le droit de garde, sous cette première période, par opposition au droit de bail, suppose un mineur qui n'a point de fief ou qui possède des héritages en roture, des villenages, indépendamment des fiefs. C'est précisément sur ces tenures de condition inférieure que porte le droit de garde (3). Celui qui a reçu l'administration des biens de ce mineur est habituellement aussi chargé de la surveillance de la personne et le droit dont il jouit s'appelle *droit de garde*.

D'après Beaumanoir ce droit de garde est accordé au pa-

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 117, t. IV, p. 196.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 49, t. IV, p. 167 et L, n° 117, t. IV, p. 196.

(3) Beaumanoir, chap. 15, n° 10, t. I, p. 249 où sont exposées les différences entre le bail et la garde.

rent le plus proche du mineur (1), mais ce parent n'est pas obligé d'accepter la garde, et le seigneur a toujours le droit de l'écartier s'il trouve qu'il est incapable ou indigne (2). A défaut du parent le plus proche qui ne veut accepter ou qui est écarté comme indigne, le droit de garde appartient au seigneur, mais comme celui-ci ne peut pas entrer dans tous les détails de l'administration des biens des enfants, il y a lieu de nommer un tuteur (3).

Le gardien ne retire aucun bénéfice de son droit de garde qui, sous ce rapport, diffère singulièrement du droit de bail; il a l'administration des héritages roturiers et des villenages, mais il en perçoit les fruits pour le compte du mineur (4). Il n'a pas non plus droit aux meubles, ni aux créances (5); il doit donc rendre compte de tous les biens et des fruits. Mais en retour, il ne supporte aucune charge de ces biens, ne paie pas les dettes, a le droit de déduire sur les revenus, les dépenses qu'il a été obligé de faire et n'est pas obligé de pourvoir sur sa fortune personnelle à l'entretien de l'enfant. Comme il ne profite d'aucun émolument, il est naturel qu'il ne soit tenu d'aucune charge (6).

D'ailleurs, comme le baillistre, le gardien doit bien administrer. Le bailli du seigneur exerçait sur lui une véritable surveillance; il avait le droit de lui donner des ordres, de lui imposer des cautions s'il paraissait mal gérer, même de le punir et de le frapper de *mal renomex* lorsqu'il manquait à ses devoirs. Enfin le gardien ne pouvait pas profiter de la garde pour marier le mineur de sa propre autorité (7).

(1) Beaumanoir, chap. 15, n° 1, t. 1, p. 247; chap. 16, n° 16, t. 1, p. 270.

(2) Beaumanoir, chap. 15, n° 32, t. 1, p. 262; chap. 16, n° 17, t. 1, p. 271.

(3) Beaumanoir, chap. 17, n° 2, t. 1, p. 273.

(4) Beaumanoir, chap. 15, n° 7, t. 1, p. 247. — *Coutumes notoires*, n° 157.

(5) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 289, p. 150.

(6) Beaumanoir, chap. 14, n° 30, t. 1, p. 243; chap. 15, n°s 7, 10, 12, t. 1, p. 247, 249, 250; chap. 21, n° 10, t. 1, p. 309. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 289, p. 150.

(7) *Livre de justice et de plet*, p. 69, 79, 104, 323, 324. — Beaumanoir, chap. 15, n°s 12 et 31, t. 1, p. 250 et 261; chap. 21, n°s 12, 18, 20, 21, t. 1, p. 309. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 93.

Il s'établissait parfois une société tacite entre le mineur et le gardien; cette société était même générale et pour ainsi dire de droit si la garde était exercée par le père ou par la mère. Elle se formait, ou, comme on disait à cette époque, cette « *compagnie se faisait* » quand les biens appartenant au gardien et ceux du mineur étaient mis en commun. En pareil cas, à la fin de la garde, le gardien n'était plus obligé de restituer au mineur ses biens propres, mais de partager avec lui les biens composant la société, que ces biens eussent augmenté ou diminué par suite de l'administration du gardien. Nous avons déjà remarqué que ces sociétés tacites ne pouvaient pas se former entre gentilshommes, mais seulement entre gens de poeste (1).

Pendant la durée de la garde, le mineur était incapable, comme le mineur en bail, de passer les actes de la vie civile (2).

Le droit de garde se perdait, comme celui de bail, par la majorité de l'enfant. La majorité féodale, dans nombre de coutumes, arrivant plus tard que la majorité ordinaire, le droit de garde cessait avant celui de bail (3). Il va sans dire que la garde finissait aussi par la mort de l'enfant mineur.

Le droit de bail s'éteignait par la forfaiture, dont il ne pouvait pas être question pour le droit de garde. Plus tard, l'abus de jouissance du gardien put aussi amener l'extinction de la garde, mais au temps de Beaumanoir il en était autrement; en pareil cas le seigneur se bornait à demander des garanties au gardien (4). De même, le second mariage du père (ou de la mère) gardien des enfants du premier lit, n'éteignait pas encore à cette époque le droit de garde. Mais les coutumes ne tardèrent pas à changer sur ce point (5). A Paris, l'extinction provenant du second mariage ne fut intro-

(1) Beaumanoir, chap. 15, n° 10, t. I, p. 249; chap. 21, n°s 5, 8, 9, 10, 23.

(2) Cpr. Beaumanoir, chap. 15, n° 33, t. I, p. 262. Voir ce que nous avons dit à propos de la condition des mineurs.

(3) Desmares, *Décisions*, n° 249. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 12. — *Coutumes notoires*, n° 28.

(4) Beaumanoir, chap. 15, n° 12, t. I, p. 250.

(5) Voy. par exemple, *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 280.

duite qu'en 1510 (1); désormais on donna alors un tuteur au mineur, mais la mère remariée pouvait être cotutrice avec son second mari.

Nous avons vu que le bail s'appliquait aux fiefs, aux biens nobles, et qu'on l'attribuait au parent le plus proche du côté d'où venait le bien, tandis qu'on donnait la garde de l'enfant à un parent de l'autre ligne chargé de le protéger et de l'élever. Nous savons également qu'indépendamment de cette garde de la personne du mineur, il existait une garde de certains biens. On l'appelle *garde simple* pour la distinguer de la *garde noble* dont nous parlerons bientôt (2). Le bail était en fait plus propre aux familles nobles et la garde aux familles bourgeoises; mais cependant il faut remarquer qu'en droit, si un mineur avait possédé à la fois des fiefs et des tenures roturières, il y aurait eu bail pour les uns et garde pour les autres, et que bail et garde auraient pu être attribués à des personnes différentes.

Cet état de choses ne demeura pas longtemps intact et d'assez bonne heure le système du bail tomba en décadence: on cessa de donner le bail au parent le plus proche du côté d'où venait le bien, pour l'accorder au gardien de la personne. Ce changement amena la formation d'une nouvelle garde qu'on appela *garde noble* et qui en effet produisit des résultats différents de ceux qui étaient attachés à la garde simple ou ordinaire.

Il exista toujours une grande diversité, même après la rédaction des coutumes, sur le point de savoir à qui devait être attribué la garde noble. D'après l'ancienne coutume de Paris, elle était confiée au père ou à la mère survivante; à leur défaut à l'ascendant le plus proche; en dernier lieu au collatéral du degré le plus rapproché; mais l'aïeul était tou-

(1) Coutume de 1510, art. 99 et 100. Cpr. le procès-verbal de rédaction de la coutume, dans Richebourg, t. III, p. 22.

(2) Pour l'Angleterre, voy. ce que nous avons dit dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 202 et 229.

jours préféré, même pour les biens venant de l'autre ligne (1).

Pendant assez longtemps toutefois on donna le nom de *garde* au droit des ascendants et on conserva celui de *bail* pour désigner le droit des collatéraux; le terme *garde noble* n'est devenu général et définitif qu'après la rédaction officielle de la coutume (2).

D'après certaines coutumes, lorsque l'aïeul offrait d'accepter la garde sans profit, il l'emportait sur le survivant des père et mère qui ne voulait pas consentir à renoncer aux avantages attachés à ce droit (3).

C'est qu'en effet la garde noble produisait la plupart des avantages attachés à l'ancien bail : le gardien noble faisait siens les fruits et revenus et acquérait même la propriété des meubles (4). Dans la suite, cette acquisition de la propriété des meubles au profit du gardien noble parut exorbitante; on la supprima dès la première rédaction de la coutume de Paris (5). Mais beaucoup d'autres coutumes conservèrent cet avantage au gardien noble. Les jurisconsultes les plus récents ne parvinrent toutefois pas à s'entendre sur le point de savoir si le gardien avait droit aux meubles échus au mineur pendant la durée de la garde et aux fruits des immeubles acquis pendant le même temps. Les textes les plus anciens sont formels en faveur du gardien et les articles de la coutume de Paris semblent bien consacrer la même solution (6). Mais dans la suite on s'écarta de cet usage,

(1) *Coutumes notoires*, n° 25. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 27. — Cpr. *Coutume de Paris*, art. 265.

(2) Desmares, *Décisions*, n° 256. Voir le procès-verbal de la discussion de la *Coutume de Paris*, dans Richebourg, t. III, p. 22.

(3) Ancienne coutume de Chauny, art. 138. — *Coutume de Laon*, 4<sup>e</sup> partie, chap. 4.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 27, p. 293. — *Coutumes notoires*, n°s 25 et 28. — Desmares, *Décisions*, n° 281.

(5) *Coutume de 1510*, art. 99. — Cpr. Laurière sur l'art. 267 de la coutume de Paris.

(6) Beaumanoir, chap. 15, n° 15, t. I, p. 252. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 93. — Art. 99 et 100 de l'ancienne coutume de Paris; art. 267 et 270 de la nouvelle coutume.

probablement sous l'influence de la Nouvelle 118, chap. 2, et aussi en haine du droit de garde (1).

Le gardien noble, acquérant la propriété des meubles, était en retour tenu d'acquitter les dettes du mineur (2). Par la même raison, il n'était pas tenu de faire inventaire puisqu'il ne devait aucune restitution des meubles. Dans la suite, la coutume de Paris ayant supprimé l'acquisition des meubles au profit du gardien, on aurait dû aussi le dispenser de payer les dettes, mais l'effet survécut à la cause et on continua à imposer au gardien noble le paiement des dettes considéré comme une charge de son usufruit. De même le gardien noble étant devenu débiteur des meubles, la coutume de Paris de 1580 lui imposa l'obligation de faire inventaire, mais elle ne parlait pas de celle de fournir caution, et cependant dans la pratique on l'imposa parfois (3). Le gardien était aussi tenu de conserver et d'entretenir en bon état les biens dont il avait la jouissance, comme il supportait les frais d'instruction et d'éducation du mineur (4). D'ailleurs, le gardien de ces enfants mineurs ne devait pas le rachat au seigneur (5). En 1510, la coutume de Paris décida le contraire, mais on revint à l'ancien droit à l'époque de la seconde rédaction (6).

Le droit de garde noble prenait fin par la mort ou l'interdiction du gardien, par la perte de la noblesse, par l'arrivée du mineur à l'âge de la majorité, qui était en général comme on sait, fixée pour les nobles à vingt et un ou à quinze ans suivant le sexe (7). La mort du mineur amenait aussi la fin de la garde; il faut en dire autant du mariage de la fille mineure,

(1) Voy. Laurière, sur l'art. 269 de la coutume de Paris.

(2) *Coutumes notoires*, n<sup>os</sup> 25 et 28. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 360.

(3) Cpr. Coutume de Paris, art. 269.

(4) *Coutumes notoires*, n<sup>o</sup> 100. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 185. — Coutume de Paris, art. 265 à 267. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. IV, règle 10.

(5) Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 194. — *Coutumes notoires*, n<sup>o</sup> 136.

(6) Coutume de 1510, art. 32. — Coutume de 1580, art. 45.

(7) C'est ce qui avait notamment lieu dans la coutume de Paris, *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 41, p. 374. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 249. Cpr. Coutume de Paris, art. 268.

mais non de celui du mâle. Quant au second mariage du père ou de la mère, gardien ou gardienne des enfants, les coutumes étaient très diverses. Les unes continuèrent à décider, suivant l'ancien droit, qu'il n'éteignait pas plus la garde noble qu'autrefois il ne mettait fin au bail. En 1510 la coutume de Paris (art. 99 et 100), admit le contraire : elle voulut que le second mariage du père, comme celui de la mère, fût une cause d'extinction de la garde. D'autres coutumes allèrent moins loin et n'admirent cette extinction que vis-à-vis de la mère, sans la prononcer contre le père.

A côté de la garde noble, subsistait toujours l'ancienne garde simple pour les héritages tenus en roture, tels que les censives, les villenages. Si un mineur possédait deux sortes de biens, les uns nobles, les autres roturiers, il était aussi soumis à deux gardes différentes et chacune d'elles finissait à sa majorité propre, la garde noble à vingt et un ou quinze ans, la garde simple à quatorze ou douze ans, suivant le sexe (1). Le gardien simple n'avait que l'administration des biens, meubles ou immeubles, sans tirer aucun profit, il n'acquerrait pas la propriété des meubles ni l'usufruit des immeubles; mais en retour il n'était pas tenu des dettes ni de l'entretien du mineur (2).

A Paris, en vertu d'un privilège spécial reconnu aux bourgeois de cette ville, le père, la mère, l'aïeul ou l'aïeule, ayant la garde du mineur, faisait siens les fruits de ses censives et n'était pas tenu d'en rendre compte (3). Ce privilège fut reconnu aux bourgeois de Paris par une ordonnance de Charles V, du 9 août 1309, que confirmèrent plus tard deux ordonnances de Charles VI : l'une en 1399, l'autre en 1409 (4). On a souvent exprimé cette particularité en disant que la garde bourgeoise des habitants de Paris était une véritable

(1) *Coutumes notoires*, n° 157. — Desmares, *Décisions*, n° 249.

(2) *Coutumes notoires*, n° 157; *a contrario* de la *Coutume notoire*, n° 100.

(3) *Coutumes notoires*, n° 157.

(4) L'Ordonnance de Charles V a été transcrite par Chopin, du livre noir du Châtelet de Paris et il l'a reproduite dans son *Commentaire sur la coutume de Paris*, liv. 1, tit. 2.

garde noble. Cette formule a le tort d'être beaucoup trop générale et par cela même inexacte. La vérité est que certains bourgeois de Paris avaient droit, comme les gardiens nobles vis-à-vis des fiefs, à l'usufruit des censives de leurs mineurs. Mais l'analogie se limite à ce point, d'ailleurs important. Cette garde bourgeoise privilégiée n'appartenait originairement qu'aux père et mère et autres ascendants (1), et à l'époque de la rédaction officielle, elle fut encore restreinte : on la limita au père et à la mère, en excluant tous les autres ascendants (2). D'ailleurs le gardien bourgeois privilégié de Paris n'acquerrait pas la propriété des meubles et, comme il devait en rendre compte, il était tenu d'en faire l'inventaire ainsi que de bailler caution s'il ne présentait pas solvabilité suffisante (3). Mais, comme il n'acquerrait pas les meubles, il n'était pas tenu non plus de payer les dettes. Toutefois nous avons vu qu'au xvi<sup>e</sup> siècle, le gardien noble, tout en cessant d'acquérir les meubles, continua à être tenu de payer les dettes considérées maintenant comme charge de l'usufruit des immeubles et, à partir de cette époque, le gardien bourgeois privilégié ayant aussi la jouissance des immeubles fut en outre tenu d'acquitter les dettes.

#### § 5. — TUTELLES ET CURATELLES; ALIÉNÉS, PRODIGES, ABSENTS.

Lorsqu'il n'y avait pas lieu à bail et que l'enfant avait perdu ses parents, la tutelle s'ouvrait si cet enfant était noble. Tel était le cas où ceux qui avaient droit au bail ne voulaient pas l'accepter ou bien encore celui où le mineur n'avait pas de parents assez rapprochés pour avoir droit au bail. On peut aussi supposer un jeune gentilhomme sans fief; il sera en tutelle s'il a perdu son père (4). Cette tutelle diffère très sensiblement du bail, mais elle se rapproche singulièrement

(1) *Coutumes notoires*, n° 157.

(2) Coutume de 1510, art. 101; coutume de 1580, art. n° 266.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 41, p. 373.

(4) Voy. Coutume de Lorris, art. 29 et 94, p. 9 et 24. — *Livre de justice et de plet*, p. 58.

de la garde simple des bourgeois. Aussi beaucoup de textes du moyen âge lui donnent-ils le nom de *garde* et, en sens inverse, il en est qui désignent la garde simple sous le nom de tutelle, à partir de l'époque où ce dernier terme est entré dans le droit coutumier sous l'influence du droit romain. Les conditions de capacité et les pouvoirs du tuteur étaient en général les mêmes que ceux du gardien sans fruits, c'est-à-dire du gardien ordinaire. A mesure que le droit de bail fut restreint, la tutelle s'élargit tout naturellement. C'est ce qui eut lieu notamment lorsque dans les derniers siècles, un grand nombre de coutumes, celle de Paris entr'autres, supprimèrent le bail des collatéraux. Pour les roturiers, la tutelle ne différait pas de la garde ordinaire : c'était une véritable garde sans fruits, mais on n'en nommait pas moins un tuteur au jeune roturier lorsque, par une cause quelconque, il se trouvait sans gardien.

D'après Beaumanoir, la tutelle est nécessairement dative; on ne connaît pas dans le Beauvoisis la tutelle légale ni la tutelle testamentaire. C'est le seigneur qui désigne le tuteur et il le prend parmi les parents du mineur; à leur défaut, il s'adresse à un ami ou même à un étranger. Mais la personne ainsi désignée, même si elle est parente du mineur n'est jamais obligée d'accepter cette charge : nulle franche personne n'est tutrice contre son gré. Si le seigneur ne peut trouver un tuteur, c'est lui-même qui se charge du mineur. Lorsque celui-ci ne possède pas de biens, le seigneur ne cherche même pas un tuteur et il prend à son compte l'entretien et l'éducation de l'enfant (1).

D'après l'ancienne coutume d'Artois, le prévôt de la contrée doit prendre la garde, c'est-à-dire la tutelle de l'enfant qui n'a pas de baillistre et les amis de la famille peuvent se charger de cette garde, qui est en réalité l'ancienne tutelle germanique.

(1) Beaumanoir, chap. 16, n° 2, t. 1, p. 164; chap. 17, n° 4, t. 1, p. 274. Beaumanoir relève lui-même dans son chap. 17, n° 2, que la tutelle est une sorte de garde.

On relève aussi dans les *Etablissements de Saint Louis* des traces de coutumes barbares. D'après ce coutumier, le père et la mère étant morts, l'enfant roturier et sa fortune sont confiés au même parent, tandis que, s'il s'agissait d'un noble, on s'en souvient, celui qui aurait le bail du fief serait privé de la garde de l'enfant, laquelle serait confiée à un parent de l'autre ligne, pour ne pas mettre l'agneau à la merci du loup. On ne redoutait pas ce danger pour les roturiers; mais la coutume rapportée par les *Etablissements*, permettait à l'enfant roturier, s'il ne se trouvait pas bien entre les mains de son gardien ou tuteur, de le quitter et de se placer sous l'autorité d'un autre; encore fallait-il que cet enfant eût atteint l'âge de discernement pour faire connaître son choix et peut-être même exigeait-on, bien que le coutumier ne le dise pas, l'intervention de la justice pour ratifier ce choix. Quoi qu'il en soit, cette particularité très remarquable relevée par les *Etablissements de Saint Louis* remonte bien certainement à de vieux usages germaniques et n'a aucun rapport avec la *tutoris optio* du droit romain, comme l'avait cru à tort Laferrière dont M. Giraud n'a pas eu peine à démontrer l'erreur (1).

Sous l'influence du droit romain, la tutelle cessa d'être purement dative et on reconnut encore deux autres sortes de tutelles : la tutelle testamentaire et la tutelle légitime.

La première fut admise sans difficulté par certaines coutumes; d'autres la repoussèrent toujours, même dans les temps les plus rapprochés de la Révolution. Ainsi Pothier ne fait aucune mention de la tutelle testamentaire dans son commentaire de la coutume d'Orléans, ce qui paraît bien en impliquer l'exclusion. Au contraire la tutelle testamentaire apparaît à Bourges dès le xii<sup>e</sup> siècle (2). Le *Livre des droitz et des commandemens* nous apprend que le père peut dési-

(1) *Etablissements de Saint Louis*, liv. 1, chap. 141— Cf. Laferrière, *Histoire du Droit français*, t. VI, p. 168; Giraud, *La lex Malacitana*, dans la *Revue historique de Droit français et étranger*, année 1866, t. XII, p. 320, 433 et suiv.; (p. 18 et 51 du tirage à part). — Sur les origines germaniques de cet usage, voy. aussi Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. 1, p. 259.

(2) *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 22.

gner le tuteur de ses enfants, mais que celui-ci a le droit de refuser la charge (1). Malgré tout, cette tutelle testamentaire paraît avoir été très rare dans les pays coutumiers.

A son défaut venait la tutelle légitime ou coutumière, c'est-à-dire déferée par la coutume elle-même. En général, à la mort de l'un des deux parents, il y avait lieu à bail et non à tutelle, du moins s'il s'agissait de nobles ou même de bourgeois dans les coutumes qui admettaient la jouissance des biens du mineur au profit du survivant (2).

Les anciens coutumiers sont très divisés lorsqu'il s'agit de régler la délation de cette tutelle. Le *Livre de justice et de plet* parle très longuement des droits et obligations du tuteur, mais il n'indique pas quelles sont les personnes chargées de la tutelle (3). Il est même possible qu'il n'ait pas admis cette sorte de tutelle, car il décide que pour les vilains la tutelle, à défaut du père et de la mère, est déferée par le juge au plus proche parent (4). Il faut arriver jusqu'au *Livre des droiz et des commandemens* et au texte des *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, pour rencontrer des dispositions assez précises; mais il est alors facile de constater l'influence du droit romain. Celui-ci admettait notamment la tutelle de la mère survivante non remariée et même celle de l'aïeule. Déjà les lois des Burgondes et des Visigoths avaient reconnu la tutelle de la mère et elles la plaçaient même en première ligne, avant celle des autres parents et sans admettre la tutelle testamentaire (5).

Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* admettent aussi la tutelle de la mère survivante, soit qu'il s'agisse d'une mère coutumière, soit qu'il s'agisse d'une mère noble qui a renoncé au bail. Mais d'ailleurs cette mère n'est pas obligée d'ac-

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 896.

(2) Desmares, *Décisions*, n° 244. — *Coutumes notoires*, n° 157. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 144.

(3) Voy. à cet égard Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 156.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 58.

(5) Loi des Burgondes, tit. LIX et tit. LXXXV, § 1. — Loi des Visigoths, III, 1, 7; IV, 2, 13. — Cpr. Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 154.

cepter la tutelle et, si elle la refuse, on ne s'adressera pas à l'aïeul, mais au plus proche parent paternel et ensuite au plus proche parent maternel. Dans tous les cas la mère est tenue des obligations ordinaires des tuteurs; elle doit notamment faire inventaire, donner caution, prêter serment; on l'oblige en outre à renoncer au sénatus-consulte Velléien. Enfin elle est privée de la tutelle si elle convole à de secondes noces (1).

Les anciennes coutumes appellent en général à la tutelle d'abord les ascendants, puis les collatéraux, en préférant les parents paternels aux parents maternels. Mais il existe de telles divergences dans les détails, qu'il n'est pas possible de les faire connaître ici, d'autant plus qu'elles n'offrent aucun intérêt (2).

En dernier lieu vient la tutelle dative, c'est-à-dire déferée par le juge du lieu. En général il est déjà appelé à confirmer le tuteur testamentaire ou légitime. C'est aussi lui qui tranche les difficultés qui peuvent s'élever entre parents sur le point de savoir à qui appartient la tutelle. Enfin, à défaut de parents, le seigneur ou son juge continue à choisir le tuteur. C'était déjà lui qui était chargé de cette mission au temps de Beaumanoir, à l'époque où toute tutelle était dative et l'introduction des autres tütelles n'a fait que la restreindre sans la supprimer (3). Dans beaucoup de localités, la tutelle est déferée par les magistrats municipaux (4) et c'est quelquefois la ville elle-même qui est tutrice; elle est alors représentée par une commission chargée de veiller aux intérêts

(1) Voy. sur ces différents points : *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 788, t. II, p. 284. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 617, 830, 851, 896, 923, 939, 940. — *Textes relatifs à l'histoire du Parlement*, p. 151.

(2) Remarquons seulement que le mari n'est pas, en cette qualité, tuteur de sa femme mineure, *Livre des droiz et des commandemens*, n° 791, t. II, p. 213.

(3) Beaumanoir, chap. 17, t. I, p. 273. — A Paris, le prévôt nomme les tuteurs, *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n°s 181 et 182, p. 92.

(4) C'est ce qui avait lieu notamment à Bordeaux, à Provins et en Bourgogne. Cpr. Lamothe, *Coutumes du ressort du Parlement de Guyenne*, t. I, p. 146. — *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 4<sup>e</sup> série, t. II, p. 201. — Simonnet, *Etudes sur l'ancien droit en Bourgogne*, p. 65.

des orphelins (1). De bonne heure les textes déclarent que le roi prend aussi les mineurs sous sa protection, mais c'est encore là au moyen âge un principe vague et qui ne comporte aucune application précise (2).

Lorsque la tutelle fut ainsi organisée d'une manière complète et régulière, on admit que le tuteur auquel elle était déférée, ne pouvait pas y renoncer sans juste cause et certains coutumiers énumérèrent les motifs d'excuse (3). D'autres personnes étaient frappées d'incapacité d'être tuteurs; ainsi les prêtres, diacres, sous-diacres, religieux, moines, ne pouvaient être tuteurs que de leurs proches parents (4). Le tuteur devait avoir atteint l'âge de 25 ans; avant cet âge on était donc encore frappé d'incapacité (5). Le créancier ou le débiteur du mineur ne pouvait être son tuteur qu'autant qu'il avait été désigné par le père (6).

Celui qui se serait ingéré dans une tutelle sans en avoir le droit aurait été considéré comme tuteur de fait et à ce titre noté d'infamie (7). Mais d'un autre côté, celui qui avait accepté volontairement la tutelle ne pouvait pas l'abandonner sans une juste cause (8).

La tutelle était en principe gratuite. Beaumanoir nous apprend que de son temps le tuteur a droit à un salaire (9). C'est le seigneur qui détermine le montant de cette indemnité; mais s'il la fixe à une somme trop élevée, le mineur,

(1) Cpr. les bons usages de la commune d'Oléron, dans Travers Twiss, *The black Book of the admiralty*, t. II, p. 288. — *Charte de la commune d'Amiens de 1190*. Cpr. *Encyclopédie méthodique de jurisprudence*, t. IV, p. 704. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 461.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 116.

(3) Voy. par exemple *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 768, 804, 851, 896. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n<sup>o</sup> 459, t. IV, p. 335. — D'après ce dernier texte, celui qui est déjà chargé de trois tutelles peut refuser la quatrième.

(4) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 916.

(5) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 876.

(6) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 140. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 787 et 790, t. II, p. 284 et 285.

(7) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 54.

(8) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 789, t. II, p. 285..

(9) Beaumanoir, chap. 17, n<sup>o</sup> 8, t. I, p. 276.

devenu majeur, peut s'adresser au comte pour obtenir une restitution partielle.

A son entrée en fonctions, le tuteur doit faire inventaire, donner caution et aussi prêter serment de bien administrer. Ces obligations sont imposées même à la mère survivante (1).

En principe, c'est le tuteur qui représente le mineur dans les actes de la vie civile. Les textes ne s'expliquent pas avec précision sur l'étendue de ses pouvoirs, mais il semble bien résulter de leurs exemples que le tuteur peut faire seul tous les actes d'administration, par exemple recevoir un paiement, constituer procureur (2). Quant à ceux qui sont plus graves, il a besoin de l'autorisation de justice, par exemple, pour demander un partage, pour transiger (3). S'il dépasse les limites de ses pouvoirs, et si l'acte est préjudiciable au mineur, celui-ci pourra, plus tard, en demander la nullité (4). D'après le *Livre de justice et de plet*, le tuteur ne peut pas aliéner seul les immeubles du mineur, à moins qu'il n'y ait profit pour celui-ci; dans les autres cas, l'acte d'aliénation, vente, échange ou autre serait nul (5). Dans certaines coutumes, c'est en justice que le tuteur rend compte de son administration (6); quelques-unes nous parlent aussi du conseil de famille, sans le consentement duquel le tuteur ne peut pas passer les actes les plus importants. Ainsi à Paris la coutume voulait que, pour la vente d'un immeuble d'un mineur, le tuteur obtint le consentement du conseil de famille et l'homologation de justice, décision qui a passé dans notre Code civil (7). Mais le conseil de famille n'existait

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 790, 830, 896, 921, 922. Certains textes paraissent restreindre au tuteur datif l'obligation de donner plège, *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 1008.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, M, n<sup>o</sup> 66, t. IV, p. 404.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 790, 899, 900, 1005.

(4) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 781, t. II, p. 208.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 173.

(6) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 925.

(7) Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 12. — *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n<sup>o</sup> 38, p. 16.

pas partout et même là où il existait, il n'était pas toujours organisé d'une manière très précise (1).

Bien que le tuteur représentât le mineur, il ne l'excluait cependant pas et les actes faits par le mineur lui-même, assisté de son tuteur, auraient été parfaitement valables. Quant aux actes passés par le mineur seul, nous connaissons les effets qu'ils produisent (2).

La tutelle prenait fin, du côté du mineur, par son émancipation ou par l'arrivée de la majorité et, comme l'âge de cette majorité variait suivant les coutumes, on avait décidé que la durée de la tutelle serait déterminée par la coutume du principal hébergement (3).

Dans les pays de droit écrit, à défaut du père ou d'aïeul paternel, l'enfant était placé en tutelle jusqu'à l'âge de douze ou quatorze ans. Suivant les principes du droit romain, on mettait en première ligne la tutelle testamentaire. Dans la coutume de Toulouse, le tuteur ainsi désigné, s'appelait *spondarius* et la tutelle *sponderagium* (4). D'après la coutume de Montpellier de 1205, les exécuteurs testamentaires, *vadiatores*, étaient, de plein droit, tuteurs des enfants mineurs du testateur, à moins que celui-ci ne les eût écartés par une disposition spéciale (5). En second lieu venait la tutelle légitime, dévolue conformément aux principes du droit romain. Ainsi, la mère non remariée et à son défaut l'aïeule pouvaient la réclamer, mais cette charge ne leur était pas imposée. D'un autre côté, dans de nombreuses villes du Midi, à défaut de

(1) Au XIII<sup>e</sup> siècle, en Touraine et en Anjou, la fille placée sous la tutelle de sa mère ne pouvait pas se marier sans l'avis des parents paternels. Voy. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 67 et ce que dit M. Viollet, t. I, p. 145. C'était là un reste d'une vieille coutume germanique qui n'a pas tardé à disparaître.

(2) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 117; *Livre des droitz et des commandemens*, n° 146, t. I, p. 378. Ce second texte nous apprend que si le débiteur paye au mineur seul, le paiement n'est pas valable et que le mineur pourra réclamer une seconde fois la somme, à moins que le premier paiement ne lui ait profité.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 990.

(4) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 6 et 49.

(5) *Ancienne coutume de Montpellier* de 1207, art. 7.

tuteur désigné par le testament, c'étaient les autorités locales, à Toulouse les consuls, qui en choisissaient un à l'enfant (1).

A Toulouse le tuteur devait faire inventaire, à peine d'encourir de graves responsabilités, surtout au moment de la reddition des comptes. On se montrait pourtant moins rigoureux si le tuteur appartenait à la famille de l'enfant (2). D'ailleurs anciennement, à Toulouse, on n'obligeait pas le tuteur à fournir caution. Pendant la durée de ses fonctions le tuteur devait prendre soin de la personne de l'enfant et administrer ses biens, mais il n'avait pas le droit d'en disposer. Si cependant il paraissait nécessaire d'aliéner un immeuble, il fallait en demander l'autorisation aux consuls, et encore le tuteur testamentaire ne pouvait-il vendre qu'autant que le testateur lui en avait donné l'autorisation; en cas de silence du testament, il fallait provoquer de la part des consuls la nomination d'un tuteur spécial chargé de procéder à la vente (3).

Il paraît d'ailleurs que l'administration des tuteurs donna lieu à Toulouse à de véritables scandales : les biens des mineurs étaient dilapidés et les tuteurs s'enrichissaient honteusement à leurs dépens. Aussi en 1285, dans l'année même où les coutumes de Toulouse venaient d'être approuvées par le roi, deux commissaires royaux, Rodolphe, évêque de Laon, et Jean, comte de Forez, rendirent, en exécution d'une mission dont les avait chargés le roi Philippe le Bel à l'effet d'assurer une meilleure administration de la justice dans les provinces d'Oc, un arrêté connu sous le nom d'*arrestum sane* (4) qui régla sévèrement les tutelles et curatelles. Désormais les tuteurs et curateurs devront donner caution et prêter serment devant le juge ordinaire du lieu, dans la huitaine de leur nomination; puis, en présence d'un notaire et de quelques témoins choisis parmi les parents ou, à leur défaut,

(1) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 5.

(2) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 6.

(3) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 5 et 100.

(4) *Sane est* le premier mot d'une des principales dispositions de cet arrêté.

parmi les amis de la famille du pupille, il sera dressé un inventaire des meubles et un état des immeubles, sous peine, pour le tuteur, d'être considéré comme coupable de dol et d'être à l'avenir écarté de toute tutelle (1). A la fin de la tutelle, le tuteur rendra compte, s'il s'élève des difficultés, devant le juge ordinaire du lieu ou son délégué, sommairement et sans qu'il soit nécessaire d'observer les formes ordinaires et sans qu'il soit nécessaire d'observer les formes ordinaires des assignations et des procédures (2).

Dans l'ancien droit romain, dès que le pupille avait atteint la puberté, il acquérait la pleine capacité. C'est un fait commun aux législations primitives de fixer la pleine capacité de très bonne heure. Mais on ne tarda pas à constater le danger qu'il y avait à proclamer des enfants pleinement capables dès l'âge de quatorze ans. Aussi intervint-il de bonne heure une loi *Platoria* qui organisa des poursuites contre toute personne coupable d'avoir abusé de l'inexpérience d'un mineur de vingt-cinq ans et elle permit même peut-être à celui-ci de demander la nullité de son engagement. Bientôt le droit prétorien alla plus loin et autorisa d'une manière générale le mineur de vingt-cinq ans à demander la restitution en entier toutes les fois qu'il éprouvait une lésion, soit pendant la minorité même, soit pendant une année utile à partir de la majorité. Mais cette situation ne tarda pas à se retourner contre les mineurs de vingt-cinq ans : dans la crainte d'une restitution en entier, personne ne consentait plus à traiter avec eux. A partir de Marc-Aurèle, on imagina, pour garantir les tiers, et par cela même pour donner au mineur de vingt-cinq ans plus de crédit, d'établir une curatelle. Celle-ci n'était pas d'ailleurs obligatoire pour le mineur de vingt-

(1) Toutefois on admettait que le testateur pouvait dispenser le tuteur de l'obligation de faire inventaire; interdiction était faite au tuteur de se faire donner des quittances de gestion pendant son administration, de se faire consentir des cessions et des donations par le pupille, à peine de nullité de tous ces actes.

(2) On trouvera l'*arrestum sane* dans Richebourg, t. II, p. 1066 et dans l'éd. de Tardif de la coutume de Toulouse, p. 81. M. Laferrière en a donné la traduction dans le tome V de son *Histoire du droit français*, p. 266.

cinq ans; il pouvait demander un curateur, mais il n'y était pas obligé (1). Si le mineur de vingt-cinq ans ne consentait pas à être mis en curatelle, il restait pleinement capable, mais il avait droit aussi à la restitution en entier, ce qui pouvait empêcher les tiers de traiter avec lui. Consentait-il à se mettre en curatelle, il devenait sans doute incapable, en ce sens qu'il ne pouvait pas rendre sa condition pire sans le consentement de son curateur, mais aussi lorsqu'il était muni de son autorisation, les tiers en contractant avec lui, sans avoir la même sécurité que s'ils avaient traité avec un majeur de vingt-cinq ans, étaient cependant en fait beaucoup moins menacés par la restitution en entier.

Cette curatelle des mineurs de vingt-cinq ans existait bien certainement en Gaule, au moment de l'invasion des Barbares et elle y laissa des traces dans le Midi pendant le moyen âge. Il est question de la curatelle dans la Loi romaine des Burgondes. Le Papien s'en occupe également (2). Certains textes nous montrent la curatelle fonctionnant à Limoges au XIII<sup>e</sup> siècle (3). A Marseille, au XIV<sup>e</sup> siècle, la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans paraît avoir existé telle qu'elle était pratiquée chez les Romains : elle était facultative pour le mineur (4).

Ce fait paraît cependant avoir été très exceptionnel et il semble qu'en présence de cette institution romaine, connue sous le nom de curatelle des mineurs de vingt-cinq ans, il se soit établi deux courants à deux époques successives : l'un au commencement du moyen âge, l'autre après la

(1) Cependant pour certains actes spéciaux, on exigeait que tout mineur de vingt-cinq ans fût pourvu d'un curateur : pour recevoir ses comptes de tutelle, ou un paiement, ou pour plaider; mais il ne faut pas confondre ces curatelles spéciales avec la curatelle générale qui nous occupe en ce moment.

(2) Papien, XXXVI, 3, 5, Pertz, *Leges*, III, 167. — Cpr. Brachylogus, lib. I, tit. XVIII, éd. Böcking, p. 27.

(3) Marvaud, *Histoire des vicomtes et de la vicomté de Limoges*, t. II, p. 391.

(4) Guilhaumez, *Étude sur les actes des notaires à Marseille*, thèse de l'École des Chartes; Cpr. *Statuts de Marseille*, dans Méry et Guindon, *Histoire de Marseille*, t. III, 2<sup>e</sup> partie, p. 163. — Viollet, *Précis de l'Histoire du droit français*, p. 464.

renaissance des études juridiques. Au commencement du moyen âge, on ne comprit pas très exactement cette curatelle des mineurs de vingt-cinq ans qui était en effet assez compliquée. D'un autre côté elle était contraire aux mœurs des nouveaux venus qui tenaient à donner la pleine capacité de très bonne heure, dès l'âge de la puberté. C'est ce qui fit tomber la curatelle des mineurs de vingt-cinq ans en désuétude dans un grand nombre de localités, même du Midi. Ainsi le Brachylogus parle sans doute de la curatelle, mais d'une manière plutôt théorique que pratique et il ne mentionne même pas les mineurs de vingt-cinq ans. L'ancienne coutume de Toulouse consacre le système du droit romain, mais avec des modifications intéressantes à relever (1). Elle commence par déclarer qu'à partir de la puberté le pupille autrefois en tutelle devient pleinement capable et, à la différence du droit romain, elle lui refuse le bénéfice de la restitution en entier contre les actes qu'il a pu passer à son propre préjudice. Mais d'autre part le mineur de vingt-cinq ans peut recevoir un curateur, soit par le testament de son père, soit par les consuls de la ville et pour un temps déterminé et alors il devient incapable, de telle sorte qu'il peut être restitué pour cause de lésion pour les actes qu'il a passés sans le consentement de son curateur (2). Il y a là, comme on le voit, une tendance à rapprocher la curatelle de la tutelle. Ce mouvement s'accrut et devint très général après la renaissance du droit romain et surtout vers les temps modernes. Il pénétra même dans les pays de coutume où il fut accepté avec empressement. On reconnaissait en effet à cette époque qu'il était dangereux de donner la pleine capacité à des individus à peine sortis de l'enfance. Sans doute on retrouve dans les coutumes des distinctions théoriques entre la tutelle et la curatelle, et qui sont manifestement empruntées au

(1) A notre avis, M. Tardif n'a pas très exactement rendu le sens de cette coutume dans son ouvrage *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après les Coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 39.

(2) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 7, éd. Tardif, p. 10.

droit romain. On y lit, par exemple, que le tuteur est donné à la personne et le curateur aux biens, formule romaine dont on ne paraît pas bien connaître le sens, ou encore que le curateur est donné pour une cause déterminée, tandis que le tuteur a des pouvoirs généraux (1). Mais il n'en est pas moins vrai qu'on en arrive à confondre la tutelle avec la curatelle : jusqu'à vingt-cinq ans, même dans certains pays de coutume, le mineur est considéré comme incapable ; il est, à ce titre, placé sous l'autorité d'un tuteur ou d'un curateur ; celui-ci administre les biens comme celui-là, et le mineur de vingt-cinq ans est restituable pour cause de lésion contre les actes qu'il a passés seul. C'est ce qui amena à dire dans certaines coutumes : *tutelle et curatelle n'est qu'un*, soit qu'on prolongeât la minorité jusqu'à vingt-cinq ans, soit qu'entre l'ancien âge de quatorze ans et celui du droit romain, on ait préféré celui de vingt ans (2). Dans les pays où le bail du mineur ne durait que jusqu'à quatorze ans, on émancipait parfois le mineur même avant cet âge pour faire cesser ce bail, mais alors il recevait un curateur pour l'administration de ses biens (3). Dans ses notes sur Bouteiller, Charondas résume la situation de son temps en disant : « Il y a différence entre tuteurs et curateurs : mais à présent pour le regard des mineurs, les deux charges de tuteurs et curateurs sont confondues et durent jusques à vingt-cinq ans (4). » Sous ce rapport, comme on le voit, le droit romain a exercé une influence marquée dans les pays de coutume, tout en recevant lui-même d'importantes modifications. Si l'on se reporte aux coutumiers de l'époque

(1) Voy. par exemple *Livre des droitz et des commandemens*, n° 718, t. II, p. 166. Le même coutumier nous dit que le mineur de vingt-cinq ans peut être restitué en cas de déception, disposition qu'il emprunte manifestement au droit romain. Cpr. n°s 43, 684, 833.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 43, 684, 833. — Coutume de Cambrai, VI, 5. — Coutume de Montargis, VII, 7. — La Coutume de Lorris, art. 29, éd. Tardif, p. 9, n'établit aucune distinction entre le tuteur et le curateur.

(3) Voy. par exemple, dans Chénon, *Histoire de Sainte-Sévère*, p. 111.

(4) Annotation sur le titre XIII du livre I de la *Somme rural*, éd. de 1621, p. 103.

antérieure, on n'y retrouve aucune trace de cet état de choses. Beaumanoir ne fait aucune allusion à la curatelle romaine. Le *Livre de justice et de plet* emploie le mot, mais chose curieuse, il appelle curateur le baillistre, parce que le droit féodal, en lui donnant la jouissance des immeubles, lui refuse la garde de la personne (1).

La curatelle des mineurs n'était pas la seule que consacra le droit romain. Il en était encore d'autres qui ont passé même dans les pays de coutume. Ainsi les lois barbares ne mentionnent aucune mesure de protection pour les prodigues et pour les aliénés. C'est seulement au moyen âge que leur condition commence à être réglée par la pratique qui s'inspire des lois romaines. Il paraît qu'à Limoges le consul nommait déjà des curateurs aux prodigues, bien qu'ils fussent majeurs de vingt-cinq ans (2). Le Parlement de 1294 mit en sequestre les biens de certains époux pour cause de prodigalité et en confia l'administration à une personne qu'il désigna après avoir pris l'avis d'un conseil de famille. M. Viollet cite un mandement du roi, de l'année 1303, qui prescrit au bailli d'Amiens de nommer, sur l'avis du conseil de famille, un curateur à un prodigue (3). On constate aussi l'existence de la curatelle pour cause de prodigalité en Bretagne dès le xiv<sup>e</sup> siècle (4). Ces mesures d'ailleurs paraissent avoir été prises un peu au hasard et sans règles bien fixées jusqu'à la dernière partie de notre période.

Il en fut de même pour les aliénés. Leur condition paraît avoir été très dure au moyen âge; ils n'étaient l'objet d'aucune mesure de protection spéciale. En général on les laissait en pleine liberté et sans protecteurs légaux, tant qu'ils n'étaient pas dangereux et qu'on les croyait sujets à guérison. Dans le cas contraire, on les mettait en prison où ils restaient

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 221 et 222.

(2) Cpr. Guibert, *La famille limousine d'autrefois*, p. 34; Marvaud, *Histoire des vicomtes et de la vicomté de Limoges*, t. II, p. 391.

(3) Bibliothèque nationale, manuscrit latin 4763, folio 23 au verso. Voy. Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 465.

(4) Simonnet, *Etudes sur l'ancien droit en Bourgogne*, p. 108 et suiv.

indéfiniment. Parfois cependant le fou était confié à la garde d'un ami qui devenait alors responsable de ses actes. On voulait bien admettre en effet que le fou ne fût coupable d'un délit qu'autant qu'il avait agi dans un intervalle lucide. Le *Grand coutumier de Normandie* consacre tout un chapitre aux aliénés, mais moins dans leur intérêt que dans celui de la paix publique : un aliéné a-t-il tué ou blessé quelqu'un, il faut le mettre en prison où il sera nourri et entretenu à ses frais, et, s'il est indigent, au moyen d'aumônes. S'il n'a encore commis aucun méfait, mais si l'on peut en craindre de sa part, sa garde est confiée à ceux de ses parents qui ont la gestion de ses biens et ces parents peuvent le tenir enfermé et même lié ; s'il n'a pas de parents, on le confie à ses voisins (1).

Beaumanoir s'occupe peu des aliénés ; il se borne à déclarer que le testament du fou n'est pas valable, à moins qu'il n'ait été fait avant la maladie (2). Il est probable qu'il admettait la même solution pour tous les actes de volonté. Il prévoit aussi le cas où un plaideur est atteint d'aliénation mentale au cours d'un procès ; il ne veut pas que cette circonstance arrête l'instance, même en matière immobilière. La cour, à la requête de l'autre partie, nommera un défendeur au forcené et le procès continuera (3). Il paraît toutefois qu'en général dans les pays de coutume, l'aliéné recevait de son seigneur un administrateur chargé de gérer ses biens (4). D'après le droit féodal, lorsque la folie frappait un aîné, on le considérait comme décédé, en ce sens qu'il était déchu de son droit d'ainesse, lequel passait au second fils, et que ses biens étaient distribués entre ses frères et sœurs, comme si sa succession avait été ouverte, à charge par eux de l'entretenir convenablement.

(1) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 79, éd. de Gruchy, p. 84.

(2) Beaumanoir, chap. 12, n° 45, t. 1, p. 201.

(3) Beaumanoir, chap. 3, n° 18, t. 1, p. 69.

(4) Voy. la nomination par le prévôt de Paris d'un commissaire chargé de rechercher si une personne est atteinte d'imbécillité, dans le *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 132, p. 71.

Le *Livre de justice et de plet* est beaucoup plus complet. Il donne un curateur à l'aliéné (1). Il ne veut pas que l'aliéné soit mis en cause (2); il le frappe d'un assez grand nombre d'incapacités (3). Mais par cela même que l'aliéné est incapable de tester, le *Livre de justice et de plet* ne veut pas qu'on lui applique les peines dont étaient menacés les *intestats* (4).

A la fin de notre période, la situation des prodigues et celle des aliénés étaient définitivement organisées. Toute personne reconnue prodigue ou atteinte d'aliénation mentale ou même d'une maladie incurable qui la mettait dans l'impossibilité d'administrer son patrimoine, pouvait être frappée d'interdiction et à ce titre déclarée incapable par la justice, à la demande des parents, en particulier de ses héritiers présomptifs. La Cour lui nommait alors, après avoir pris l'avis d'un conseil de famille, un tuteur ou curateur, car les deux termes étaient synonymes, chargé de la garde de sa personne et de l'administration de ses biens. Cette mission était en général confiée au parent le plus proche. Mais on ne prenait cette grave mesure qu'après une instruction préalable sérieuse, enquête, interrogatoire, etc., à l'effet d'établir l'existence des faits donnant lieu à interdiction, et celle-ci était ensuite soumise à des mesures de publicité destinées à prévenir les liers. C'est qu'en effet tout acte passé avec un de ces incapables, aurait été nul de droit, comme le disent déjà les anciens textes et comme le répète l'art. 502 du Code civil, c'est-à-dire sans qu'il eût été nécessaire d'établir l'existence de l'aliénation mentale au moment même où l'acte avait été passé (5).

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 59 et 222.

(2) *Ibid.*, p. 80 et 131.

(3) *Ibid.*, p. 88, 99, 131, 177, 183, 302.

(4) *Ibid.*, p. 247.

(5) *Coutumes nectoires*, n° 178. « Se à aucun est faite interdiction par justice du gouvernement et administration de ses biens et icelle interdiction publiée et notifiée publiquement et a iceluy donné curateur par justice au gouvernement de ses biens après l'interdiction ainsi faite, iceluy de soy, au desceu et sans l'autorité de ses curateurs, ne peut faire contrats ne obligations qui soient valables, et se il les fait, iceux contrats sont nuls *ipso jure* ou au moins sont à annuler. » Voy. encore arrêt du 5 mars 1323, dans Boutaric, n° 7108; *Livre des droitz et des commandemens*, n° 779, t. II, p. 207.

On nommait aussi parfois des curateurs dans d'autres circonstances spéciales, par exemple si personne ne se présentait pour accepter une hérédité. La justice, à la demande des créanciers ou autres intéressés, désignait un curateur à la succession vacante, lequel était chargé, après avoir fait inventaire et prêté serment, d'en administrer les biens et de payer les dettes jusqu'à concurrence de l'actif (1).

En cas d'absence, on nommait aussi parfois un curateur à l'absent, soit seulement pour passer un acte déterminé (2), soit avec pouvoirs généraux et pour administrer la fortune entière (3). Dans ce dernier cas, au Châtelet de Paris, on prenait le curateur parmi les héritiers présomptifs. Mais avant d'ordonner cette mesure, l'absence devait être établie par une enquête que faisait un examinateur du Châtelet. D'ailleurs la coutume ne fixait pas un délai uniforme; c'était une pure question de fait de savoir s'il y avait absence et le prévôt déclarait cette absence aussi bien au bout d'une ou de deux années que d'un temps plus long. Si l'absent était un mari, la justice autorisait sa femme à passer les actes de la vie civile, même à plaider. Était-ce la femme qui avait disparu, elle continuait à être représentée par son mari; celui-ci pouvait même accepter les successions qui lui étaient dévolues et se mettre en possession, à charge de fournir caution (4).

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 897, t. II, p. 258.

(2) Arrêt du Parlement du 5 février 1309, Boutaric, n° 3504. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, M, n° 177, t. IV, p. 449. Cpr. *Livre des droiz et des commandemens*, n° 900, t. II, p. 260.

(3) *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 2, p. 3.

(4) *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, nos 1 à 4, p. 2 et suiv. — *Le Livre des constitutions du Châtelet*, n° 25, p. 45.

## CHAPITRE XV.

### Les biens et la propriété.

---

#### § 1<sup>er</sup>. — DISTINCTION DES BIENS; MEUBLES ET IMMEUBLES.

La distinction des biens en meubles ou immeubles se retrouve dans toutes les législations, par la raison bien simple qu'elle résulte de la nature même des choses ; mais elle ne joue pas partout le même rôle. Ainsi la législation romaine, tout en consacrant certaines différences entre ces deux sortes de biens, n'y attachait pourtant pas une importance particulière, car la division en immeubles ou meubles ne s'appliquait qu'aux choses corporelles et les droits réels ou personnels demeuraient en dehors de cette distinction. En outre, le régime général de la propriété était le même pour les meubles et les immeubles ; tous s'acquéraient suivant les mêmes modes ; ils étaient notamment susceptibles d'usucapion. Qui-conque avait perdu la possession de son bien pouvait le reprendre par l'action en revendication, qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. La possession des meubles était protégée pour elle-même par le prêteur, et indépendamment de la question de propriété. On pouvait hypothéquer les meubles aussi bien que les immeubles. Enfin, dans les successions, la dévolution des biens s'opérait sans qu'on s'occupât de leur nature. Sans doute les meubles seuls étaient susceptibles de vol ; le délai de leur usucapion était plus court ; les interdits qui protégeaient leur possession étaient soumis à certaines particularités ; au point de vue de la dot, il existait aussi des différences entre les meubles et les immeubles ; mais c'étaient là en réalité des points tout à fait secondaires.

La distinction des biens en meubles ou immeubles est beau-

coup plus importante dans les lois et coutumes germaniques. A l'origine, les peuples barbares de la Germanie n'avaient connu la propriété individuelle que pour les meubles; sauf exception peut-être pour certains biens, en général les immeubles étaient soumis à un système de communauté au profit de la famille ou de la tribu. Lorsqu'on admit la propriété individuelle des immeubles, on s'attacha à maintenir ces biens dans les familles : un régime particulier de succession fut établi pour les immeubles appelés *alleux* dans l'ancien sens de ce mot; on ne permit pas aux créanciers de saisir les immeubles, bien qu'ils eussent ce droit sur les meubles (1). Il ne faudrait toutefois pas dire que déjà dans ces temps reculés la préférence était fort marquée au profit des immeubles. En réalité on n'y attachait d'importance que dans l'intérêt de la famille, mais la propriété foncière n'était pas encore devenue une des bases fondamentales du régime social. Les différences n'étaient pas très nombreuses entre les deux sortes de biens; sous certains rapports même la propriété mobilière, à raison de son antériorité, était mieux protégée en justice et dans la procédure.

Sous la période féodale, la distinction des biens en meubles ou immeubles est devenue fondamentale; des différences essentielles et nombreuses séparent ces deux sortes de biens; une préférence marquée existe au profit de la terre; on en arrive même à étendre la distinction qui nous occupe à des choses qui par leur nature même devaient y rester étrangères, tels que les droits, réels ou personnels, et parfois même on altère la vérité des faits au point de considérer certains meubles comme immeubles, ou réciproquement.

Beaumanoir consacre un chapitre tout entier, le chapitre 23, à la question de savoir quelles choses sont meubles, quelles choses sont *héréditaires*, c'est-à-dire immeubles, et il donne même à cette théorie des développements plus complets et plus précis que les autres coutumiers antérieurs ou contem-

(1) Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans le tome III, p. 174 et 429.

porains. Pour lui, l'héritage, c'est-à-dire l'immeuble (1) se caractérise par l'immobilité, la perpétuité et la production de fruits périodiques. Les meubles sont les choses produites par les immeubles et destinées à en être détachées.

Il considère aussi comme meubles, non seulement les fruits naturels, mais aussi les fruits artificiels, notamment les arrérages des rentes. A plusieurs reprises Beaumanoir parle aussi de cateux, mais sans définir ces biens. Il est probable d'ailleurs qu'il donne à ce mot la même signification que les coutumes du nord de la France.

Le *Livre de justice et de plet*, sous l'influence du droit romain, indique quelques règles propres aux meubles, mais il ne parle pas des immeubles d'une manière spéciale (2). Il définit les meubles : *toutes les choses mouvables*, sauf les serfs qui sont héritages, apparemment parce qu'ils sont attachés à la terre.

Le *Grand coutumier de Normandie* (3) appelle meuble toute chose qui peut être remuée d'un lieu ou d'un autre et il prend le terme de *châtel, cateu, catallum*, comme synonyme de meuble; les immeubles sont les choses qui ne peuvent pas être remuées et, sous l'influence manifeste du droit anglais, il les appelle aussi *fiefs*, en prenant ce mot dans un sens très large. C'est surtout au point de vue de la procédure et de la preuve que ce praticien se préoccupe de cette division des biens. Mais bientôt, à mesure qu'elle se développe et prend plus d'importance, elle donne lieu à des controverses. Les coutumiers postérieurs s'attachent à nous les faire connaître; il suffit pour s'en convaincre de consulter le *Grand Coutumier de France* (4).

En dernier lieu, Bouteiller nous donne dans sa *Somme rural* une théorie complète de la distinction des biens en

(1) Le mot *héritage* est synonyme d'immeuble et il ne s'applique jamais à des meubles. Voy. à cet égard De Fontaines, *Conseil*, p. 385.

(2) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 299.

(3) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 87, éd. de Gruchy, p. 198.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 12, p. 207 et chap. 18, p. 229: *De la division des meubles et héritaiges*.

meubles et immeubles et qui fait plus d'une fois songer aux dispositions du Code civil sur le même sujet (1). On en était arrivé à distinguer en réalité plusieurs espèces d'immeubles dans les pays de coutume et on avait élargi la distinction des biens en meubles ou immeubles au point d'y faire rentrer tous les biens et tous les droits qui offraient un intérêt pécuniaire.

Et d'abord il y avait des immeubles par nature. On considérait comme telles toutes les terres, qu'elles fussent tenues en alleu, à fief, comme biens roturiers ou comme héritages soumis à cens ou à rente (2). Les fruits pendants par branches ou par racines étaient aussi immeubles (3); ils ne devenaient meubles que par la séparation. Plus tard, dans certaines coutumes, les foins après la mi-mai, les blés et autres grains après la Saint Jean; les raisins à la mi-septembre, furent réputés meubles (4). Les maisons construites sur le sol étaient également considérées comme immeubles par nature. Les moulins à vent ou à eau attachés au sol étaient immeubles dans la mesure où ils adhéraient à la terre. Ainsi, les roues étaient meubles et les constructions qui les contenaient, immeubles (5). Pour les arbres, on établissait aussi des distinctions : ceux qui portaient fruits étaient déclarés héritages, sauf certaines exceptions, et les autres étaient tenus pour meubles. De même les bois de plus de quarante ans devenaient meubles; mais avant cette époque on les considérait comme héritages, probablement parce qu'il était d'usage de ne pas les couper.

En second lieu, on considérait encore comme immeubles

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 74, éd. de 1021, p. 734.

(2) Voy. par exemple coutume de Reims, art. 18; Vitry, art. 131; Troyes, art. 166.

(3) Beaumanoir, chap. 27, n° 13, t. I, p. 384. — *Grand Coutumier de France*, op. et loc. cit., p. 230. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. I, règles 5 et 6. Il semble toutefois résulter des passages du *Grand Coutumier de France* que ce point soulevait des difficultés dans certaines coutumes.

(4) Reims, art. 19; Nivernais, chap. 26, art. 1 et suiv.; Blois, art. 184; Auxerre, art. 185; Bourbonnais, art. 284; Normandie, art. 505.

(5) Voy. pour les détails, Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 74, p. 737.

tout ce qui était incorporé à un héritage par fer, plomb, clous ou chevilles, par exemple les glaces, panneaux, boiseries, les grandes cuves ou autres ustensiles d'un transport difficile. Mais il y avait cependant des controverses pour certaines parties des moulins et des fours (1). Tous ces biens étaient immeubles, comme nous dirions aujourd'hui, par destination. Il existait une seconde classe d'immeubles de la même espèce, ceux qui, sans être adhérents au sol ou à la construction, étaient indispensables à l'utilité du fonds sur lequel ils se trouvaient, comme les pressoirs, les artilleries et boulets des châteaux forts, les pailles et fumiers des métairies, les échaldas des vignes, les ornements et vases sacrés des chapelles, les bagues, bijoux, reliques, livres de raison des princes et hauts barons (2). Les animaux laissés en liberté sur l'héritage étaient aussi considérés comme immeubles, notamment les pigeons des colombiers, les lapins des garennes, les poissons des étangs; mais on rangait parmi les meubles les poissons des viviers, les pigeons des volières, les lapins des clapiers (3). Dans diverses coutumes du Nord les poissons des étangs étaient tenus pour meubles pendant six mois, depuis la mi-septembre jusqu'à la mi-mars, parce que cette époque était le temps de la pêche (4).

Il existait une troisième classe d'immeubles que nous appelons aujourd'hui immeubles par l'objet auquel ils s'appliquent : ce sont les droits et actions relatifs à un immeuble. C'était là une véritable innovation et Bartole, en commentant le titre *De vulgari substitutione* (n° 28), disait avec raison que les créances ne sont par elles-mêmes ni meubles, ni immeubles. Mais de bonne heure et par des causes diverses, on fut

(1) Voy. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 18, p. 229. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 74, p. 429. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. I, règles 7 et suiv. — Arrêt du Parlement de Paris de 1280, dans Boutaric, *Actes du Parlement de Paris*, t. I, p. 220.

(2) Beaumanoir, chap. 23. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, chap. 74, p. 737. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. I, règles 7 et suiv.; liv. III, tit. V, règle 23.

(3) *Grand Coutumier de France*, op. et loc. cit.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 74, p. 737.

amené à donner fictivement la qualité d'immeubles ou celle de meubles à certains droits ou actions. Elle s'imposa d'abord au point de vue de la compétence : les procès relatifs aux immeubles devaient être portés devant le juge du lieu où ces immeubles étaient situés, et les procès concernant les meubles devant la justice dont le défendeur était levant et couchant (1). Il était important aussi de connaître la nature d'un bien pour savoir quelle coutume lui serait appliquée : c'était celle du bien lui-même s'il s'agissait d'un héritage, celle du propriétaire, s'il s'agissait d'un meuble. De son côté, le régime de la communauté était très général et soumis à des règles différentes selon qu'il s'agissait de biens meubles ou immeubles. La même distinction était établie en matière de succession. Or, ces questions de compétence, de statut, de communauté, de succession, se présentaient pour une foule de droits, cens, rentes seigneuriales, banalités, etc. qu'avait fait naître la féodalité. Déjà au temps de Beaumanoir, on considérait comme immeubles ces droits féodaux (2) et une fois dans cette voie, on arriva très rapidement à étendre la notion de l'immeuble à tous les droits qui portaient eux-mêmes sur des immeubles, aux rentes, aux baux à longue durée, notamment à l'emphytéose, à l'usufruit, au douaire. Dans son *Grand Coutumier*, Jacques d'Ableiges (3) donne nettement le caractère d'immeubles à tous les droits qui se rattachent à des immeubles, même à ceux qui viennent de la législation romaine, tels que les servitudes. Plus tard on alla encore plus loin et on donna fictivement le caractère d'immeuble, d'ailleurs après des hésitations, aux offices. Certaines rentes soulevèrent aussi des difficultés. Ainsi dans certaines coutumes les rentes constituées étaient réputées meubles; dans d'autres on discutait sur leur nature, mais le plus souvent on les déclarait

(1) Beaumanoir, chap. 6, n° 18, t. 1, p. 112. — Un seul défaut suffisait pour faire perdre le procès en matière mobilière, *Ancien coutumier de Picardie*, éd. Marnier, p. 100, 119.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 23, n° 3, t. 1, p. 332.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 12, p. 207.

immeubles. Ces rentes constituées se rattachent d'ailleurs plutôt à la période suivante. La tendance générale était en effet de donner un caractère immobilier à tous les droits qui rapportaient un revenu sérieux et de reléguer dans la catégorie des meubles toutes les choses de peu de valeur. Cette tendance s'explique par deux raisons principales : le désir d'assurer la conservation des biens dans les familles, et le régime des immeubles était tout à fait favorable à ce résultat, et l'influence de la richesse immobilière dans un état social qui reposait en grande partie sur la terre. Que le germe de cette préférence ait déjà existé dans le courant de la précédente période, notamment en matière de succession, on ne peut pas le nier et le fait est même facile à expliquer dans une société en voie de formation où les institutions n'apparaissent pas brusquement et où la propriété immobilière tend de bonne heure à prendre une place prépondérante. Mais à l'époque barbare la condition des immeubles était différente de celle des meubles plutôt qu'elle ne lui était supérieure. C'est la féodalité qui a marqué au profit des immeubles, une préférence au point d'en faire des biens d'une condition plus élevée que celle des meubles. Elle a fait naître la maxime *vilis mobilium possessio*. Au moyen âge, en effet, à une époque où le commerce et l'industrie étaient à peu près nuls, les immeubles formaient bien la richesse par excellence. Ils avaient l'avantage d'être fixes et perpétuels, à la différence des meubles qui peuvent être facilement déplacés ou même anéantis. Sans doute ils pouvaient être l'objet de violences, mais du moins n'avait-on pas le moyen de se les approprier et les faire disparaître par le vol. En outre, la féodalité ayant conféré une partie de la souveraineté au sol et ayant même attaché l'homme à la terre au lieu de donner la terre à l'homme, l'extension de la richesse immobilière, malgré la limitation du sol, était une source de puissance pour les grandes familles.

Les coutumiers donnent de longues énumérations de meubles corporels à titre d'exemples; ce sont toujours des choses susceptibles de changer de place, les moulins sur

bateau, les pressoirs et cuves qu'on peut facilement transporter, les poissons des étangs dont la bonde est enlevée, les pigeons des volières, les lapins des clapiers, l'or, l'argent, etc. (1).

De même que les droits étaient considérés comme immeubles lorsqu'ils se référaient à des héritages, de même ils auraient dû être considérés comme mobiliers lorsqu'ils avaient pour objet des meubles. Mais la notion précise des meubles incorporels paraît avoir été assez longue à se dégager de l'esprit des jurisconsultes. Le *Grand Coutumier* de Jacques d'Ableiges dit bien qu'il existe deux sortes d'immeubles, les uns corporels, les autres incorporels, mais il ne fait plus la même distinction lorsqu'il passe aux meubles (2). Ce sont seulement les jurisconsultes du xvi<sup>e</sup> siècle qui ont admis avec une certaine netteté l'existence des meubles incorporels. Mais il semble bien que sur ce point la pratique avait dû par la nécessité même des choses, aux points de vue très divers que nous avons exposés, compétence, communauté, succession, etc., étendre la notion des meubles à certains droits et leur reconnaître ce caractère par cela même que d'autres étaient immeubles.

Dans plusieurs cas et par des raisons spéciales, le plus souvent d'équité, on attribuait à certains meubles le caractère d'immeubles, ou réciproquement, à certains immeubles la nature de meubles, mais à un point de vue tout à fait restreint et avec des effets tout à fait limités. Ainsi, d'après la décision 145 de Jean Desmares, l'héritage acheté à prix d'argent avait le caractère de meuble ou acquêt jusqu'au jour où il était transmis par succession; mais en s'expliquant ainsi, ce jurisconsulte voulait montrer comment un acquêt peut devenir propre et ceux qui ont attribué un autre sens à sa décision se sont manifestement trompés. En sens inverse, la

(1) Voy. notamment *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 2 et 18. — Bou-teiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 74, p. 737. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 39, t. I, p. 50.

(2) Comparez les chapitres 12 et 18 du *Grand Coutumier de France*.

somme d'argent donnée dans un contrat de mariage par un ascendant, pour être employée en immeuble, était elle-même immeuble. Jean Le Coq en disait autant du prix de l'héritage propre à la femme, vendu pendant le mariage par le mari, et en conséquence il attribuait ce prix à l'héritier des propres, mais le Parlement avait repoussé sa doctrine et décidé qu'il devait revenir aux plus prochains héritiers. Néanmoins la théorie de la subrogation réelle faisait des progrès et au temps de Loysel on en était arrivé à décider qu'il fallait considérer comme immeubles, soit les deniers destinés à l'achat d'un héritage, soit ceux qui provenaient de la vente d'un héritage ou d'un rachat de rente et étaient sujets à emploi (1).

Indépendamment des meubles et des immeubles, on trouve dans certaines coutumes du moyen âge l'indication d'une troisième sorte de biens, les *cateux*. Nous avons vu que dans plusieurs coutumiers, notamment dans celui de Normandie, le mot *cateu*, *chattel*, *catallum* est synonyme de meubles (2). Mais dans diverses coutumes du nord de la France, le mot *cateu* était pris avec un sens spécial et désignait une troisième espèce de biens. D'après ces coutumes, pour qu'un bien fût héritage, il ne suffisait pas seulement qu'il fût immobilier, il fallait encore qu'il produisit des fruits. Ainsi les arbres de plus de cinq ans et de moins de soixante, n'étaient pas des héritages, mais des *cateux*, parce qu'ils ne donnaient pas de fruits périodiques, à moins d'avoir été mis en coupe réglée; de même les blés en vert étaient considérés comme *cateux* et devenaient ensuite meubles à partir du jour où la récolte pouvait être faite. Tous ces biens portaient le nom général de *cateux verts*; on appelait au contraire *cateux secs* les bâtiments légers, tels que granges, hangars, écuries, qui n'étaient pas attachés au sol par des travaux de maçonnerie. La coutume d'Artois allait beaucoup plus loin : elle considérait

(1) Le Coq, *Question 1*. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. I, n° 212. — Brodeau, sur l'art. 93 de la Coutume de Paris.

(2) Voy. aussi Beaumanoir, chap. 23, t. I, p. 332. — *Etablissements de Saint Louis*, éd. Viollet, t. I, p. 505.

comme cateux non seulement les bois de cinq à soixante ans et le blé en vert, mais encore toutes les maisons, même celles des chevaliers et des écuyers tenues en fiefs, sauf exception pour les édifices compris en la *Mote* et la *Fremete*, c'est-à-dire le château et les fortifications. Elle entre dans d'intéressants détails sur le point de savoir si un bien est cateu ou non (1). Ces coutumes du Nord assimilent les cateux aux biens meubles à deux points de vue, en matière de communauté et en matière de succession, de sorte que ces biens sont à l'héritier des meubles et tombent dans la communauté. Mais sous tous les autres rapports on les considère comme immeubles, et par exemple ils sont soumis au retrait lignager, à la saisie réelle, au douaire. De même si le testateur a fait un legs de tous ses meubles, on n'y comprend pas les cateux. Bien des discussions se sont élevées sur le point de savoir pour quel motif ces cateux formaient, dans certaines coutumes du Nord, une classe intermédiaire entre les meubles et les immeubles et qui tenait à la fois des uns et des autres. On a dit qu'il s'agissait là d'un vestige des vieilles coutumes germaniques remontant à l'époque reculée où les Barbares de la rive gauche du Rhin, à moitié nomades, adonnés aux pâturages, plutôt qu'à la culture du sol, se bornaient à élever des constructions légères pour s'abriter pendant leur séjour plus ou moins provisoire sur un territoire de chasse et de pâturage. Ces constructions ressemblaient plus à des tentes qu'à des maisons, aussi ne les considérait-on pas comme des immeubles et on en faisait des biens d'une nature particulière. C'est là une conjecture ingénieuse, mais rien de plus.

Les différences étaient nombreuses à l'époque féodale entre

(1) Voy. *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXXIX, éd. Tardif, p. 90. Cpr. tit. III, n° 23; tit. XL; tit. XLIV, n° 3. Voy. aussi coutume de Cambrai, tit. II, art. 10 et tit. VIII; coutume de Lille, art. 49, 58, 61; coutume du Boulonois, art. 74, 83, 86, 88, 94; coutume de Beauquesne, art. 12; coutume de Montreuil, art. 46; coutume de Saint-Pol, tit. I, art. 5; coutume de la châtellenie de Lille, tit. I, art. 56. — Laurière, v° *Cateu*, où il est aussi parlé du droit au meilleur cateu au profit du seigneur dans la succession de son homme et que nous avons déjà étudié.

Les meubles et les immeubles; elles tenaient pour la plupart à deux causes, les unes à la nature même des choses, qui permet de soustraire les meubles avec une certaine facilité et aussi d'en transférer la propriété très simplement, les autres à l'état social de la féodalité où les immeubles donnaient la puissance et l'autorité et assuraient la conservation des familles. On considérait volontiers les immeubles comme appartenant à la famille, plutôt qu'à l'individu. Ainsi s'expliquent les entraves apportées au droit de saisie des créanciers : pendant des siècles les immeubles sont insaisissables; plus tard on ne permet de les attaquer qu'après épuisement des meubles et encore donne-t-on au débiteur le droit de les vendre lui-même. Lorsqu'on permit la mise en gage et plus tard l'hypothèque des immeubles, ce fut à la condition d'obtenir au préalable l'assentiment du seigneur, tandis que cette condition n'était pas exigée pour les meubles. D'ailleurs le régime du crédit sur les meubles, si l'on peut ainsi parler, a manifestement conservé les traces des anciennes coutumes germaniques, tandis que le droit romain s'est plus facilement appliqué aux immeubles.

Nous en dirons autant de ce qui concerne la confiscation. Le droit romain n'avait jamais établi de distinction entre les meubles et les immeubles à ce point de vue et il pratiquait la confiscation aussi bien sur les seconds que sur les premiers (1). Les rois mérovingiens et les carolingiens usent aussi de la confiscation d'une manière très générale (2). Mais sous ce rapport ils s'écartent des vieilles traditions germaniques d'après lesquelles les meubles étaient seuls susceptibles de confiscation, soit parce qu'à l'origine seuls aussi ils composaient le patrimoine, soit parce que dans la suite les

(1) Cette peine pécuniaire était attachée, sous l'Empire comme sous la République, le plus souvent aux peines capitales; elle avait pour effet d'attribuer les biens au fisc, sauf une certaine portion laissée à la famille. Voy. par exemple L. 1, L. 2, L. 7, *De bonis damnatorum*, 48, 20; L. 8, § 1 et 2, *Qui testamenta facere possunt*, 28, 1; L. 3, *De interdictis*, 48, 22. — Tacite, *Annales*, III, 23; IV, 20 et suiv.; Suétone, *César*, 42.

(2) Voir ce que j'ai dit à cet égard dans le tome III, p. 550 et 584.

immeubles furent considérés comme la propriété de la famille et ne répondaient pas des dettes. Les anciennes coutumes de l'Anjou, du Maine et de la Touraine sont restées fidèles à ces vieilles coutumes. Elles nous apprennent que les meubles de ceux qui sont convaincus de crimes graves sont confisqués au profit des seigneurs hauts justiciers, mais elles ajoutent que la confiscation n'existe pas pour les héritages, seulement les maisons doivent être démolies, les vignes arrachées, les terres ravagées avant d'être remises aux héritiers, système que l'on retrouve dans un grand nombre d'autres coutumes anciennes. Toutefois la coutume d'Anjou, sous l'influence manifeste du droit romain dont elle cite elle-même les textes, avait admis la confiscation des immeubles dans deux cas, celui de crime d'hérésie et celui de lèse-majesté (1). Dans les mêmes pays, les meubles et chattels de ceux qui mouraient excommuniés ou *désespérés*, c'est-à-dire sans confession après huit jours de maladie au moins, étaient également acquis au seigneur justicier, mais non les immeubles (2). Il serait facile de multiplier les exemples pour prouver qu'au moyen âge les meubles seuls étaient susceptibles de confiscation. Mais il ne faut pas confondre avec cette peine la commise féodale qui s'appliquait surtout à des immeubles, à des fiefs. D'un autre côté, sous l'influence du droit romain et de l'autorité royale, les vieux usages tendirent à disparaître et on admit la confiscation sur tous les biens. Ce résultat se produisit même d'assez bonne heure dans certaines coutumes. Ainsi dès le <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle, le roi confisquait des terres dans le pays de Lorris (3).

C'est aussi sous l'influence des anciens usages germaniques, consolidés et confirmés par le droit féodal, que les

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 77, t. I, p. 430; F, n°s 1433 et suiv., t. II, p. 515. Cpr. Const. 5, *Ad legem Juliam majestatis*, 9, 8; Const. 4, *De hereticis et manicheis*, 1, 5.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 1433 et suiv., t. II, p. 516. Cpr. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 28, 90, 91, 92.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 281. — *Établissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 36. — Coutume de Lorris, dans Galland, *Du franc alleu*, p. 376. — Cpr. Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 108.

meubles et les immeubles étaient soumis dans la famille à des dispositions tout à fait différentes, notamment au point de vue des successions, du bail et de la garde. Nous verrons combien était grande la liberté de disposer des meubles par testament. La vérité est qu'il était permis de les léguer librement, même en totalité et aux dépens des enfants, sauf la création dans la suite, au profit de ces derniers et sous l'influence du droit romain, d'une légitime, d'ailleurs très modique (1). La distinction des biens en propres ou acquêts, si importante au point de vue des successions, était tout à fait étrangère aux meubles; ceux-ci étaient toujours réputés acquêts et on ne se préoccupait pas de la ligne d'où ils venaient pour en opérer le partage. Il faut en dire autant du droit d'ainesse: il ne concernait pas les meubles qui se distribuaient également en toute ligne, directe ou collatérale (2). La division des biens en propres ou acquêts était donc spéciale aux immeubles, à cause de leur importance et nous verrons qu'au point de vue des successions, on s'attachait surtout à en assurer la conservation dans les familles; tel était notamment l'objet de la réserve coutumière qui portait sur tous les propres, existait au profit de tous les parents, même en ligne collatérale et s'élevait à la quotité considérable des quatre cinquièmes (3). De même le retrait lignager, également établi dans l'intérêt de la famille, non plus seulement pour y faire demeurer les biens, mais même pour les y faire rentrer, concernait seulement les immeubles propres et n'était accordé qu'aux parents lignagers du côté duquel venaient ces biens; il n'en pouvait être question pour les meu-

(1) Beaumanoir, chap. 12, nos 3 et 17, t. I, p. 180 et 187. — De Fontaines, Conseil, p. 379. — *Ancien coutumier de Picardie*, éd. Marnier, p. 9. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 135.

(2) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, nos 130, 148, 159, 202.

(3) Beaumanoir, chap. 12, nos 3 et 5, t. I, p. 180. — De Fontaines, Conseil, chap. 33, nos 12 et 15. — *Livre de justice et de plait*, liv. XII, tit. 3. — *Grand coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 111. — *Ancien coutumier de Picardie*, éd. Marnier, p. 62, 122, 146. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 49. — *Coutumes notoires du Châtelet*, art. 7 et 143. — Desmares, *Décisions*, nos 141, 149, 237.

bles, quelle que grande que fût leur valeur (1). Au xvi<sup>e</sup> siècle, Loysel, il est vrai, essaya d'introduire une règle d'après laquelle les meubles d'un haut prix et appartenant à de grandes familles auraient été susceptibles de retrait lignager, mais cette opinion n'obtint aucun succès. On s'occupait de l'origine de certains immeubles, pour déterminer leur dévolution dans les successions et si le défunt ne laissait pas d'héritier en ligne directe, les propres retournaient à la ligne d'où ils venaient, *paterna paternis, materna maternis* (2). Au contraire les meubles se partageaient entre les parents au même degré des deux lignes, par cela même qu'ils étaient considérés comme acquêts et qu'on ne se préoccupait jamais de leur origine pour le passé, ni de leur destination pour l'avenir (3). Dans certaines coutumes on admettait un droit de succession entre époux sur les meubles. Ce droit était notamment reconnu à la veuve sous certaines conditions, dans le Vermandois, dans le Laonnais, en Artois et dans le Boulenois, dans la chatellenie de Lille, en Flandre, en Hainaut (4). Les règles de la dévolution des meubles par succession étaient celles du domicile du défunt, tandis que pour la dévolution des immeubles on appliquait la coutume du lieu où ces biens étaient situés (5). En cas de bail, le bailliste devenait propriétaire des meubles, à la condition de payer les dettes, nouvelle preuve que les meubles seuls étaient le gage véritable des créanciers et qu'on ne leur attribuait aucune importance au point de vue de l'intérêt de la

(1) Voy. toutefois *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 228, t. IV, p. 237.

(2) Cpr. *Abrégé champenois*, n° 26, dans Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. III, p. 149.

(3) Sur les règles de succession des meubles, voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 1, t. I, p. 69; C, n° 1, t. I, p. 181; F, n° 464 à 468 et 822, t. II, p. 179; L, n° 206, t. III, p. 313.

(4) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n°s 251, 273 et suiv., 293, 295, 300, 303, 307, 310 et suiv.

(5) Masuer, *Practica forensis*, tit. 32. — De même, en cas de confiscation, les meubles appartenaient au seigneur duquel le condamné était couchant et levant et les immeubles aux seigneurs des lieux où ils étaient assis. Voy. Laurière, v° *Meubles*.

famille (1). Nous constaterons bientôt que la distinction des biens en meubles ou immeubles était surtout fondamentale sous le régime de la communauté.

De toutes les différences qui séparaient les meubles et les immeubles, il en est de fort anciennes, sur lesquelles il faut nous arrêter tout particulièrement parce qu'elles se sont transmises au travers des siècles jusque dans notre Code civil; je veux parler de celles qui concernent la possession, l'acquisition de la propriété et les actions qui garantissent l'une ou l'autre, trois points de vue sous lesquels il importe de rapprocher les meubles des immeubles. Sous ces divers rapports les anciens usages germaniques ont fortement marqué leur empreinte en matière mobilière et ont persisté bien qu'à une certaine époque le droit romain ait fait sentir son influence, mais d'ailleurs d'une manière tout à fait restreinte. Pour les immeubles, c'est le résultat inverse qui s'est produit: on a en général préféré le système du droit romain, notamment en ce qui concerne l'acquisition par la prescription, et cependant les principes du droit germanique ont subsisté dans certains cas, et dans d'autres, notamment pour les actions possessoires, il s'est fait une véritable fusion entre le droit germanique, le droit romain et le droit canonique.

## § 2. — LA PROPRIÉTÉ MOBILIÈRE.

Nous avons vu dans la partie précédente comment était protégée la propriété des meubles sous les Mérovingiens et les Carolingiens (2). Cette propriété mobilière n'était pas garantie comme à Rome, d'une manière absolue et dans tous les cas, par une action en revendication. Nous trouvons dans les lois barbares un système bien différent dont l'esprit s'est perpétué au travers des âges. A vrai dire, les coutumes germaniques ne connaissent pas l'action en revendication telle

(1) Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 73, t. I, p. 55; E, n° 50 et 51, t. I, p. 246.

(2) Voy. à cet égard le tome III, p. 59 et 396 et suiv.

que la pratiquait le droit romain. C'était seulement en cas de vol (1) ou de perte que le propriétaire jouissait pour reprendre sa chose d'une action qui donnait au juge la mission de rechercher s'il y avait eu vol; la perte était assimilée au vol et on considérait l'inventeur comme un voleur toutes les fois qu'il ne rendait pas sa trouvaille ou ne la publiait pas. Dans ces circonstances, on permettait au propriétaire de l'objet perdu ou volé, d'en suivre la trace, de pratiquer avec l'assistance de témoins, au domicile de la personne soupçonnée du fait, une visite domiciliaire qui rappelle les solennités du *furtum licio lanceaque conceptum* des Romains. Si l'objet était retrouvé, il était mis entre les mains d'un tiers (entièrement); le défendeur ne pouvait le conserver à titre de gardien que dans certaines circonstances déterminées et à la condition de l'entourer d'un brin d'osier qui en faisait connaître l'indisponibilité. En justice le défendeur pouvait, ou combattre directement la prétention du demandeur, ou se borner à invoquer un contrat régulièrement passé avec un tiers, une vente, par exemple. Dans ce dernier cas on lui donnait un délai pour faire comparaître son garant; si celui-ci venait en justice, le défendeur pouvait se retirer et il obtenait même le remboursement de son prix contre l'abandon de son droit litigieux; le garant prenait tout naturellement le fait et cause du garanti et le remplaçait comme défendeur au procès. Mais rien ne s'opposait à ce qu'il appelât à son tour garant en cause, et ainsi de suite d'une manière indéfinie (2). Celui-là devenait donc défendeur au procès qui ne trouvait pas garant pour prendre son fait et cause. Lorsque la prétention du demandeur était reconnue fondée, l'objet lui était remis et le défendeur était condamné à une amende qui variait suivant la nature de la chose; cette peine aurait frappé le demandeur s'il avait suc-

(1) Sur la question de savoir dans quels cas il y avait vol à l'époque franque et ce qu'on entendait par là, voyez tome III, p. 566 et suiv. Cpr. Jobbé-Duval, *Étude historique sur la revendication des meubles*, p. 17. Le vol suppose l'enlèvement clandestin d'un meuble; aussi on ne considère pas l'abus de confiance comme un vol.

(2) Loi salique, tit. 47, § 1. — Loi des Ripuaires, tit. 62, § 1.

combé (1). En dehors du cas de perte ou de vol, le propriétaire ne pouvait se faire restituer sa chose qu'en vertu d'une action contractuelle, *ex re præstita*, par exemple s'il y avait eu emprunt ou dépôt, et encore fallait-il que la chose fût restée entre les mains de l'autre partie, de l'emprunteur ou du dépositaire. Si celui-ci avait aliéné l'objet, le propriétaire n'avait aucune action contre le tiers acquéreur, même s'il avait été de mauvaise foi; on lui refusait aussi toute action pénale contre l'autre contractant. Le propriétaire, en un mot, ne pouvait suivre sa chose entre les mains des tiers qu'autant qu'il en avait été privé contre son gré, c'est-à-dire en cas de vol et de perte.

Mais résulte-t-il de là, comme le prétendent certains partisans de la doctrine aujourd'hui dominante, que l'action accordée au propriétaire en cas de vol, était toujours une action personnelle *ex delicto* et jamais une action réelle? Il faut s'entendre sur ce point : bien que la question n'offre pas un grand intérêt pratique, car on tombe d'accord lorsqu'il s'agit de déterminer les personnes vis-à-vis lesquelles celui qui a perdu sa chose contre son gré obtient une action pour la réclamer. La question n'en reste pas moins importante en tant qu'il s'agit de déterminer dans quelle mesure ces législations primitives admettaient ou excluaient, en un mot comprenaient, la notion du droit réel et celle du droit personnel. Il est certain que cette notion n'a jamais été déterminée avec plus de précision que par les juriconsultes romains. Il est non moins hors de doute qu'à l'époque franque et encore en plein moyen âge, dans certains pays de coutume, la division des actions en réelles et personnelles, telle que la comprenaient les juriconsultes romains, était à peu près inconnue. Cette division est même restée de nos jours encore étrangère au droit anglais et les efforts faits au moyen âge par certains juristes pour l'y introduire sont demeurés complètement

(1) Nous avons vu dans la partie précédente quelle était la peine du vol, en particulier le montant de l'amende; nous nous bornons à renvoyer à ce qui a été dit. Cpr. Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 62.

infructueux. C'est même là une des raisons pour lesquelles il est assez souvent difficile de dire en Angleterre à qui peut être reconnue la qualité de propriétaire (1). Il ne faut donc pas s'étonner non plus si l'on retrouve dans les coutumes normandes une division des actions semblable à celle du droit anglais, et tout à fait différente de celle du droit romain (2). Mais est-il permis de conclure de là qu'avant l'influence du droit de Rome la notion du droit réel et surtout sa sanction propre, c'est-à-dire l'action réelle, aient été complètement inconnues du droit coutumier? C'est à notre avis aller beaucoup trop loin. La notion du droit réel est assez confuse, il faut bien le reconnaître, mais elle n'en existe pas moins. De même l'action réelle est inconnue, en général, du moins en matière mobilière. Cependant il arrive, dans des cas d'ailleurs assez rares, que le propriétaire peut reprendre sa chose, même entre les mains d'un tiers, et cela suffit pour consacrer le principe d'une action réelle (3). Sans doute, celui qui s'est volontairement dessaisi de sa chose ne peut pas ensuite la revendiquer : on ne lui accorde que l'action naissant du contrat, par exemple du dépôt ou du commodat, contre la personne avec laquelle il a traité. Tel est bien le droit de la loi salique, comme nous l'avons vu sous la période précédente (4). En cas de perte ou de vol, on accorde une action *ex delicto* contre le possesseur de la chose. Il résulte donc bien nettement de là que la propriété mobilière n'est pas directement protégée et que l'action avait un caractère à la fois personnel et criminel. Mais il peut arriver que le défendeur, au lieu de nier purement et simplement le vol, invoque un titre dérivé d'acquisition, prétende avoir acheté

(1) Toutes ces questions ont été longuement développées aux diverses périodes du droit anglais dans notre *Histoire des institutions de l'Angleterre*.

(2) Voy. *Grand coutumier de Normandie*, chap. 67 et 87, éd. de Gruchy, p. 161, 198.

(3) N'en est-il pas encore de même aujourd'hui? L'action réelle en revendication d'un meuble est, on le sait, relativement rare et même en pratique, dans les cas où elle est ouverte, on lui préfère la saisie revendication.

(4) Certaines lois barbares ont cependant déjà subi l'influence du droit romain. Voy. à cet égard, Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 80.

l'objet réclamé et appelle son garant en cause. Dans ce dernier cas, si le garant ne vient pas, il est condamné par contumace à la peine du vol, mais le défendeur n'en doit pas moins rendre l'objet litigieux, sauf à se retourner ensuite contre ce même garant pour obtenir la restitution du prix de vente. Voilà donc une action qui fait restituer le meuble au propriétaire et par une personne étrangère au délit et contre laquelle il ne saurait être question de prononcer aucune condamnation pénale. Il est donc par conséquent impossible de soutenir que, vis-à-vis de ce défendeur il s'agit d'une action personnelle *ex delicto*, et il existe bien une action réelle en revendication en cas de vol contre le tiers possesseur de bonne foi de l'objet volé, seulement l'action ne prend cette forme qu'au cours du procès, à la suite des réponses faites par le défendeur, et au début c'était bien l'action personnelle *ex delicto* qui avait été mise en mouvement, parce qu'on présu- mait voleur celui qui possédait le bien (1).

Au lieu d'appeler un auteur en garantie, l'accusé peut se borner à jurer avec six cojureurs, qu'il a acheté le meuble d'une personne dont il ne sait pas le nom ou dont il lui est impossible de retrouver la trace, de sorte qu'il ne saurait la faire venir en garantie. Dans ce cas encore, le défendeur est absous du délit de vol, mais il n'en doit pas moins restituer l'objet (2). Si la chose a péri dans l'intervalle, le demandeur doit rappeler aux témoins à quel prix elle avait été estimée.

Tel était le système de l'époque franque, tel fut aussi celui de l'époque féodale, avant que le droit romain eût fait sentir son influence prépondérante. Mais cependant cet ancien système subit plusieurs transformations, d'abord sous le rapport du droit criminel. Il était devenu très grave de s'engager dès le début dans la voie d'une action criminelle, à cause de la fréquence du combat judiciaire; d'un autre côté, on avait com-

(1) Loi salique, tit. 47, § 2.

(2) Loi des Ripuaires, tit. 72, § 6, Cpr. tit. 33, § 4. — Voy. Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 57 et 61 qui, tout en citant ces textes, se prononce pour le système suivant lequel l'action est toujours personnelle.

pris qu'il était trop absolu de présumer voleur celui qui possédait la chose. Aussi songea-t-on à dédoubler l'ancienne action de vol et à lui donner un caractère purement civil dès le début de l'instance, alors qu'autrefois elle ne prenait cette nature que dans certaines circonstances et au cours du procès. De là la naissance de l'*action de chose emblée*, pour le cas où l'on prétendrait avoir été victime d'un vol, sans soutenir que le défendeur fût le voleur et celle de *chose adirée* pour le cas de perte (1). Certains auteurs confondent ces deux actions en une seule et il faut bien reconnaître que si la seconde a existé distincte de la première, elle n'a eu qu'une existence assez courte. De même qu'autrefois l'action *ex delicto* criminelle, à l'origine, pouvait dégénérer en une action civile réelle, de même maintenant l'action civile de chose emblée pouvait devenir criminelle au cours du procès, s'il était établi que le défendeur avait bien commis le vol (2).

Ce qu'il importe de retenir, c'est que, au moyen âge comme précédemment, le propriétaire ne peut réclamer son meuble, du moins pendant les premiers temps, qu'autant qu'il en a été privé contre sa volonté. Tel est aussi le caractère de l'action de chose adirée, en supposant qu'elle ait eue une existence propre, mais éphémère, et c'est précisément cette communauté de caractère qui a amené la confusion des deux actions en une seule (3). Il n'en reste pas moins certain qu'en dehors des cas de perte et de vol, c'est-à-dire de ceux où le propriétaire a été privé de sa chose malgré lui, il est impossible de la réclamer entre les mains des tiers. Celui qui s'est

(1) *Las costumaz de la vila de Bordeu*, n° 18. — *Établissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 18, éd. Viollet, p. 391. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 14, § 4. — *Bouteiller, Somme rural*, liv. I, tit. 43, p. 318. — *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 9. — Jean d'ibelin, chap. 191. — *Registre criminel de Saint-Martin-des-Champs*, p. 11.

(2) *Las costumaz de la vila de Bordeu*, n° 18. — *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 250. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 98, t. III, p. 260. Mais il résulte bien des textes cités plus haut et aussi d'un texte de De Fontaines, qu'à l'origine l'action est civile, chap. 12, n° 3.

(3) Il va sans dire que nous ne pouvons pas ici étudier la procédure de ces actions; on en trouvera d'ailleurs un exposé très complet dans l'ouvrage déjà cité de M. Jobbé-Duval.

volontairement dessaisi d'un meuble, par exemple à titre de gage, de dépôt, de commodat, n'a pas le droit d'agir contre les tiers de bonne foi (1); il obtient seulement l'action personnelle du contrat contre celui qui a traité avec lui (2). Cependant si celui qui est tenu de rendre la chose est insolvable, l'ancien propriétaire son créancier, peut se faire subroger dans ses droits pour réclamer la chose contre le tiers vis-à-vis duquel l'emprunteur, le dépositaire, le gagiste, aurait action (3). Sauf ce cas, pour que le propriétaire ait action contre les tiers, il faut qu'il ait été privé de sa chose sans son consentement. Sans doute, la perte et le vol ne paraissent pas avoir été pour tous les coutumiers les seules bases de l'action donnée au propriétaire et celui-ci pouvait, selon quelques-uns, agir dès que, par une raison quelconque, il avait cessé de posséder contre son gré (4); mais il n'est pas impossible que les textes contenant cette solution générale aient déjà subi l'influence du droit romain. Ce qui est certain, c'est que l'action de chose emblée ou adirée est d'origine purement coutumière et germanique. Elle n'a rien de commun avec l'action en revendication du droit romain, bien qu'elle soit aussi une action réelle en ce sens qu'elle est donnée même contre les tiers possesseurs de bonne foi. Certains anciens coutumiers énumèrent les actions relatives aux meubles et ils ont soin de passer sous silence l'action en revendication du droit romain, ou même de nous dire que cette action n'est pas reçue dans les cours laïques (5). De très bonne heure même on emploie une formule générale pour contredire le droit romain;

(1) Tel était aussi le système usité en Allemagne où il finit par se formuler au XVI<sup>e</sup> siècle, dans un adage : *• Hand muss Hand wahren. Wo man seinen Glaubten gelassen hat, da muss man ihn wieder suchen. •* « Que la main garde la main. C'est où on a laissé sa foi, qu'il faut la rechercher. » On rencontre pour la première fois cet adage dans le droit de Lübeck de 1586, t. II, art. 2, 3.

(2) *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 35, § 3 et suiv. — *Assises de la haute cour*, chap. 110, 131, 232.

(3) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 102. — *Beaumanoir*, chap. 31, n<sup>o</sup> 16, t. I, p. 461.

(4) *Beaumanoir*, chap. 24, n<sup>o</sup> 27, t. I, p. 353; chap. 31, n<sup>o</sup> 13, t. I, p. 462.

(5) *Très ancienne coutume de Bourges*, art. 55. — *De Fontaines, Conseil*, chap. 12, n<sup>o</sup> 3. — *Bouteiller, Somme rural*, liv. I, tit. 43, p. 318.

on déclare que les meubles n'ont point de suite, *mobilia non habent sequelam* (1).

Il résultait de là qu'en principe on devenait propriétaire d'un meuble par le fait seul de la possession, même si l'on n'avait pas traité avec le véritable propriétaire. De même il ne pouvait être question de prescription à l'égard des meubles. On trouve des applications de ces solutions dans des textes relativement récents. Ainsi, tandis que la plupart des coutumes avaient fini, comme nous le verrons plus tard, par admettre la prescription romaine de trois ans pour les meubles, d'autres, d'ailleurs en petit nombre, ont continué à ne parler de prescription qu'en matière d'immeubles (2). Dans le *Livre des droiz et des commandemens*, on trouve l'application consacrée aujourd'hui par l'art. 1141 du Code civil du transfert de la propriété des meubles par la possession : de deux acheteurs d'un même meuble, ayant traité avec la même personne, le second sera préféré au premier s'il a été mis en possession (3). De même, lorsque la théorie des actions possessoires se dégagait des obscurités qui l'entouraient, on comprit qu'il n'était pas possible de l'appliquer en principe aux matières mobilières. On a soutenu à tort que ces actions possessoires avaient existé, au moins à l'origine, aussi bien pour les meubles que pour les immeubles, mais il n'a pas été possible, à notre avis, de citer un seul texte décisif à l'appui de cette solution (4). Sans doute on avait, de très bonne heure, protégé pour elle-même la possession des meubles dans divers cas, mais les moyens imaginés à cet effet se réfèrent tous au *remedium spoli* imaginé par le droit canonique, lequel en effet avait été adopté par notre droit coutumier et

(1) Faber, *Codex definitionum*, lib. VI, tit. 27, *Ad senatus-consultum Trebellianum*, definitio 11, p. 756 de l'édition de Genève. Voy. aussi Laurière, v<sup>o</sup> *Meuble n'a point de suite*.

(2) Voy. par exemple la coutume d'Orléans, art. 260 et suiv.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 565, t. II, p. 102.

(4) Voy. par exemple De Parieu, *Étude historique sur les actions possessoires*, p. 124. Sur cette question, le traité de M. de Parieu, d'ailleurs si remarquable sous les autres rapports, ne doit être lu qu'avec beaucoup de précaution.

s'appliquait aussi bien aux meubles qu'aux immeubles : toute personne qui avait été spoliée d'un bien, meuble ou immeuble, devait avant tout en obtenir la restitution. Beaumanoir le dit formellement, mais comme il tient à éviter aussi bien les expressions du droit canonique que celles du droit romain, il accorde à celui qui a été spolié d'un meuble une action de nouvelle dessaisine. Ce qui prouve bien d'ailleurs qu'il n'entend pas parler de la nouvelle dessaisine des immeubles, c'est qu'il n'exige plus, en matière mobilière, l'annalité de la possession ni aucune autre condition. Il a donc uniquement en vue le *remedium spoli* (1).

Quant aux véritables actions possessoires relatives aux immeubles, elles ne se sont pas appliquées aux meubles.

On a expliqué de diverses manières cette exclusion. Suivant une opinion assez récente et qui compte de nombreux partisans, elle aurait sa source dans la procédure. A l'origine, le propriétaire n'aurait eu à sa disposition qu'une action criminelle pour réclamer son meuble, puis ensuite il aurait pu sans doute réclamer directement sa propriété, par la procédure d'aveu et de contre-aveu, mais le bien litigieux restant alors les mains de la justice pendant la durée du procès, la question possessoire n'aurait eu aucun intérêt (2). Cette solution paraît cependant fort douteuse. D'une part, on pratiquait pour la possession des immeubles une procédure dite d'*applègement* dans laquelle la chose litigieuse était également mise en main de cour pendant la durée du procès possessoire (3). La question de savoir qui serait possesseur pendant un procès quelconque n'était donc pas la principale base des actions possessoires. D'un autre côté, au *xiv<sup>e</sup>* siècle, la mise en séquestre du meuble litigieux disparut et dès lors si la mainmise de la

(1) Beaumanoir, chap. 32, n<sup>o</sup> 15, t. I, p. 470. Cpr. chap. 32, n<sup>os</sup> 3 et 24, t. I, p. 467 et 475. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 16.

(2) *Avouer* signifie revendiquer. Voy. Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 198; Cpr. p. 186.

(3) Voy. ce que nous avons dit plus haut. Cpr. *Livre des droitz et des commandemens*, t. I, p. 126; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 906 et suiv.; n<sup>o</sup> 978, t. II, p. 349.

justice sur le bien litigieux avait été auparavant l'obstacle à l'action possessoire, on aurait dû désormais admettre cette action. La vérité est qu'on a commencé, sous l'influence du droit romain, à distinguer pour les immeubles, le possessoire du pétitoire, mais qu'on n'a pas vu l'utilité de cette distinction pour les meubles. Auparavant, la saisine d'an et jour avait rendu propriétaire des immeubles; puis par l'effet du droit romain, cette saisine d'an et jour avait été remplacée par l'usucapion quant à la propriété; mais on ne l'avait cependant pas complètement supprimée et on la maintenait quant à la possession; c'est elle qui a été la véritable base et la source des actions possessoires. Mais cette saisine d'an et jour avait toujours été inconnue en matière mobilière. Voilà pourquoi la base des actions possessoires manquait quant aux meubles. Ceux-ci s'acquerraient immédiatement, par le seul fait de l'appréhension, quant à la propriété et quant à la possession. Il était donc impossible d'agir au possessoire contre quiconque avait acquis la possession et la propriété par le seul fait de la mainmise sur l'objet. Vis-à-vis des autres personnes, l'action possessoire aurait été possible à la rigueur et certains auteurs avaient en effet proposé d'admettre les actions possessoires même en matière mobilière (1). Mais cette opinion n'avait pas prévalu parce qu'on trouvait plus simple et plus commode d'intenter l'action personnelle ou l'action réelle pétitoire.

Toutefois nous avons vu que le *remedium spoli* avait été étendu aux meubles et que Beaumanoir qualifie même ce moyen possessoire de nouvelle dessaisine, bien qu'il n'exige pas la possession annale (2). En outre et par exception, les meubles étaient susceptibles d'action possessoire dans deux cas particuliers : d'abord on admettait l'action en complainte en matière de succession, sans se préoccuper de la

(1) Voy. par exemple Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 31, p. 188 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 389, t. III, p. 500.

(2) Beaumanoir, chap. 32, n° 15 et 23, t. I, p. 470 et 473. Cpr. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 16, p. 225.

nature des biens compris dans cette succession ; il résultait de là que si elle se composait exclusivement de meubles, cette universalité mobilière était, dans ce cas, protégée par la complainte. On admettait aussi cette action en cas de trouble apporté à la justice et juridiction d'un seigneur justicier à l'occasion d'un meuble, comme par exemple si l'on s'emparait d'un prisonnier, d'une amende, d'un gage reçu par ce seigneur en sa qualité de justicier (1).

Tandis que cette exclusion des actions possessoires se maintint en tout temps dans notre ancien droit, le système des actions tendant à reprendre un meuble dont on avait été dépossédé subit au contraire d'importantes transformations. Il importe toujours de distinguer suivant que le propriétaire d'un meuble en a perdu la possession contre son gré ou de son consentement. Si le demandeur prétend qu'il y a eu vol, il a le droit d'intenter l'action criminelle naissant de ce délit, suivant des formes solennelles qui remontent certainement à une haute antiquité. Il place notamment quatre deniers sur la chose en justice au moment même de sa plainte ; dans certaines coutumes il doit en outre fournir caution (2). Enfin le plaignant offre de prouver la vérité de son assertion (3). Le défendeur doit tout de suite nier le vol et offrir la preuve de son innocence ; mais de bonne heure on lui reconnaît le droit de demander un jour de conseil (4). La procédure de la plainte du vol varie suivant les coutumiers. Mais en général celle des deux parties qui échoue est condamnée à une peine corporelle et à la confiscation de ses meubles au profit du seigneur. L'ancien système des amendes, consacré par les lois franques n'est plus accepté que par certaines coutumes et

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 239. — Desmares, *Décision* 118.

(2) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 216. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 12 et 19. — *Grand coutumier de Normandie*, chap. 71, éd. de Gruchy, p. 73.

(3) Beaumanoir, chap. 31, n° 4, t. I, p. 458.

(4) *Ancien coutumier de Bourgogne*, chap. 14. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 20.

tend à disparaître (1). Si le demandeur veut éviter les chances de ces pénalités, il peut, au lieu de l'action criminelle de vol, intenter l'action de chose emblée (2). C'est une action d'une nature spéciale qui se rapproche plus que la précédente de l'époque franque : le demandeur n'affirme plus que le défendeur est un voleur, il prétend seulement que la chose a été volée. La précédente action était d'une origine relativement récente : elle découlait du nouveau système de droit criminel, bien qu'elle revêtît des formes anciennes. Cette action de vol ne pouvait pas exister avec son caractère exclusivement criminel dans les plus anciens temps. Nous avons rencontré en effet une autre action que nous avons appelée revendication, bien qu'elle n'ait aucun rapport avec l'action du même nom du droit romain. L'action de chose emblée est la suite de cette revendication : il s'agit encore d'une action réelle, mais qui se rapproche par plus d'un côté, notamment par la procédure de l'ancienne action du délit. Par exemple, on y relève la curieuse pratique de l'apposition de quatre deniers par le demandeur en justice, sur la chose réclamée. Ces quatre deniers empêchent les entiercements téméraires en même temps qu'ils sont un vestige de l'ancienne manière de s'obliger (3). Si le défendeur offre de restituer le bien et affirme par son serment qu'il n'a rien volé, il obtient son absolution. D'ailleurs la formule du serment varie d'après les coutumes : suivant les unes, il affirme avoir acheté d'une personne qu'il croyait loyale, d'autres l'obligent à jurer qu'il a acquis le meuble un jour de marché (4). Mais on admit très géné-

(1) Voy. cependant Assises d'Antioche, *Cour des bourgeois*, chap. 7. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. 1, chap. 29 et 82; liv. 2, chap. 12. — *Registre criminel de Saint-Martin-des-Champs*, p. 220. — Beaumanoir, chap. 6, n° 16, t. 1, p. 109.

(2) La question de savoir quelle est la nature de cette action est controversée. Voy. Jobbé-Duval, *op. cit.*, p. 113.

(3) *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 17. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 35.

(4) Voy. par exemple, *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 17. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 100, t. 1, p. 122. — *Ancien coutumier de Bourgoigne*, chap. 14. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 35, § 6.

ralement que si le défendeur établissait qu'il avait acheté la chose dans un marché, même en supposant l'existence d'un vol de la part du vendeur ou de son auteur, cet acheteur, tout en étant obligé de restituer la chose au demandeur, avait le droit de s'en faire payer le prix. Ce sont surtout les coutumes des villes du midi de la France, qui consacrent cette innovation (1). Cependant la même doctrine est acceptée par les *Etablissements de Saint Louis* et par Beaumanoir (2). Bouteiller est plus rigoureux : il admet que l'achat dans un marché fait tomber la présomption de vol qui pesait sur le défendeur, mais celui-ci, tout en restituant la chose, ne peut pas en exiger le prix (3).

Le défendeur peut opposer à la prétention du demandeur, un appel de garant en cause, à la condition que la vente en vertu de laquelle il possède le bien, ne remonte pas à plus d'un an et un jour, car la garantie ne dure pas plus longtemps au moyen âge (4), et dans ce dernier cas, le garant prend le fait et cause du garanti (5).

(1) Coutume de Perpignan, art. 25; Coutume d'Avignon, chap. 108; *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 95, éd. Tardif, p. 43.

(2) *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 18, éd. Viollet, t. II, p. 380. — Beaumanoir, chap. 31, n° 47, t. II, p. 27.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 35, p. 214.

(4) *Anciennes constitutions du Châtelet*, § 85. — *Loi de Beaumont*, art. 37. — *Abrégé du livre de la cour des bourgeois*, chap. 22. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 100, t. I, p. 122.

(5) Sur les détails relatifs aux cas de garantie, voy. Jobbé-Duval, *op. cit.* p. 153 à 158. Remarquons seulement qu'au moyen âge, tout en permettant les appels en sous-garantie, la plupart des coutumiers en limitent le nombre, probablement pour empêcher les procès d'être interminables; en général on n'admet pas plus de trois appels de garant. Cpr. *Grand coutumier de Normandie*, chap. 50, éd. de Gruchy, p. 126. — *Ancien coutumier de Bourgogne*, n° 83, dans Giraud, t. II, p. 283. — Charte d'Amiens, art. 32. — Coutume de Bayonne, chap. 102, n° 1. — Coutume de Larroque-Timbaud, art. 20. — Les coutumiers de l'Anjou et du Poitou permettent d'appeler jusqu'à sept garants. Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 100, t. I, p. 122; *Livre des droitz et des commandemens*, n° 109, t. I, p. 360. Le dernier garant auquel on refuse le droit d'appeler un sous-garant ne peut donc, pour éviter la condamnation, qu'invoquer un mode originaire d'acquisition. Déjà d'ailleurs, sous la période précédente, le nombre des sous-garants avait été limité dans certaines législations, notamment en Angleterre, par les lois de Canut, chap. 24, § 2, dans Schmid, p. 285.

De ce qui précède il résulte nettement que l'action de chose emblée, tout en supposant l'existence d'un vol, peut être dirigée et réussir contre d'autres personnes que le voleur; c'est donc bien une action réelle. Si le demandeur triomphe, le défendeur qui se laisse condamner, ou le garant qui a pris sa place, est diversement traité par les anciens coutumiers. Quelques-uns considèrent le défendeur comme voleur (1). D'autres ne lui appliquent pas les peines du vol, mais la vieille amende germanique de soixante sous ou une amende inférieure (2), sans parler des dommages-intérêts et de la restitution de l'objet. De son côté le demandeur encourt la même amende, le paiement des frais et des dommages-intérêts s'il succombe au procès (3).

Si le demandeur ne prétend pas que la chose a été volée, mais seulement qu'il en a perdu la possession contre son gré, il peut intenter, du moins dans certaines coutumes, l'action de chose adirée. Dans ces circonstances, le demandeur ne prétend plus qu'il y a eu crime, il invoque une simple perte, sauf à la justice à rechercher s'il n'y a pas eu vol. Mais l'action n'en est pas moins certainement civile, de l'aveu de tous (4). Le demandeur fait sa preuve de la perte au moyen du serment ou par témoins (5). S'il triomphe, il obtient la restitution de sa chose, sauf au demandeur à se retourner en garantie contre la personne de qui il la tient. S'il succombe, il n'encourt aucune amende, du moins les textes n'en parlent pas (6).

(1) *Las costumaz de la vilà de Bord:ü*, n° 18. — *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 250. — Coutume de Bayonne, chap. 102. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 98, t. III, p. 260.

(2) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 95, éd. Viollet, t. II, p. 160. — *Ancien coutumier de Bourgogne*, art. 76, dans Giraud, t. II, p. 278.

(3) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 95. — Coutume d'Amiens, art. 76. — Coutume de Bourgogne, chap. 14.

(4) Voy. notamment Jean d'Ibelin, chap. 131. — Coutume de Bayonne, chap. 102, § 1.

(5) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 226. — Jean d'Ibelin, chap. 131. — Jacques d'Ibelin, chap. 54. — Charte de Rouen, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 306.

(6) Voy. les textes cités à la note précédente.

Il ne paraît pas d'ailleurs que cette action de chose adirée se soit sérieusement développée et cela tient peut-être aux particularités de sa procédure ou plutôt encore à l'influence du droit romain.

Mais avant d'arriver aux changements dus à la renaissance de ce droit, il faut nous arrêter un instant à une doctrine autrefois professée, qu'on croyait abandonnée et qui vient d'être reprise tout récemment (1). D'après cette opinion la revendication des meubles aurait été admise dans notre ancien droit coutumier comme dans le droit germanique, d'une manière aussi générale que pour les immeubles; elle n'aurait pas été limitée au cas de perte, de vol ou autres analogues, tels que l'abus de confiance (2).

Cette solution est cependant, à notre avis, manifestement contredite par les textes. Ceux qu'invoque la doctrine que nous combattons peuvent se ranger en deux classes : les uns sont trop vagues pour pouvoir servir d'argument en un sens quelconque et les autres visent directement le cas de perte ou celui de vol; dire que ces textes doivent être généralisés, c'est faire à la fois une conjecture et une pétition de principe. On a au contraire l'embarras du choix lorsqu'on veut établir que le propriétaire dépossédé d'un meuble ne pouvait le réclamer contre les tiers de bonne foi qu'en cas de perte ou de vol, soit à l'époque des *Leges*, soit dans notre ancien droit coutumier (3). Les *Assises de Jérusalem* n'ont jamais d'autres cas en vue, et, si elles ne donnent pas, dans ces mêmes hypothèses à l'action le nom d'*action de chose adirée* ou de *chose emblée*, elles ne l'appellent pas non plus action en revendication (4). C'est aussi à cette situation que font allusion les *Établisse-*

(1) Voy. Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, Paris et Leyde, 1887, 1 vol. in-8.

(2) Selon Bemmelen, Mevius serait l'inventeur de la théorie qui refuse la revendication en matière mobilière.

(3) Nous nous bornerons à renvoyer, pour les textes qui n'appartiennent pas au droit français, aux citations faites par Bemmelen lui-même aux pages 140, 141, 148, 149, 156, 158, 159, 162, 168, 169.

(4) *Assises de Jérusalem*, cour des bourgeois, chap. 231, 249 et 256.

*ments de Saint Louis* et les plus anciens textes des coutumes d'Anjou et du Maine (1) et ils nous rappellent même l'ancienne procédure de l'action de chose emblée avec son formalisme. La même observation s'applique au *Conseil de Pierre de Fontaines* et au *Livre de justice et de plet* et elle devient d'autant plus grave, que les auteurs de ces coutumiers s'inspirent le plus souvent des principes du droit romain. Ils auraient donc dû parler de l'action en revendication de ce droit, au lieu de ne citer que les actions coutumières (2). Qu'on se reporte à Beaumanoir et on constatera encore que dans tous les cas où il permet de réclamer un meuble autrement qu'en vertu d'une action naissant d'un contrat, il suppose la perte ou la soustraction frauduleuse par vol, abus de confiance ou autrement (3). Si on consulte le chapitre 6, où Beaumanoir traite des différentes actions ou demandes, on remarque de suite que, tout en s'occupant des actions dont les meubles sont susceptibles, il ne fait aucune allusion à la revendication; il ne parle qu'un peu plus loin de l'action réelle, c'est-à-dire de l'action en revendication et il a bien soin de la limiter aux immeubles. On peut même constater l'habitude qui se transmettra au travers des siècles, jusqu'à nos jours, de confondre l'action réelle avec l'action immobilière et l'action personnelle avec l'action mobilière (4). Le *Grand coutumier de Normandie* énumère soigneusement les actions qui peuvent être données en ce qui concerne les meubles et il passe la revendication sous silence (5). Les *Anciennes constitutions du Châtelet* excluent formellement l'action réelle en matière de meubles (6). D'après

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 95; liv. II, chap. 13 et 18. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 100, t. I, p. 123.

(2) De Fontaines, *Conseil*, chap. 12, n° 3. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 11, § 1; tit. 14, § 4; tit. 18, § 1 et 3; tit. 35, § 1 et suiv.

(3) Beaumanoir, chap. 25, n°s 22 et 23, t. I, p. 367; chap. 31, n°s 15 et 16, t. I, p. 464; chap. 34, n°s 47, t. II, p. 27. Nous nous sommes déjà expliqué sur le point de savoir si les meubles sont susceptibles d'action possessoire.

(4) Beaumanoir, chap. 6, n°s 2, 3, 32, t. I, p. 99, 100 et 120.

(5) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 87, éd. de Gruchy, p. 198.

(6) *Anciennes constitutions du Châtelet*, n° 20, p. 43.

l'ancienne coutume de Toulouse, le propriétaire d'un meuble volé a le droit de le réclamer à l'acheteur de bonne foi, mais celui-ci peut se faire rembourser son prix par le revendiquant s'il prouve qu'il a acheté publiquement ou un jour de marché ou même un autre jour (1).

L'exclusion de la revendication en matière de meubles s'exprima même d'assez bonne heure en une formule énergique : *meubles n'ont pas de suite* et lorsque, sous l'influence du droit romain on admit l'hypothèque, on décida cependant, conformément aux anciens principes coutumiers qu'elle ne pourrait pas grever les meubles ou qu'elle ne produirait pas droit de suite, mais seulement droit de préférence. Tout cela est la conséquence logique des anciens usages, qui déclarent tout possesseur de bonne foi propriétaire du meuble et excluent la revendication. Ceux qui admettent cette revendication d'une manière générale devraient expliquer comment s'est introduite la règle les *meubles n'ont pas de suite*, et dire pour quelles raisons on n'a pas voulu que les meubles fussent susceptibles d'hypothèque ou que cette hypothèque produisît droit de suite. Ce qui est parfaitement logique dans notre opinion devient une anomalie étrange dans leur système (2).

Il y a encore un autre fait qu'ils ne parviennent pas à expliquer et qu'ils ont soin de ne pas relever : c'est le silence des textes sur l'acquisition de la propriété des meubles par la possession pendant un certain temps. Si l'on admet, en effet, que la possession, même de bonne foi, ne donne pas

(1) *Ancienne coutume de Toulouse*, tit. 7, art. 95, éd. Tardif, p. 43. Voy. aussi cette distinction dans Beaumanoir, chap. 25, n° 22, t. I, p. 368 et chap. 34, n° 47, t. II, p. 27.

(2) Sur cette absence de droit de suite en matière mobilière, voy. *Très ancienne coutume de Bourges*, art. 55, dans Richebourg, t. III, p. 880; Terrien, sur l'ancienne coutume de Normandie, p. 258; Boyer, *Consuetudines bituricensis*, *Des coutumes touchant prescription*, § 7; Bessian de Pressac, *Arvernorum consuetudines*, cap. 17, art. 1, p. 125; Favre, *Codex Fabrianus*, lib. VI, tit. 27, p. 756 de l'éd. de 1610; Desmares, *Lécisions* 161 et 195; *Coutumes notoires*, n° 23; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 288, t. I, p. 263; F, n° 1693, t. II, p. 413; I, n° 324, t. III, p. 430. Cpr. *Coutume de Paris*, art. 176.

sur le champ la propriété au possesseur, que celui-ci est au contraire menacé de l'action en revendication, qu'il n'y a lieu d'établir aucune distinction entre les meubles et les immeubles, on est conduit aussi nécessairement à distinguer la possession de la propriété.

Mais alors ne faudra-t-il pas donner au possesseur d'un meuble, à défaut de la propriété immédiate, l'espoir d'acquérir cette propriété par la prescription et le bénéfice des actions possessoires? On sait en effet que le possesseur de bonne foi d'un immeuble en acquiert, d'après l'ancien droit coutumier, la propriété par la possession d'an et jour. Il semble qu'il doit en être de même pour les meubles, si la possession ne donne pas tout de suite la propriété. Cependant aucun texte, purement coutumier ne parle de cette acquisition des meubles par prescription; il n'en est question que dans des textes relativement récents et qui, de l'aveu de tous, l'ont empruntée au droit romain. Qu'on se reporte par exemple à l'ancienne coutume d'Artois (1) : elle parle de l'acquisition des immeubles par la prescription d'an et jour en Artois; elle a même soin de faire remarquer qu'il faudrait dix à vingt ans d'après le droit écrit; mais elle ne dit rien des meubles et ce silence est significatif.

De même, dans le système que nous combattons, si la possession d'un meuble ne rend pas tout de suite propriétaire, il semble qu'elle doit, tout au moins, être protégée par les actions possessoires. Or nous avons vu que ces actions n'existent pas en principe en matière mobilière, si ce n'est dans des cas tout à fait rares et par des raisons particulières.

Lorsqu'on parcourt les anciens coutumiers, on constate qu'ils font assez souvent allusion au cas d'un possesseur d'un immeuble qui est protégé par les actions possessoires et qui est devenu propriétaire par la possession d'an et jour. Jamais cette situation n'est relevée pour les meubles, précisément parce qu'alors la possession se confond avec la propriété.

(1) *Ancienne coutume d'Artois*, tit. 25, éd. Tardif, p. 68.

Il y a mieux encore : dans nombre de coutumiers pénétrés par le droit romain, on retrouve très nettement formulé le principe suivant lequel le possesseur d'un meuble doit l'emporter envers et contre tous, sauf en cas de perte ou de vol, pour lesquels ils admettent la revendication sous forme de procédure d'aveu (1).

La vraie doctrine purement coutumière est donc bien celle qu'on formule aujourd'hui en disant *meubles n'ont pas de suite; en fait de meubles, possession vaut titre*. Sauf le cas de perte ou de vol (dans le sens large de ce mot), on ne peut pas revendiquer un meuble. Celui qui s'est volontairement dessaisi, par exemple en confiant l'objet à titre de dépôt, de prêt à usage, etc., a bien une action personnelle contre l'autre contractant, mais si celui-ci ou son héritier a de bonne ou mauvaise foi aliéné le meuble au profit d'un tiers, ce tiers devient propriétaire. Quant à l'ancien propriétaire, il n'a qu'à s'en prendre à lui-même; la coutume ne protège que celui qui a perdu la possession contre son gré ou tout au moins sans sa volonté.

Sous l'influence du droit romain, ces anciens principes s'altérèrent peu à peu pendant plusieurs siècles.

Dans les pays de droit écrit, on n'avait jamais admis que la seule possession d'un meuble suffit pour en faire acquérir la propriété, et la revendication était accordée aussi bien pour les objets mobiliers que pour les immeubles. L'ancienne coutume de Dace disait déjà qu'en matière mobilière on pouvait procéder par aveu, c'est-à-dire par revendication (2). Par la même raison on admettait que la propriété

(1) Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 117, t. II, p. 75; N, n°s 200 et suiv., t. IV, p. 461; N, n°s 10 à 13, t. IV, p. 518. Nous verrons bientôt que, dans d'autres passages, ces mêmes coutumiers s'inspirent du droit romain.

(2) *Ancienne coutume de Dace*, XVI, 8, dans Richebourg, t. IV, p. 913. Cpr. Coutume de Bayonne, IV, 14, 15, *Ibid.*, t. IV, p. 943. On cite aussi souvent en ce sens l'art. 95 de l'ancienne coutume de Toulouse, éd. Tardif, p. 43. Mais ce texte se borne à dire que l'acheteur d'une chose volée, peut, en la restituant, exiger qu'on lui rembourse le prix, s'il a acheté cette chose dans un marché public, ce qui ne déroge en rien au principe du droit coutumier.

d'un meuble pouvait s'acquérir par usucapion, seulement dans la suite on discuta s'il fallait admettre la prescription de trois ans ou seulement celle de trente ans.

Quant aux pays de coutume, il est assez difficile de déterminer à quel moment précis l'influence du droit romain s'est fait sentir avec une certaine énergie. On a prétendu que cette influence peut être déjà relevée dans Beaumanoir et que ce jurisconsulte admet une véritable revendication des meubles. Tous les textes de Beaumanoir supposent qu'il s'agit d'une chose perdue ou volée et ils ont même le plus souvent le soin de le dire formellement; Beaumanoir permet aussi au défendeur de se disculper en faisant intervenir son garant. Enfin il prévoit même le cas d'une chose achetée sans fraude dans un marché et il permet au propriétaire de réclamer cette chose à l'acheteur à charge de lui payer le prix; mais dans ce cas encore, il suppose un vol ou une perte. Beaumanoir s'est donc borné à reproduire la doctrine coutumière généralement admise de son temps (1).

Pour trouver des traces du droit romain, il faut se reporter aux anciens coutumiers de l'Anjou et du Maine. Il est parlé dans un de ces coutumiers de la prescription des meubles par la possession d'an et jour : on avait donc admis le système de la prescription romaine, mais en lui appliquant un délai germanique (2). On peut toutefois expliquer ce texte autrement, à cause de la généralité et du vague de ses termes, en disant qu'il fait simplement allusion à la prescription d'un an de l'action de chose emblée ou adirée. Mais un ancien coutumier de l'Anjou, d'une date d'ailleurs plus récente, a certainement en vue l'action en revendication du droit romain (3).

(1) Cpr. Beaumanoir, chap. 6, n° 3, t. I, p. 100; chap. 31, n° 16, t. I, p. 464; chap. 69, n° 25, t. II, p. 496.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 35, t. I, p. 49.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 512, t. II, p. 196 : « Du meuble peut bien naistre action réelle, si comme si je te demande mon chaperon que tu contreisses, ceste demande est réelle; car je demande la chose et la droieture, *Concordat* § 1, *Inst. de actionibus*, 4, 6. »

Ces coutumiers, les derniers en date, mêlent, ou plus exactement juxtaposent, les principes du droit romain et ceux du droit coutumier; aussi n'hésitent-ils pas à reconnaître l'acquisition des meubles par prescription. Le possesseur d'un meuble qui n'a pas traité avec le véritable propriétaire, sera donc menacé par l'action en revendication, tant qu'il ne pourra pas invoquer la prescription, seulement ces coutumiers n'ont jamais pu s'entendre sur la durée de cette prescription : les uns lui ont appliqué l'an et jour, d'autres ont admis la prescription de trois ans, d'autres encore celle de trente ans. Ils se sont au contraire mis d'accord pour exiger le juste titre et la bonne foi (1).

Quant aux anciennes actions coutumières, celle de chose adirée a disparu et celle de chose emblée subsiste pour le cas de vol. Mais l'enquête a remplacé le duel judiciaire et le poursuivant peut désormais échapper à l'amende de soixante sous s'il se désiste avant le commencement de l'enquête et s'il jure qu'il renonce à son action faute de preuve. D'ailleurs on applique à cette action la procédure de l'aveu et du contre-aveu, imitée de l'appègement en matière immobilière; l'objet litigieux est mis sous la main de justice, par exemple du sergent. Certains coutumiers étendent même cette procédure à l'action en revendication qu'ils ont empruntée au droit romain (2).

Toutefois dans certains pays où la procédure d'aveu était usitée, on en avait imaginé une autre pour éviter l'obligation de fournir caution au poursuivant et la mise sous main de justice qui occasionnait des frais : c'était la demande simple, soumise à la procédure ordinaire; mais elle offrait le danger de laisser la chose entre les mains du défendeur, lequel

(1) Voy. sur ces divers points *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 35, t. I, p. 49; E, n° 287, t. I, p. 562; F, n° 512, t. II, p. 196; L, n° 323, t. III, p. 412. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 51, t. I, p. 346. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27, p. 154.

(2) Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 109; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 78, t. III, p. 260. — *Grand Coutumier de France*, liv. III, chap. 53, p. 532.

pouvait la faire disparaître (1). Dans d'autres coutumes, notamment à Paris, la revendication des meubles était précédée d'une saisie conservatoire que le demandeur pouvait pratiquer même sans autorisation de justice pour faire enlever la chose au détenteur et la placer entre les mains d'un séquestre ou gardien (2). Cet antagonisme des principes du droit romain et de ceux des vieilles coutumes, produisit un état de confusion et d'obscurité dont les jurisconsultes des premiers temps de l'époque suivante, éprouvèrent quelque peine à sortir. On peut, pour s'en rendre compte, consulter les divers passages de la *Somme rural* de Bouteiller consacrés aux actions en restitution des meubles. Bouteiller parle à plusieurs reprises de la réclamation des choses perdues ou volées, suivant les anciennes formes de l'action de chose emblée (3). Ailleurs il admet la revendication romaine comme action bien distincte de celle de chose emblée, il permet même de l'exercer en dehors du cas de perte et de vol, et comme conséquence il autorise l'usucapion des meubles (4).

### § 3. — LA PROPRIÉTÉ IMMOBILIÈRE.

Ce serait ici le lieu de faire connaître le régime de la propriété immobilière s'il se rattachait, comme aujourd'hui, au droit privé. Mais au moyen âge, la propriété immobilière présentait avant tout un caractère politique. Sans doute, la féodalité a donné naissance à certaines tenures qui auraient pu exister tout aussi bien sous un autre état social; tels sont le bail à cens purement foncier, le bail à rente foncière, le champart de même nature. Mais les tenures qui dominaient

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 397 et suiv., t. II, p. 157.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. III, chap. 53, p. 532. Cette procédure ressemble singulièrement à la saisie-revendication que consacre encore aujourd'hui le Code de procédure.

(3) Voy. par exemple liv. I, tit. 27, 35 et 43.

(4) Liv. I, tit. 45 et 48. Cpr. *Livre de justice et de plet*, liv. 19, chap. 35, § 3 à 5. — *Coutumes notoires*, art. 159 et 160.

au moyen âge étaient le fief et la censive. Or le fief impliquait presque toujours seigneurie. Il comprenait certains éléments de la souveraineté; le droit de justice y était fréquemment attaché et des redevances lui étaient dues à titre d'impôt. Au temps de Beaumanoir, ces propriétés seigneuriales constituaient de véritables principautés plus ou moins indépendantes et lorsque, dans la suite, la royauté assura sa prépondérance, cette confusion entre la propriété et la souveraineté, tout en perdant la plupart de ses effets, ne disparut jamais complètement. On en était arrivé au moyen âge, à confondre la souveraineté et la propriété immobilière à ce point que, dans certaines coutumes, on n'admettait pas qu'un immeuble pût être indépendant de toute seigneurie. D'autres coutumes allaient moins loin et n'excluaient pas les alleux, mais elles voulaient tout au moins qu'on fit preuve de la liberté de son héritage et tant que cette preuve n'était pas faite, elles présumaient la seigneurie. L'influence de la féodalité était telle, que certaines tenures étrangères à cet état social, souvent même d'une époque antérieure, furent adaptées à ce régime et en devinrent des parties intégrantes; il suffira de rappeler le bail à emphytéose du droit romain et le bail à domaine congéable de la Bretagne. Aussi n'est-on jamais parvenu, dans notre ancienne France, à distinguer nettement les tenures d'origine féodale de celles qui dérivait d'une autre source et lorsque l'Assemblée constituante a plus tard entrepris cette tâche à l'effet de rechercher à qui appartenait la qualité de propriétaire, ou bien si une redevance devait être supprimée avec ou sans indemnité, elle a parfois commis de regrettables méprises. L'obscurité de ces questions tient précisément à ce que la féodalité, en étendant son action sur toutes les terres, avait donné sa nature à certaines tenures, bien qu'elle ne fût pas nécessaire à leur existence; des redevances foncières étaient devenues féodales et des redevances féodales s'étaient jointes à des obligations purement foncières. A qui appartenait la qualité de propriétaire? A vrai dire, on ne s'en inquiétait pas au moyen âge. Sans doute on avait, dès le début de

la féodalité et encore au temps de Beaumanoir, très nettement distingué d'une part le droit du seigneur, d'autre part celui du vassal ou du censitaire; mais on ne s'était pas occupé de la question de propriété, telle que l'avait comprise le droit romain. Pour les fiefs, la propriété était restée tout entière aux seigneurs, tant que les concessions de ce genre avaient été purement viagères. Mais lorsqu'elles étaient devenues perpétuelles, on avait été tout naturellement porté aussi à considérer le vassal comme une sorte de propriétaire. La nature du droit du seigneur s'affaiblit d'autant et s'obscurcit sensiblement.

Ce qui fut encore compris avec une certaine netteté, ce fut la distinction des domaines en deux classes; les uns pourvus de certains droits de souveraineté, les autres privés de cette prérogative. La notion exacte de la propriété ne reparut, dans les pays de coutume, qu'à la renaissance du droit romain. Ce droit avait déjà admis, en matière d'emphytéose, deux sortes de domaines sur un même immeuble : l'un direct, qui restait au concédant, et l'autre utile qui passait à l'emphytéote. Ce système fut alors transporté au fief et à la censive. Comme ce dédoublement de la propriété immobilière en domaine direct et domaine utile, repose sur l'idée de concession, l'application s'en fit sans peine aux fiefs, mais elle était évidemment forcée vis-à-vis de certaines censives, celles qui ne dérivait pas de concessions. En outre, il existait d'autres tenures que les fiefs et les censives et alors le tenancier était-il un propriétaire avec domaine utile ou n'avait-il qu'un simple droit réel sur l'immeuble? C'est une question à laquelle on ne songeait même pas au moyen âge et lorsqu'on la souleva on ne parvint jamais à la résoudre. C'est ce qui se produisit sous la période suivante, mais il était nécessaire de l'indiquer dès maintenant, pour montrer dans son ensemble l'évolution du droit de propriété foncière qui a son point de départ dans le régime féodal et qui se termine au jour où l'Assemblée constituante brisant avec raison, mais aussi avec trop de brutalité, tout ce système, en est revenue

à la notion simple et précise de la propriété, telle qu'elle avait été formulée par les jurisconsultes de la Rome antique.

Il ne faut pas oublier toutefois que, dans les pays du Midi, le régime de la propriété immobilière était resté dès le moyen âge bien différent de ce qu'il était dans les autres parties de la France. Les alleux y étaient beaucoup plus nombreux et, à vrai dire, c'étaient des terres soumises à la propriété romaine, libre et indépendante. Tandis que dans les pays de coutume on présumait toujours l'existence d'un seigneur, dans le Midi, au contraire, grâce à la persistance du droit romain, toute terre était, jusqu'à preuve contraire, présumée allodiale. Le régime féodal avait eu tant de peine à se constituer, que le jour où on voulut l'établir solidement à la suite de la guerre des Albigeois, il fallut implanter dans certaines parties du Midi les usages de la coutume de Paris. De même, les tenures perpétuelles du Midi, généralement désignées sous le nom d'emphytéose, avaient une nature propre qui ne permettait pas de les confondre avec celles des pays de coutume. C'est ainsi que cette emphytéose n'impliquait aucune supériorité au profit du bailleur; elle différait sous ce rapport du colonat romain et de la plupart des tenures féodales ou coutumières. C'était bien, le plus souvent, l'ancienne emphytéose romaine qui s'était maintenue, tout en subissant de sérieux changements, par l'effet même de l'état social du temps.

Après cet exposé de la nature de la propriété immobilière au moyen âge, il n'y a pas lieu de revenir sur les différentes tenures de cette époque; elles ont déjà fait l'objet d'une étude spéciale (1).

#### § 4. — LES COMMUNAUX ET LES DROITS D'USAGE.

Les biens communaux, *communia*, existaient en grand nombre à l'époque franque. Les lois, les capitulaires, les formules, les mentionnent à chaque instant (2). Ces biens con-

(1) Voy. notre tome IV, p. 273.

(2) Voy. par exemple Zeumer, p. 267, 268, 269, 276, 278, 279, 297, 385,

sistaient ordinairement en pâturages, forêts, terres vaines. La loi des Bava-rois nous apprend qu'il y avait entre voisins des chemins communs pour conduire les bestiaux au pâtu-rage (1); il y avait aussi des fontaines et des puits communs. On voit dans cette même loi que des difficultés pouvaient exister entre *commarchani* sur l'étendue de leurs droits dans les terres restées communes entre eux et situées à l'extrémité de leurs territoires; il y est dit, que la question doit être tran-chée par le duel, mais que personne ne peut prétendre à une partie quelconque de ces terres, à moins qu'on ne soit *com-marchanus* (2). Il semble bien résulter de ces textes que tan-tôt les *commarchani* étaient cantonnés sur une partie des terres communes et que d'autres fois leurs droits s'exerçaient sur la totalité de ces mêmes terres. Ces *commarchani* étaient évidemment des hommes libres, mais les serfs profitaient tout naturellement des communaux qui appartenaient à leurs seigneurs.

Il n'est donc pas étonnant qu'un certain nombre de com-munaux des temps féodaux remontent à l'époque franque. Les textes nous montrent des communaux qui sont certainement la propriété de communautés d'habitants; il en existe en Bour-gogne, dans le Midi et dans le Nord de la France. Un texte de l'an 1003 parle de communaux en Bourgogne (3). La charte de commune, accordée en 1257 aux habitants de Pontarlier, reconnaît formellement aux habitants la propriété des com-munaux; elle n'entend pas par là consacrer un nouvel état de choses, mais plutôt rappeler l'ancien (4). Dans certains

388, 402, 403. Voy. aussi les textes des lois barbares que j'ai cités dans mon *Étude sur les communaux et le domaine rural à l'époque franque*, p. 83 à 103. Je ne reviens pas sur les points qui ont été traités dans ce travail. Voir aussi pour plus de détails sur cette question l'article que j'ai publié dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1891, p. 446, sous le titre: *Communaux et communautés dans l'ancien droit français*.

(1) Loi des Bava-rois, tit. XI, art. 14, 15, 16.

(2) Loi des Bava-rois, tit. XI, art. 5 et tit. XVI, art. 2.

(3) Pérard, *Recueil de pièces curieuses pour servir à l'histoire de Bourgogne*, p. 168.

(4) Garnier, *Chartes de commune et d'affranchissement de Bourgogne*, t. II, p. 103.

villages du territoire de Pontarlier, les biens communaux étaient encore à la fin du <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle répartis par des experts entre les habitants (1). Dans le Midi, à Arles, un texte de l'an 1055 mentionne aussi des fonds de terre communaux (2). Il est possible que quelques-uns de ces communaux aient été concédés par des seigneurs ou par des abbayes, mais on sait que les donations en pleine propriété étaient fort rares. Les seigneurs aimaient mieux concéder de simples droits d'usage; aussi ne faut-il pas hésiter, malgré l'absence de preuve directe sur ce point dans la plupart des cas, à faire remonter certains communaux à l'époque franque ou même au temps des Romains. Il faut en dire autant de certaines communautés d'habitants libres ou serfs.

Les colons et les serfs de la glèbe vivaient très souvent à l'état de communauté sur les biens qui leur avaient été concédés. On retrouve des communautés de cette espèce dans presque toutes les parties de la France. Ces membres d'une même communauté étaient généralement appelés *consortes* et on donnait le nom de *consortia* aux biens ainsi possédés en commun (3). Lorsque les serfs devinrent des mainmortables, et dans la suite les mainmortables des vilains, plus d'une fois le seigneur imposa comme condition de cette transformation que ses paysans continueraient à cultiver la terre en commun. Les seigneurs furent favorables à ces communautés qui assuraient la culture de la terre et un paiement exact des redevances. Ainsi lorsqu'un des communistes venait à mourir, ses héritiers ne pouvaient prendre sa part dans la communauté agricole, qu'à condition d'en faire partie. On imposa longtemps cette condition même aux descendants, mais dans la suite on la trouva trop rigoureuse pour eux, et

(1) Dareste de La Chavanne, *Classes agricoles*, p. 138.

(2) Anibert, *Mémoire sur la république d'Arles*, 1<sup>re</sup> partie, p. 112.

(3) Voy. par exemple loi des Wisigoths, lib. VIII, tit. 1, § 5 et lib. X, tit. 1, § 4, 6, 7; lib. X, tit. V, § 5; loi des Burgondes, tit. XLIX, § 3. — Du Cange, *Consortes et Consortia*. — Davoud-Oghlou, *Législation des anciens Germains*, t. 1, p. 28, 70, 92. — Voy. aussi mon *Etude sur les communaux et le domaine rural à l'époque franque*.

ellene fut plus maintenue que pour les parents collatéraux (1).

On retrouve aussi en Belgique, au moyen âge, un grand nombre de communautés et de biens communaux, deux choses qu'il ne faut jamais confondre. A Anvers, les communiens avaient leur justice propre; à Joignies, le maire, assisté des jurés, répartissait la jouissance des terres communes entre les habitants; dans le village de Vichelen sur l'Escaut, les différents communistes fauchaient successivement et chacun en particulier, un lot de la prairie commune; chacun occupait ainsi, à tour de rôle, les meilleures et les plus mauvaises parties de la prairie. On pourrait multiplier les exemples; mentionnons seulement l'exploitation en commun de la houille dans les communes de Saint-Guislain, Dour, Quaregnon, Boussu (2).

Morice nous apprend qu'il existait une véritable communauté entre les hommes de la seigneurie de Belle-Isle, en Bretagne. Ces hommes, nous dit-il, se connaissaient, se veillaient et se gardaient les uns les autres; aucun d'eux ne pouvait enlever ses meubles, ses ustensiles, ses grains, ses bestiaux. Ils étaient solidairement tenus les uns pour les autres et assujettis à des corvées arbitraires et sans nombre. Le duc Geoffroy fit donation de cette île à l'abbaye de Redon au commencement du XI<sup>e</sup> siècle (3).

Dans le centre, en Auvergne, on fait remonter à l'année 780 à une communauté des *Guillard Puinons* qui s'est transmise au travers des siècles jusqu'à notre époque. D'autres communautés de la basse ou de la haute Auvergne ont aussi laissé leur souvenir : tels étaient les Dunaud, les Courly,

(1) Voy. par exemple Masuer, *Practica forensis*, au titre *De successioneibus*, n<sup>o</sup> 20.

(2) Voy. sur ces divers points et pour plus de détails Vandekinder, *Notice sur le régime des magistrats communaux*, Bruxelles, 1874. — Boulet, *La propriété foncière au XV<sup>e</sup> siècle, dans le quartier de Louvain*. — De Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, 4<sup>e</sup> éd., p. 234 et suiv.

(3) En dernier lieu elle appartenait à la famille de Fouquet qui la céda au roi sous le règne de Louis XV. Voy. Morice, *Histoire ecclésiastique et civile de Bretagne*, t. 1, p. 998, note LIX.

les Bourgades, les Troisirl, les Magnol, les Tarentey (1).

Dans certaines régions du Midi, les *mazades* étaient de véritables communautés de village ou de famille, dont il est encore aujourd'hui difficile de déterminer l'origine (2).

Toutes les communautés agricoles n'avaient pas été imposées par les seigneurs ou établies par l'usage; il existait aussi des communautés conventionnelles. Celles-ci étaient tantôt expresses, tantôt tacites; elles étaient fondées dans les buts les plus divers; on en rencontrait à la ville comme à la campagne. Beaumanoir esquisse rapidement ces diverses espèces de communautés, mais d'une manière suffisante cependant pour nous en donner une idée exacte. Parfois on formait une compagnie pour cultiver en commun une ferme (3).

Les villes jouissant d'une véritable existence légale, qu'elles soient devenues dans la suite des communes jurées ou qu'elles aient pris une autre nature moins avantageuse pour leur liberté et pour leur indépendance, ont toujours possédé des biens dont elles avaient la propriété plus ou moins complète. Après les invasions des Barbares, les villes protégées par les évêques avaient, en général, conservé leurs biens. Il y avait aussi à l'époque romaine des communaux des *civitates* (4), et de nombreux textes de la période franque font allusion à cette sorte de biens (5). Il est hors de doute que la féodalité essaya de mettre la main sur les communaux, et, sans en retirer la propriété aux villes, elle parvint du moins à les placer sous la suzeraineté féodale dans les contrées où les alleux

(1) Voy. sur ces communautés Henri Doniol, *L'ancienne Auvergne*, t. III, p. 109. — Rivière, *Histoire des institutions de l'Auvergne*, t. I, p. 171 et 415.

(2) Voy. Bauby, *Les mazades avant et depuis les lois abolitives de la féodalité*, et l'article déjà cité dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1891, p. 450.

(3) Voy. Beaumanoir, chap. 21, n° 30, t. I, p. 319. — Nous y reviendrons en nous occupant du contrat de société. Voir aussi ce que nous en avons dit dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1891, p. 451 et suiv.

(4) On sait que le mot *civitas* ne désigne pas une ville, mais une division territoriale.

(5) Voy. ce que j'ai dit dans *Les communaux et le domaine rural à l'époque franque*. — Cpr. Rivière, *Histoire des biens communaux en France*, p. 211 et suiv.

ne furent pas reconnus et où l'on admit de bonne heure la règle plus tard formulée ainsi : *nulle terre sans seigneur*, dans son sens le plus large, comme par exemple dans le Beauvoisis (1). Mais on sait que, dans la plupart des contrées, l'application de cette maxime fut fort longtemps limitée à la justice et que dans d'autres, surtout dans le Midi, elle fut toujours repoussée purement et simplement.

En réalité la condition des biens des villes et autres communautés d'habitants était très diverse au moyen âge, comme celle des biens des simples particuliers. Certaines villes, les communes jurées, étaient devenues de véritables membres de la féodalité noble : elles étaient vassales d'un seigneur et avaient elles-mêmes des vassaux; à ce titre elles possédaient des fiefs, des censives et même parfois, dans le Midi surtout, de véritables alleux. Nous en avons des preuves multiples pour Marseille, Avignon et autres villes de cette contrée, dans l'*Histoire générale du Languedoc* de Vaissète. Dans le Nord on relève le même fait pour les communes jurées, avec cette différence que les alleux étaient rares ou n'existaient même pas.

Les villes possédaient certains biens auxquels on donnerait aujourd'hui la qualité de biens du domaine public communal, parce qu'ils étaient en effet affectés à un service public, maison de l'échevinage ou des consulats, tour du beffroi, rues, chaussées, murs, portes, places publiques, halles et marchés, quais et ponts, puits et fontaines (2). En second lieu, les villes pouvaient posséder des maisons, des champs, des terres, en un mot des héritages, comme de simples particuliers, nobles ou roturiers; s'il s'agissait de censives, elles

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 5, t. I, p. 340.

(2) Voy. par exemple l'ordonnance du 16 février 1329, qui abolit la commune de Senlis, dans la *Gallia Christiana*, t. X, col. 485; Charte d'Arras, art. 46, dans d'Achery, *Spicilegium*, t. XI, p. 265; procès de l'échevinage de Soissons en 1269, à l'occasion d'une chaussée, dans les *Olim*, t. I, p. 279; procès entre l'archevêque de Reims et les échevins, au sujet des chaussées de la ville et du bureau de la recette en 1281, dans les *Archives administratives de Reims*, t. I, p. 994; seconde coutume d'Amiens, art. 27. On pourrait multiplier les exemples.

payaient le cens récongnitif de la seigneurie ou le recevaient, selon qu'elles détenaient ou concédaient à cens; elles pouvaient aussi louer ces biens et en retirer des locations ou fermages ordinaires (1).

Enfin il était certains biens, en général d'une valeur fort médiocre, prés, landes, terres vagues, marais, qui formaient des communaux proprement dits, c'est-à-dire des biens dont la ville avait la propriété à titre allodial ou en vertu d'une simple tenure et sur lesquels chaque habitant exerçait des droits d'usage, tels que ceux de pâturage, de pacage et autres (2).

Fort souvent aussi, une commune, ou plus généralement une ville, avait des droits d'usage sur tels biens ou sur tels domaines d'un seigneur ou d'une abbaye; de même que d'autres fois et en sens inverse un seigneur ou une abbaye cédaient un bien à une ville en se réservant certains droits d'usage ou autres (3).

En général les biens des communes et des villes étaient administrés par les maires, échevins, consuls ou autres représentants de la cité. C'était eux qui veillaient à la conservation de ces biens, les donnaient en location, renouvelaient les baux, réglaient l'exercice du droit d'usage sur les communaux (4). Mais on exigeait l'intervention de tous les habitants pour les aliénations et pour l'assiette et la perception de la taille communale (5).

(1) Voy. seconde coutume d'Amiens, art. 27; *Livre de justice et de plet*, p. 10; *Archives administratives de Reims*, t. II, 2<sup>e</sup> part., p. 577.

(2) Du Cange, v<sup>o</sup> *Pasculum*; Charte d'Aix, art. 17, dans d'Achery, *Spicilegium*, t. XI, p. 351; Charte de Dourlens, art. 37, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI.

(3) Charte de la commune d'Arkes, art. 12 et suiv., dans d'Achery, *Spicilegium*, t. XII, p. 167. Voy. aussi les lettres de confirmation des privilèges de la ville de l'Isle en Périgord, octroyés en 1319 par Philippe le Bel, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI. On y trouve l'énumération de presque tous les biens que pouvait posséder une ville.

(4) Voy. par exemple seconde coutume d'Amiens, art. 25 et 27. — Charte d'Arras, dans d'Achery, *Spicilegium*, t. XI, p. 362. — Cf. Giry, *Histoire de la ville de Saint-Omer et de ses institutions*, p. 232 et 241.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 10, où il est dit que le roi annule un établissement d'une ville qui avait dénaturé les rentes foncières de cette ville en leur donnant le caractère de rentes viagères, alors qu'elles étaient perpétuelles.

Les hommes de poeste des campagnes pouvaient posséder des biens communs au même titre que d'autres, par exemple à titre de censive, et nous avons vu que, dans un grand nombre de contrées, la convention formelle, le contrat tacite résultant de la vie en commun pendant un an et un jour, ou même l'usage local, constituaient des communautés de paysans embrassant tout un village ou plusieurs villages ou seulement plusieurs familles. Les hommes de poeste ainsi organisés avaient certainement entre eux, outre les biens communs cultivés séparément, de véritables communaux, c'est-à-dire des biens d'un usage commun à tous, et enfin les biens cultivés par lots pouvaient aussi, après la récolte, être mis en commun pour le parcours ou la vaine pâture. Mais en général les autres hommes de poeste n'avaient que des droits d'usage. Ceux-ci étaient même souvent communs à toutes les personnes qui habitaient une contrée, serfs, hommes de poeste ou autres. Il va sans dire que les communautés de serfs ou hommes libres pouvaient aussi jouir de droits d'usage sur certains biens de leurs seigneurs; c'est ce qui avait lieu notamment en Alsace au profit des communautés colongères (1).

Au moyen âge, de nombreux textes nous prouvent que les seigneurs, laïques ou ecclésiastiques, conféraient très facilement ces droits d'usage, soit à titre purement gratuit, soit moyennant une légère redevance; c'étaient eux aussi qui déterminaient le mode d'exercice de ces mêmes droits (2).

On admet généralement que cet établissement avait été fait par les échevins, mais rien ne le dit dans le texte et on comprend très bien que le roi ait pu annuler un établissement fait même par l'ensemble des habitants de la commune, du moment qu'il avait pour objet de nuire aux bourgeois de l'avenir. Son résultat aurait été en effet d'augmenter les revenus des bourgeois qui avaient voté cet établissement et de supprimer complètement ce même revenu pour leurs successeurs. Voy. en sens contraire Rivière, *Histoire des biens communaux*, p. 365. Sur l'intervention des habitants dans les actes d'aliénation, voy. le même auteur, *op. cit.*, p. 359, 364, 377.

(1) Voy. Stouff, *op. cit.*, p. 14 et 60.

(2) Voy. par exemple Luchaire, *Louis VI le Gros*, n°s 211 et 394. — Cpr. Langlois, *Le règne de Philippe III le Hardi*, p. 390 et 396. — Garnier, *Chartes de communes et d'affranchissements de Bourgogne*, t. 1, p. 381. — Guigue, *Cartulaire lyonnais*, t. 1, p. 95.

Mais déjà à l'époque franque il existait un grand nombre de droits d'usage (1). Ces plus anciens usages doivent-ils exclusivement leur origine à la concession du seigneur, ou ne vaut-il pas mieux dire que quelques-uns d'entre eux sont des restes de l'ancienne communauté des terres? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse, mais on comprendra sans peine que dans maintes circonstances il sera bien difficile de connaître la véritable origine, malgré l'importance de la question (2).

Il y avait aussi de véritables biens vacants. Les historiens se sont parfois demandé à qui appartenaient ces biens vacants : aux seigneurs ou aux communautés d'habitants? Cette question peut surprendre. Dire que des biens sont vacants, c'est reconnaître qu'il n'appartiennent à personne et que l'usage en est commun à tous. Cette explication donnée par le *Brachylogus*, qui l'emprunte au droit romain, était aussi vraie au moyen âge qu'auparavant. L'article 72 des usages de Barcelone, connu sous le nom de loi *stratæ* dit que les biens vacants sont aux *puissances*, c'est-à-dire aux seigneurs justiciers, sans qu'ils en aient la propriété et de telle sorte qu'ils en laissent la jouissance à tous les habitants (3). Certains historiens ont

(1) Voy. par exemple loi des Bavares, XII, 9; loi des Burgondes, CXXXIX, 1 et 2; loi des Wisigoths, VIII, 3, 9; VIII, 4, 26 et 27; VIII, 5, 2 et 5.

(2) La question de savoir si un droit d'usage a sa cause dans la concession du seigneur ou dans la propriété collective originaire offre un certain intérêt pratique : dans le premier cas il faudra un titre pour que les habitants du pays pussent justifier du droit d'usage et ceux-là seuls pourront en profiter qui sont mentionnés dans le titre; dans le second cas un titre ne sera pas nécessaire, la possession immémoriale suffira et tous les habitants profiteront du droit d'usage. Voy. Saleilles, *Des délits et des peines en matière forestière au moyen âge, dans le duché de Bourgogne*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XVI, p. 90. Voy. sur les terres communes ce que nous avons dit dans *l'Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. 1, p. 140.

(3) Cet article est ainsi conçu : « *Stratæ et viæ publicæ, aquæ currentes et fontes vivi, prata, pascuæ, sylvæ, et garricæ et rochæ in hac patria fundatæ sunt de potestatibus, non ut habeant per alodium vel teneant in dominio, sed sint omni tempore ad emparamentum cunctorum illorum populorum sine ullius contrarietatis obstaculo et sine aliquo constituto servitio.* » Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 163, texte et note 2. Ce texte ne doit pas être entendu de tous les chemins publics, routes, eaux courantes, fontaines vives, prés, pacages, forêts, garrigues, rochers, car il y

conclu de ce texte que les biens vacants appartenait aux communautés d'habitants et d'autres l'ont invoqué pour les attribuer aux seigneurs justiciers. Or ce texte, à notre avis, ne statue pas sur la question de propriété : il se borne à reconnaître aux seigneurs justiciers un droit d'administration et de police sur les biens vacants et aux habitants un droit d'usage sur les mêmes biens. D'ailleurs cette disposition est tombée de bonne heure en désuétude. Les seigneurs justiciers se sont, dans les pays où étaient observés les usages de Barcelone (1), comme ailleurs, attribué la propriété de ces biens et n'ont laissé aux habitants que des droits d'usage.

Le même fait s'est souvent produit pour les forêts. Celles-ci avaient pris un immense développement aux x<sup>e</sup> et xi<sup>e</sup> siècles et avaient été originairement *res nullius*; puis les seigneurs profitant des troubles des temps avaient affirmé leur droit de propriété, tout en concédant des usages (2). Peut-on dire que dans ces circonstances les droits d'usage sont antérieurs à l'appropriation faite par le seigneur, ou doit-on admettre que celui-ci les a concédés aux habitants par cela même qu'il ne se les est pas réservés? On comprendra sans peine l'importance de ce problème au point de vue de l'origine des droits d'usage.

Beaumanoir expose cette question des biens vacants à propos des droits d'usage, en ayant soin d'éviter le premier terme et d'employer le second dans un sens très large. Il distingue deux sortes d'usages, ceux qui sont communs à tous et ceux qui sont réservés aux habitants d'une contrée. Les premiers, tels que l'usage d'aller et de venir sur les chemins, celui de prendre de l'eau à la rivière, celui d'entrer à l'église, celui de

en avait beaucoup qui appartenait en propriété privée, soit aux seigneurs, soit aux communautés; il vise seulement ceux de ces biens sur lesquels il n'avait été fait aucun acte d'appropriation. Voy. Brutails, *Étude sur l'art. 72 des usages de Barcelone*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 59 et 63.

(1) Quels étaient ces pays, voy. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1888, t. XII, p. 68.

(2) Voy. Flach, *Les origines de l'ancienne France*, t. II, p. 139 et 140.

faire abreuver les bestiaux, peuvent être exercés sans qu'on soit tenu de payer aucune redevance au seigneur et les dépenses qu'ils occasionnent doivent être supportées par tous, même par les gentilshommes. Beaumanoir se plaint de leur résistance et de leur tendance à faire peser ces charges exclusivement sur les vilains (1). Quant aux usages réservés aux habitants d'une contrée, tels que le pacage, ils ne peuvent pas exister sur les terres ou forêts du seigneur, d'après Beaumanoir, sans l'obligation de lui payer un cens ou une redevance, même si ces usages sont établis de temps immémorial. La ville des Haies ayant soutenu que ses habitants avaient le droit d'envoyer paître leurs bestiaux sur les prés du sire de Thierni, sans payer aucune redevance, le procès fut porté devant les jurés de Creil, lesquels déclarèrent cet usage mauvais et ajoutèrent qu'il ne devait pas être respecté (2). Lorsqu'un droit d'usage était contesté, dans le Beauvoisis, son existence ne pouvait être établie que par une charte du seigneur du lieu confirmée par le souverain (3). En outre, les sujets ne pouvaient pas introduire des usages contraires aux droits de leur seigneur sans son consentement; ils devaient jouir de ceux qui existaient à leur profit d'une manière régulière et sans les aggraver, sous peine de les perdre pour abus de jouissance (4).

Les plus fréquents de ces droits d'usage étaient ceux de vaine pâture, de pacage et autres de même nature (5).

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 14, t. 1, p. 345.

(2) Beaumanoir, chap. 24, n° 6, t. 1, p. 341.

(3) Beaumanoir, chap. 24, n° 7, t. 1, p. 342.

(4) Voy. Beaumanoir, chap. 24, nos 9 et 16, t. 1, p. 342 et 346. Lorsqu'un chevalier vendait son fief et qu'il existait au profit de ce fief un droit d'usage consenti par le seigneur, sur une forêt par exemple, qu'ensin le chevalier aliénait le manoir à un gentilhomme d'un rang plus élevé que le sien, le droit d'usage ne pouvait pourtant pas être aggravé par cette circonstance. Voy. Beaumanoir, chap. 24, n° 18, t. 1, p. 348.

(5) Il ne faut pas confondre la vaine pâture, la vive pâture et le parcours. La première consiste dans le droit de faire paître les bestiaux sur certaines terres dépouillées de leurs récoltes ou en jachère. La vive pâture s'exerce au contraire même sur les récoltes et pendant toute l'année. Lorsque le droit de vaine pâture existe entre les habitants de villages différents, il prend le nom de parcours.

Dans diverses contrées, la vaine pâture existait sur toutes les terres, mais elle tendit à se restreindre, comme les droits d'usage dans les forêts, à mesure que la propriété individuelle se développa davantage. D'après les *Établissements de Saint Louis*, la vaine pâture était admise dans tous les bois de plus de trois ans pour les bœufs et les vaches, mais non pour les chèvres, et si un coutumier avait fait paître dans un bois plus jeune, il aurait encouru une amende de soixante sous (1). Le droit de pacage est encore reconnu sur un grand nombre de terres non closes et pendant une partie de l'année par la coutume de Touraine de 1559 (2). Les textes de l'Orléanais du <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle sont muets sur la question du pacage, mais M. Viollet conjecture que ce droit y était soumis aux mêmes règles qu'en Anjou (3). Le *Grand coutumier de Normandie* consacre tout un chapitre aux terres en défens et aux terres communes pour la vaine pâture et dont les dispositions se rapprochent singulièrement de celles du droit, usitées à la même époque en Angleterre (4). Les terres en défens sont celles qui se trouvent en culture et sur lesquelles il est interdit d'introduire des animaux. Quant aux terres vides, il n'est pas non plus permis d'y faire paître depuis la mi-mars jusqu'à la sainte Croix en septembre, mais en tout autre temps elles sont communes, à moins qu'elles ne soient closes ou défendues de temps immémorial, par exemple au moyen de haies.

Le temps pendant lequel les terres sont communes, est appelé en Normandie *banon*, en Angleterre *common of pasture*. Il est permis pendant cette époque de l'année d'y faire paître les animaux sans qu'ils soient accompagnés d'un berger. Toutefois ce droit de pâture sur les terres communes n'est pas reconnu pour les chèvres ni pour les porcs, à cause des dommages que ces animaux peuvent occasionner en mangeant les bourgeons des vignes ou les nouveaux plants

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 158, éd. Viollet, p. 294.

(2) Coutume de Touraine de 1559, art. 202.

(3) *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 101.

(4) Voy. mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, p. 140. — *Grand coutumier de Normandie*, chap. 8, éd. de Gruchy, p. 28.

d'arbres, en fouissant les prés et les terres semées. Pendant le temps de banon, nul ne peut défendre sa terre, à moins qu'elle ne soit close de temps immémorial ou qu'il ne s'agisse de certains bois (1).

De bonne heure les ordonnances royales réglementèrent les droits d'usage dans certains bois; elles s'attachèrent à réprimer les abus que se permettaient trop souvent les usagers. Un arrêt du Parlement de 1262 fait allusion à un Établissement de Saint Louis qui aurait défendu le pacage dans les bois âgés de moins de cinq ans (2). La charte aux Normands de 1315, renouvelée plus tard par un grand nombre d'ordonnances (1376, 1388, 1402, 1515, 1533), réduit le droit au bois mort à neuf espèces d'essences forestières. Mais ce furent surtout les forêts du domaine de la couronne qui firent de bonne heure l'objet de dispositions importantes. Une ordonnance de Philippe le Hardi, rendue au Parlement de la Toussaint de 1280, détermina comment et par qui les délivrances seraient faites aux usagers; ce furent les fonctionnaires principalement chargés de surveiller les chasses royales, qui reçurent cette mission. Plus tard furent créés les *justiciarii forestarum* et les maîtres des forêts; les premiers nous sont révélés par un acte de 1283 et les seconds dans une ordonnance d'août 1391.

Dans la suite les coutumes furent fort divisées sur la vaine pâture: les plus rigoureuses regardaient la vaine pâture comme une servitude légale, de sorte que les propriétaires n'avaient pas le droit de s'y soustraire, même par la clôture; telles étaient notamment les coutumes de Montargis et de Lorraine (3). D'autres coutumes obligeaient les habitants à subir la vaine pâture lorsque leurs terres n'étaient pas closes, mais ils pouvaient mettre leurs propriétés en défense au moyen d'une clôture; telles étaient les coutumes de Sens, Auxerre,

(1) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 8, éd. de Gruchy, p. 28.

(2) Boutaric, t. I, p. 63.

(3) Montargis, chap. IV, art. 1 à 3; Lorraine, tit. XIV, art. 23, 24. Ces coutumes ne permettaient aux propriétaires de soustraire leurs héritages à la vaine pâture qu'autant qu'ils joignaient des cours ou des jardins.

Melun (1). D'autres encore, tout en admettant la vaine pâture, la limitaient à certains héritages, par exemple aux terres en plein repos, de sorte que tous les autres immeubles en étaient affranchis, même s'ils n'étaient pas entourés de clôture. Certaines coutumes n'autorisaient la vaine pâture qu'autant qu'elle était fondée sur un titre ou sur une possession immémoriale; dans les autres cas elle n'était considérée que comme un acte de simple tolérance. Tel paraît bien avoir été, en général, le régime des pays du Midi. Lorsqu'une coutume était muette, on admettait aussi assez volontiers le même système. Enfin, il y avait des coutumes, peu nombreuses d'ailleurs, qui prohibaient formellement la vaine pâture, celle-ci ne pouvait exister alors qu'en vertu d'un titre exprès.

Beaumanoir rapproche des droits d'usage sur les terres ceux qui existaient sur les chemins. Il compte jusqu'à cinq espèces de chemins : ceux de quatre pieds où l'on ne doit pas passer en charrette si ce passage est de nature à nuire aux terres; ceux de huit pieds où l'on peut conduire des charrettes, mais à la condition de les faire passer les unes après les autres; ceux de seize pieds, où l'on a le droit de mener deux charrettes de front, ainsi que les bêtes, à la condition qu'elles soient attachées et qu'on ne les laisse pas s'arrêter; ceux de trente-deux pieds que l'on peut prendre avec toutes espèces de voitures conduisant des marchandises et où les bêtes peuvent s'arrêter et paître; enfin les chemins de Jules César, à soixante-quatre pieds de large, qui sont toujours en lignes absolument droites. Dans les pays où la coutume ne fixe pas la largeur des chemins, on doit les distinguer en sentiers et chemins royaux et pour déterminer leur largeur il faut s'en référer aux anciens usages (2). De droit commun, tous les chemins, même les plus larges, appartiennent au baron qui a sur eux justice et seigneurie; mais il existe des coutumes contraires et telle est notamment celle de Beauvoisis (3).

(1) Sens, art. 146; Auxerre, art. 260; Melun, art. 302.

(2) Beaumanoir, chap. 25, n<sup>os</sup> 2 et 3, t. 1, p. 357 et 358.

(3) Beaumanoir ajoute qu'en Beauvoisis certains seigneurs ont le droit de voirie en fief. Voy. chap. 25, n<sup>os</sup> 4 et 5, t. 1, p. 360.

Le seigneur d'un chemin n'a pas le droit de le détériorer, autrement en Beauvoisis le comte aurait le devoir d'intervenir, et le roi à défaut du comte (1). Toutes les fois qu'on veut établir ou rétablir un chemin, on doit lui donner partout la même largeur; s'il s'agit d'un ancien chemin, il faut rechercher quelle était autrefois cette largeur, non pas à la sortie de la ville où toute route a toujours une largeur exceptionnelle, mais en plein champ (2). Ces travaux de réfection des chemins sont entrepris par le seigneur aux frais de ceux qui en profitent. Le seigneur peut, à cette occasion, lever une redevance nouvelle pour un, deux ou trois ans, mais non à perpétuité, car ce serait alors une mauvaise coutume. Les gentilshommes, comme les gens de poeste, doivent participer à ces redevances, chacun selon ses ressources. Beaumanoir se plaint encore une fois de ce que les gentilshommes essaient d'échapper à cette charge (3). Il reproche aussi aux seigneurs de laisser souvent les chemins en mauvais état, parfois même de les rétrécir. Mais toutes ces entreprises sont d'ailleurs nulles et ne sauraient faire naître aucun droit, quelque lointaine que soit l'époque à laquelle elles remontent (4). Lorsque ceux qui sont chargés de répartir les redevances établies pour la réfection des chemins, se permettent des injustices, le seigneur doit, sur la plainte du commun, nommer un conseil chargé de les redresser (5).

Le seigneur du chemin devait protection à tous ceux qui y passaient; on lui recommandait même une vigilance particulière sur la sécurité des pèlerins et des marchands, mais le plus souvent le seigneur n'accordait ses faveurs que moyennant finance (6).

(1) Beaumanoir, chap. 25, n° 7, t. I, p. 361.

(2) Beaumanoir, chap. 25, n°s 8 et 9, t. I, p. 362.

(3) Beaumanoir, chap. 25, n°s 13, 14, 15, t. I, p. 364.

(4) Beaumanoir, chap. 25, n° 3, t. I, p. 359.

(5) Beaumanoir, chap. 25, n° 16, t. I, p. 365. — Pour les clercs, la répartition est faite par l'évêque et pour les gentilshommes par le comte. Beaumanoir recommande de veiller à ce que les gentilshommes et les riches n'y échappent pas, chap. 25, n° 17, t. I, p. 365.

(6) Beaumanoir, chap. 25, n°s 1 et 25, t. I, p. 356 et 370. — Cpr. *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 14.

## § 5. — LA POSSESSION.

La matière de la possession, ou, pour prendre l'expression consacrée, de la *saisine* du droit germanique, malgré les travaux de notre époque, présente encore de graves difficultés et soulève des controverses sur les points les plus essentiels et sur un grand nombre de détails (1).

Quiconque a étudié le droit de l'empire romain sait avec quel soin et quelle précision les jurisconsultes de ce temps distinguaient la possession de la propriété, le possessoire du pétitoire. Dans les anciennes coutumes germaniques, au contraire, ces deux notions sont en général complètement confondues et celui-là est propriétaire qui est en même temps possesseur. Telle est, en effet, la situation normale dans un

(1) Voy. notamment Klimrath, *Étude historique sur la saisine d'après les coutumiers du moyen âge*, 1831, dans ses *Travaux sur l'histoire du droit français*, t. II, p. 339 à 399. — Unterholzner, *Ausführliche Entwicklung der gesamten Verjährungslehre aus den gemeinen in Deutschland geltenden Rechten*, 2<sup>e</sup> édit. par Ch. Schirmer, Leipzig, 1858, 2 vol. in-8. — Laurière, *Dissertation sur le tènement de cinq ans*, Paris, 1696, p. 66 et suiv. — Gfrörer, *Die Verjährung*, dans *Zur Geschichte deutscher Volksrechte im Mittelalter*, 1866, t. I, p. 68 et suiv. — Molitor, *La possession, la revendication, la Publicienne et les servitudes en droit romain avec les rapports entre la législation romaine et le droit français*, 1868, 2<sup>e</sup> édit., 1 vol. in-8<sup>o</sup>. — Bruns, *Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart*, 1848, 1 vol. in-8; Bruns, *Der ältere Besitz und das Possessorium ordinarium*, dans Bruns, *Kleinere Schriften*, t. I, p. 136 et suiv. — Esquiro de Parieu, *Études sur les actions possessoires*, Paris, 1850, in-8. — Renaud, *Die Besitzklagen nach französ. Rechte*, dans Mittermaier et Mohl, *Krit. Zeitschrift*, 1853, t. XXV, p. 306-323 (compte rendu de l'ouvrage de M. Esquiro de Parieu). — Meixheider, *Besitz und Besitzschutz, Studien über alte Probleme*, Berlin, 1876, 1 vol. in-8. — Alauzet, *Histoire de la possession et des actions possessoires en droit français*, Paris, 1849, 1 vol. in-8. — Valentin Smith, *De l'origine de la possession annale*, 1854, 1 br. in-8. — Heusler, *Die Gewere*, Weimar, 1873, 1 vol. in-8. Voir un compte rendu de l'ouvrage d'Heusler par Lefort, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. I, p. 315. — Ortlieb, *De la collatio en droit romain, Des effets de la possession des meubles dans le droit français ancien et moderne*, Nancy, 1871, in-8<sup>o</sup> (Thèse de doctorat présentée à la Faculté de droit de Nancy en 1871). — Jobbé-Duval, *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, Paris, 1881, 1 vol. in-8. — Van Bemmelen, *Le système de la propriété mobilière*, Paris et Leyde, 1887, 1 vol. in-8. — Sur l'état actuel de la doctrine de la possession en droit romain, voy. Saleilles, *Étude sur les éléments constitutifs de la possession*, Dijon, 1894, 1 br. in-8<sup>o</sup> (Extrait de la *Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, année 1893 et 1894).

état dont la civilisation n'est pas encore parvenue à un grand développement. Cette propriété et cette possession confondues portent, dans le vieux droit germanique, le nom de *Gewere*, dans notre ancien droit, celui de *saisine*. La saisine résulte de ce que l'on a une chose, meuble ou immeuble, à sa disposition, peu importe d'ailleurs que ce soit à titre de propriétaire, de vassal ou de censitaire, pourvu qu'on entende s'attribuer sur l'objet un droit propre excluant celui d'autrui. On peut acquérir cette possession soit par l'occupation, soit entre-vifs par la tradition et à cause de mort par les successions, car déjà à l'époque franque et contrairement au droit romain, le mort saisit le vif. A-t-on la saisine ou possession garantie par certaines actions en justice dès le moment même où cette acquisition se réalise? La condition d'an et jour existe-t-elle déjà d'une manière générale à l'époque franque, ou n'a-t-elle été imposée que plus tard, au temps de la féodalité? Est-il nécessaire, pour éviter toute chance de confusion, de distinguer soigneusement les meubles et les immeubles (1)? Dès ces premières questions, les difficultés apparaissent.

La propriété, a-t-on dit dans un premier système, est à l'origine confondue avec la possession dans la notion vague et générale de saisine. Celui qui avait acquis cette possession par occupation, par tradition suivant les formes symboliques de l'époque, était par ce fait même aussi propriétaire. L'ancien droit germanique ne connaissait pas l'usucapion et on ne concevait pas qu'un immeuble pût être acquis d'une personne qui n'aurait pas été propriétaire, puisque cette acquisition devait être faite par tradition et que la tradition ne pouvait avoir lieu que de la part du possesseur. Certaines lois parlent, il est vrai, de la prescription par quinze, trente ou même cin-

(1) Ces distinctions autrefois établies pour l'époque franque entre la simple saisine de droit, la simple saisine de fait, la vraie saisine d'an et jour, sont aujourd'hui abandonnées par beaucoup d'auteurs. Elles sont cependant certainement vraies pour l'époque féodale, comme nous aurons bientôt occasion de le constater, et de plus il est inexact de soutenir que tous ces termes sont d'invention moderne. Voy. par exemple *Livre de justice et de plet*.

quante ans, mais ce sont là des emprunts manifestement faits au droit romain, et il est même permis de se demander s'ils ont jamais été observés dans la pratique (1). Quant à la condition d'an et jour, exigée par les coutumiers du moyen âge pour que la possession soit complètement protégée par des actions en justice, il n'existe, suivant une certaine doctrine, aucun texte qui l'impose comme condition d'acquisition de la saisine. On ne voit même pas comment il pourrait en être question, précisément parce que celui qui fait tradition est possesseur et par cela même propriétaire; il transmet donc à la fois et instantanément la propriété et la possession, c'est-à-dire la saisine. Sans doute il existe déjà, à l'époque franque, des applications spéciales d'une possession d'an et jour conférant certains droits; on sait notamment que d'après le titre *De migrantibus* de la loi Salique, celui qui vient s'établir dans une communauté sans protestation de la part des habitants, acquiert le droit d'en faire partie au bout d'un an et n'en peut plus être expulsé. A d'autres points de vue, le délai d'un an est encore observé soit dans la loi Salique, soit même dans d'autres textes (2). Mais c'étaient là des applications particulières qui ne remontaient pas à un principe général. Aussi a-t-on pu dire, en se plaçant à ce point de vue, que la notion d'an et jour n'est pas un des éléments constitutifs de l'ancienne saisine. Cette condition est inconnue pendant la période franque; elle n'apparaît, avec un caractère général, qu'à celle des coutumiers et sous l'influence d'idées nouvelles. On en était arrivé, probablement par l'étude du droit romain, à distinguer la possession de la propriété, à reconnaître qu'une personne peut avoir acquis la possession sans être devenue propriétaire, par exemple en traitant avec une personne qui se fait pas-

(1) Voy. par exemple loi des Visigoths, lib. X, tit. 2 et loi des Burgondes, tit. 79. — M. de Parieu, *op. cit.*, p. 39 et suiv., a réfuté l'opinion de M. Laferrière suivant laquelle la condition d'an et jour remonterait au droit des Gaulois, et même la doctrine plus répandue qui l'attribue aux usages germaniques.

(2) Voy. à cet égard, de Parieu, *op. cit.*, p. 47 et suiv.

ser pour propriétaire, alors cependant qu'elle tient la chose entre ses mains par suite d'un mandat, d'un bail ou de tout autre acte de même nature. D'ailleurs, il ne s'établit pas en cette matière une uniformité absolue. Ainsi, en Allemagne, le délai d'an et jour ne dispensait pas de l'obligation d'affirmer par serment qu'on jouissait d'une possession légitime (1). Toutes les fois que cette possession était contestée, celui qui l'invoquait devait faire sa preuve au moyen de son propre témoignage sous serment confirmé par celui de six autres personnes. Il ne semble pas que cette condition ait été exigée en France.

Dans une seconde doctrine, on prétend que la possession d'an et jour, appliquée à la saisine des immeubles, existait déjà à l'époque franque, bien que les textes de ce temps ne nous en parlent pas directement. On reconnaît que les meubles s'acquerraient par le seul fait de la possession, sauf en cas de perte ou de vol, et même si l'on tenait la chose d'une personne qui n'avait pas qualité pour en transférer la saisine, par exemple d'un locataire ou d'un emprunteur; mais on prétend que ce système ne s'appliquait pas aux immeubles. Il y aurait lieu pour eux de faire une distinction : celui qui se trouvait en possession avait-il été mis en saisine par une personne ayant qualité à l'effet de la transférer, alors cette investiture, faite suivant les formes symboliques du temps, transférait immédiatement la saisine, c'est-à-dire à la fois la possession et la propriété; mais si le possesseur tenait l'immeuble d'une personne qui n'avait pas qualité pour transmettre la saisine, ou si elle s'était elle-même directement emparée de l'immeuble appartenant à autrui, alors elle n'acquerrait la saisine, protégée par les actions en justice, qu'au bout d'un an de possession. A l'appui de cette solution, on dit qu'il est tout naturel de se montrer plus difficile pour l'acquisition des immeubles que pour celle des meubles. Mais c'est là un argument qui, à lui seul, est tout à fait insuffisant, surtout si on se reporte aux temps antérieurs aux inva-

(1) Voy. ce que dit à cet égard Heusler, *op. cit.*, p. 89.

sions où les meubles avaient pour les Barbares plus de valeur que les immeubles. Si l'on se place à l'époque postérieure aux invasions, on peut en effet citer des textes qui parlent de certaines acquisitions réalisées au bout d'un an et surtout le célèbre passage de la loi Salique où il est dit qu'après ce temps celui qui est venu s'établir dans une communauté et y prendre un lot de terre, ne peut plus en être expulsé (1). En outre, la possession d'an et jour est mentionnée par un grand nombre de textes, en Allemagne, en Scandinavie et en France, au moyen âge comme mode d'acquérir la propriété des immeubles. Ce n'est pas là une coïncidence fortuite. Il n'est pas possible de dire que dans chacun de ces pays on ait imaginé pour la première fois l'acquisition de la propriété par un an; tous ces usages identiques, appartenant cependant à des pays très divers, remontent manifestement à une source commune. L'acquisition des immeubles par la possession d'un an existait donc déjà d'une manière générale à l'époque franque.

Deux graves objections ont été faites à ce second système. D'une part tous les textes de l'époque franque relatifs à la possession des immeubles, même celui de la loi Salique au titre *De migrantibus*, visent des hypothèses spéciales; aucun d'eux ne pose une règle générale et absolue (2) et de plus ces textes seraient inutiles si en effet la prescription d'un an avait été le droit commun. D'autre part, si la propriété n'était pas acquise lorsqu'on tenait l'immeuble d'une personne qui n'avait pas qualité pour transférer la saisine, il aurait existé alors une action en revendication des immeubles contre ce possesseur. Or, aucun texte de l'époque franque ne nous parle de cette action et on sait qu'en particulier la loi Salique est absolument muette sur ce point. N'est-il pas permis d'ajouter que dans une législation essentiellement formaliste,

(1) Loi Salique, tit. XLV, § 3.

(2) Voy. Loi salique, tit. XLV, § 3. — Capit. de 820, cap. 11, dans Pertz, *Leges*, t. I, p. 252; Boretius, p. 331. — Voy. aussi Jobbé-Duval, *Du retrait lignager*, p. 73 et 74.

comme celle de ces temps primitifs, il est tout naturel d'admettre que la saisine soit acquise, quelle que soit la personne avec laquelle on a traité, dès que les symboles et les rites prescrits par les usages ont été observés.

Voici cependant ce qu'on peut répondre, à notre avis, pour soutenir que déjà à l'époque franque il existait une différence sensible entre les meubles et les immeubles, qu'on acquérait les premiers par le seul fait de la possession, même si l'on tenait la chose d'une personne qui n'avait pas qualité à l'effet de la transmettre, que pour les immeubles, au contraire, le droit n'était acquis que par une possession d'an et jour. Sans doute les textes de l'époque franque ne donnent pas cette solution en termes aussi généraux et tranchent bien plutôt des hypothèses spéciales, mais n'est-ce pas là un procédé fréquent à cette époque? Il est certain qu'en cas d'occupation d'une terre faisant partie d'une communauté et appartenant déjà à un des membres de cette communauté, on n'acquiert de droit qu'au bout d'un an. Pour quel motif en serait-il autrement, lorsque la terre ne faisait pas partie des biens d'une communauté? Il n'y a pas de raison pour établir de différence et n'est-ce pas à un cas de ce genre que se réfère le capitulaire de 825? Il est vrai qu'on ne voit pas dans les textes de l'époque, l'action en revendication des immeubles telle que la comprenaient les jurisconsultes romains. Mais on n'y découvre pas davantage l'action en revendication des meubles du droit romain et l'action qu'on a parfois désignée sous ce nom accordée au propriétaire d'un meuble pour reprendre un bien entre les mains d'un tiers, n'a rien de commun avec celle du droit romain; elle est d'origine purement germanique et on discute même sur le point de savoir s'il s'agit d'une action réelle ou si elle ne présente pas plutôt les caractères d'une action personnelle. La vérité est que la distinction si nette des actions en réelles ou personnelles, consacrée par le droit romain, est absolument étrangère aux anciens usages des Barbares; ceux-ci ne distinguent pas bien nettement les droits réels des droits personnels, ni par

conséquent non plus les actions qui les garantissent. Il n'est pas étonnant dès lors qu'on ne trouve pas dans les textes du temps une action semblable à la revendication des Romains, soit pour les meubles, soit pour les immeubles. Mais il n'en est pas moins certain qu'il existait à l'égard des immeubles un véritable droit de suite, et que ce droit ne se trouvait paralysé qu'autant que le possesseur actuel de l'immeuble avait le bien à sa disposition depuis une année au moins. Nous en avons une preuve manifeste dans le chapitre 11 du capitulaire de 823, déjà cité.

De tout ce qui précède, il résulte qu'on peut admettre l'existence de la saisine d'an et jour avec un certain caractère de généralité déjà à l'époque franque, qui l'a ensuite transmise à l'époque féodale pendant laquelle elle s'est développée sur des bases plus larges.

La condition d'an et jour est devenue très fréquente et tout à fait générale au moyen âge; on la retrouve dans les circonstances les plus diverses (1). La possession d'an et jour produit donc désormais, et d'une façon générale des effets propres, soit par tradition de ce qui avait lieu déjà auparavant, soit par extension de quelques principes spéciaux de l'époque antérieure. En même temps, l'influence du droit romain commence à se faire sentir et de cette époque date une évolution qui aura pour résultat de séparer la possession de la propriété et par conséquent d'en diminuer l'importance et les effets. Certains textes du moyen âge, naturellement les plus anciens, continuent à confondre le possessoire et le pétitoire, la possession et la propriété. L'acquisition de la saisine comprenant à la fois la possession et la propriété, se fait au moyen de certaines solennités symboliques (2). La saisine, possession manifestée par la jouissance, s'acquiert aussi par succession ou encore par occupation (3). Elle s'applique

(1) Ainsi on la connaît même en matière mobilière; c'est pendant un an et un jour que la garantie est due; le retrait lignager est également limité à ce délai, etc., etc.

(2) Voy. par exemple *Ancien coutumier d'Artois*, dans Klimrath, t. II, p. 379.

(3) Voy. par exemple *Grand coutumier de France*, p. 231 et 525.

aussi bien aux droits qu'aux immeubles. Dans l'ancienne coutume de Touraine-Anjou, on accorde une action à celui qui a été dépossédé et s'il triomphe, il obtient la saisine, c'est-à-dire à la fois la possession et la propriété (1). Le droit romain des interdits possessoires a sans doute pénétré dans ce texte, mais il n'en est pas moins vrai que la confusion existe encore entre la propriété et la possession. Cette saisine s'acquiert immédiatement si l'on a traité avec la personne qui a qualité pour la transmettre et si l'on a observé les formalités prescrites par les coutumes. Dans le cas contraire, on acquiert la saisine, mais on ne devient propriétaire qu'au bout d'un an et un jour de possession. Nous en avons de nombreux exemples dans les coutumiers du temps. La *Cour des bourgeois* suppose la vente d'une hérédité par un héritier apparent et elle déclare l'acheteur propriétaire au bout d'un an et un jour, de sorte que l'héritier véritable ne peut plus alors rien réclamer; mais d'ailleurs elle suspend cette prescription pour cause de minorité (2). De même les *Assises des bourgeois* veulent aussi que, dans le cas où un homme meurt intestat et sans parents connus, le seigneur du lieu devienne propriétaire de ses biens au bout d'un an de possession (3). Elles vont même plus loin et décident que si le maître d'une maison baillée à cens, demeure un an et un jour sans réclamer le cens, il perd son droit de propriété. Le *Livre de justice et de plet*, sous l'influence manifeste du droit romain, admet la prescription de l'immeuble par la possession d'an et jour au vu et su de celui qui aurait eu le droit de réclamer (4). En un mot, l'idée de prescription a pénétré dans le droit coutumier, ou pour mieux dire s'y est développée sous l'influence du droit romain. Mais on continue à accepter le délai d'an et jour emprunté aux vieilles coutumes barbares.

Plus tard le droit romain fera un nouveau progrès : sous

(1) Voy. Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 112. — Cpr. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 69, t. II, p. 104 et suiv.

(2) *Assises des bourgeois*, art. 29.

(3) *Assises des bourgeois*, art. 169.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 110.

son influence et aussi sous celle du droit canonique, on admit la prescription de dix à vingt ans ou même celle de trente ans, comme moyen d'acquérir la propriété. Cette prescription apparaît déjà dans des chartes du XII<sup>e</sup> siècle, dans les *Etablissements de Saint Louis* et dans le *Livre de justice et de plet*, mais elle n'a pas encore pris sa place définitive et on l'applique un peu au hasard à des cas très divers, par exemple à la garantie due par un vendeur à son acheteur (1). Les statuts municipaux des villes se montraient réfractaires, comme nous le verrons, à l'acceptation de ces délais et préféraient une prescription moins longue, par exemple de sept ans nées (2). Mais les juristes, sous l'influence manifeste du droit romain, acceptèrent de bonne heure la prescription de dix ans. Ainsi on la découvre déjà dans Beaumanoir (3). A plus forte raison la prescription par dix à vingt ans et celle de trente ans se trouvent-elles dans les textes postérieurs (4).

A partir du moment où l'on admit le délai du droit romain pour l'acquisition de la propriété, la saisine d'an et jour ne disparut pas, mais elle se modifia sensiblement. Elle ne donna plus la propriété, mais seulement la possession désormais garantie par des actions spéciales. Le mot saisine prit donc un sens plus étroit et ne désigna plus que la possession, par opposition à la propriété. L'une et l'autre étaient désormais garanties par des moyens distincts, mais la possession n'était protégée qu'autant qu'elle avait duré pendant un an et un

(1) Charte de 1120, dans Marchegay, *Archives d'Anjou*, t. II, p. 45. — Marchegay, *Cartulaire du Ronceray*, p. 275. — D'Espinay, *Les Cartulaires angevins*, p. 108 et 160. — Charte de la collection Viollet, dans les *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 111, note 4. — Olim, t. I, p. 748, n° 15. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 31. — *Livre de justice et de plet*, p. 123, 142, 254, 264, 266, 270, 271.

(2) Voy. par exemple l'art. 36 de la Charte de la coutume d'Amiens, rédigée en 1190.

(3) Beaumanoir, chap. 7, n° 27, t. I, p. 137; chap. 24, n° 4, t. I, p. 339.

(4) Voy. par exemple *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 199. — Desmarest, *Décisions* 106 et 222. — *Coutumes notoires*, nos 99, 130, 152. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, nos 287 et suiv., t. I, p. 563; F, nos 855 et suiv., t. II, p. 308; I, nos 332 et suiv., t. III, p. 448. — *Livre des droitz et des commandemens*, nos 186, 483, 496, 569.

jour. Cette distinction est déjà très nettement faite par Beaumanoir (1). Elle se retrouve dans le *Très ancien coutumier de Normandie* et dans d'autres textes normands, dans les juriscultes anglo-normands, Glanville, Britton, Fleta, etc. (2).

Désormais la théorie de la possession était nettement distinguée du régime de la propriété, du moins pour les immeubles, car pour les meubles, l'évolution du droit prit une direction tout à fait différente.

Les coutumiers du moyen âge nous donnent de nombreux détails sur la possession, distinguée maintenant de la propriété. Parmi les anciens, nous citerons surtout Beaumanoir dans lequel on trouve des explications très complètes sur la possession ou, comme dit ce jurisculte qui s'attache toujours à éviter les termes du droit romain, sur la saisine (3). Il semble faire remonter à un établissement de Philippe le Hardi la théorie qu'il expose. Mais est-il certain que ce roi ait rendu une ordonnance sur ce sujet? Beaumanoir ne fait-il pas allusion à un arrêt du Parlement rendu à cette époque et promulgué par ce roi, dont le texte d'ailleurs très court se borne à recommander aux baillis de juger rapidement les affaires possessoires? ... Nous aurons occasion de revenir sur cette question, mais nous pouvons dès maintenant constater que s'il s'agit d'une ordonnance qui a existé, son texte n'est pourtant pas parvenu jusqu'à nous. C'est surtout à l'occasion de cette matière délicate qu'on peut se rendre compte de l'habileté avec laquelle Beaumanoir savait se servir des textes du droit romain pour les adapter au droit coutumier sans y faire aucune allusion directe. Les autres juriscultes, contemporains ou postérieurs, y mettent moins d'art et loin de dissimuler ce qu'ils prennent au droit romain, ils s'attachent au contraire à le déclarer très hautement. D'ailleurs, eux aussi,

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 4, t. I, p. 333.

(2) *Très ancien coutumier de Normandie*, éd. Marnier, au titre de *Ceux qui sont dedans age*. Cpr. éd. Tardif, p. 6. — Glanville, lib. XIII, cap. 32 et suiv. éd. Phillips, t. I, p. 465. — Britton, chap. 42. — *Mirror of justice*, section 25. — Voy. aussi Brodeau, sur la *Coutume de Paris*, t. II, p. 81.

(3) Voy. notamment le chap. 32.

écrivent souvent de véritables traités sur la possession, preuve manifeste de l'importance considérable de ce sujet à une époque de troubles et de procès continuels (1).

La possession suppose qu'on obtient un immeuble ou un droit immobilier avec l'intention de se conduire comme toute personne ayant un droit réel, soit qu'en effet on ait acquis ce droit, soit même qu'on ait traité avec une personne qui n'avait pas qualité pour le transmettre. On remarquera qu'elle s'applique aussi bien aux droits réels tels que servitudes, banalités de four, moulin ou autres, droits de justice, qu'aux immeubles proprement dits (2). Ainsi au xiv<sup>e</sup> siècle les rentes foncières et les rentes constituées sont des droits réels immobiliers et comme telles susceptibles de possession et d'action possessoire (3). Cette possession s'acquiert soit par l'occupation, soit par la tradition entre-vifs, soit à cause de mort par la succession, car on sait que le mort saisit le vif (4). Toutefois la saisine doit s'entendre dans le même sens que la possession chez les Romains. En d'autres termes, le simple détenteur n'avait pas la saisine ni les actions possessoires. D'ailleurs on considérait comme possesseur, non seulement celui qui tenait à titre de propriétaire, mais encore celui qui invoquait un droit réel quelconque, comme l'usufruitier, le créancier gagiste, la douairière. La saisine devait également être paisible; si elle reposait sur la violence ou sur la clandestinité, elle n'était pas protégée et il fallait restituer l'im-

(1) Voy., par exemple, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n<sup>os</sup> 235 et suiv., t. IV, p. 241. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 11 et suiv., 311 et suiv., t. I, p. 397 et 577; F, n<sup>o</sup> 875, t. II, p. 313, n<sup>os</sup> 15, 17, 19, 22, 30, 32, 114, t. III, p. 181 et suiv.; L, n<sup>o</sup> 330, t. IV, p. 284.

(3) Desmares, *Décision* 38. Au xvi<sup>e</sup> siècle, dans certaines coutumes, les rentes constituées furent considérées comme mobilières. Voy. Laurière, sur l'art. 96 de la coutume de Paris. Sur la possession des rentes, voy. *Livre des droiz et des commandemens*, t. I, p. 128.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231. L'héritier est tellement saisi de tous les biens dont son auteur était lui-même vêtu et saisi, qu'il peut s'en faire mettre en possession, même si celui-ci les avait aliénés, sauf aux acquéreurs à les lui réclamer ensuite par voie d'action. Voy. *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 538, 544, 619.

meuble ou le bien. Ce principe n'avait jamais pu soulever de difficulté et les règles du droit romain ainsi que celles du droit canonique ne purent que le confirmer (1). *Le Grand Coutumier de France* résume très nettement cette question en disant que la saisine suppose « que la chose ne soit mye occupée par force, ne clandestinement, ne par prière, mais paisiblement, publicquement, et non à titre de louaige ne de prest (2). »

En outre, il était nécessaire que la saisine eût duré un an et un jour, délai très fréquent déjà dans l'ancien droit germanique et qui était devenu encore plus général au moyen âge. Cette possession avait d'abord conféré la propriété, mais, dans la suite, lorsque le droit coutumier adopta l'usucapion romaine, elle ne donna plus que la possession (3). Beaumanoir (4) allait-il plus loin et autorisait-il l'action possessoire, même au profit du possesseur non annal? Il semble bien consacrer cette solution dans un texte très obscur, mais pour un cas tout à fait spécial sur lequel nous aurons occasion de revenir. Ce qui est certain, c'est qu'en général le possesseur annal était seul protégé par les moyens possessoires. Toutefois, en matière de succession, l'héritier avait immédiatement la saisine en cette qualité même et il pouvait, tout de suite aussi, se garantir contre les troubles apportés à l'hérédité au moyen de l'action possessoire, sans être obligé d'attendre un an et un jour (5). De même en cas d'acquisition à titre particulier, celui qui se faisait ensaisiner par le seigneur acquerrait sur-le-champ la saisine, sans être obligé d'attendre un an et un jour et on sait que cet ensaisinement était très fré-

(1) Voy. par ex. *Établissements, assises, coutumes et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, éd. Marnier, p. 91.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231.

(3) *Coutumes notoires*, n° 181. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231.

(4) Beaumanoir, chap. 32, n°s 22 et suiv., t. I, p. 473.

(5) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231. — Loisel, *Institutes coutumières*, liv. V, tit. 4, n° 745. Pour les fiefs, cette solution avait rencontré des difficultés et on exigeait l'intervention du seigneur. Voy. par exemple Beaumanoir, chap. 6, n° 4, t. I, p. 100.

quent au xiv<sup>e</sup> siècle, car c'est seulement à la fin de ce siècle qu'apparut la maxime *ne prend saisine qui ne veut* (1).

La possession entraînait de nombreux avantages dès qu'elle réunissait les conditions prescrites par les coutumes. « En toutes saisines, dit le *Grand Coutumier de France*, le possesseur est de meilleure condition, car jà soit ce qu'il soit moins fondé selon droit, ou qu'il n'ait que possession encores telle quelle, toutefois si le demandeur son adversaire ne prouve son droit, la saisine sera adjudgée au possesseur. » Le même coutumier nous apprend qu'entre deux plaideurs dont l'un a la saisine d'an et jour tandis que l'autre ne la peut pas invoquer, on préfère le premier; la chose n'est pas mise entre les mains du roi, mais reste entre celles du possesseur pendant le procès (2). Sous l'influence du droit romain, on avait admis que le possesseur de bonne foi ferait les fruits siens. Ce principe était aussi bien consacré dans les pays de coutume que dans ceux de droit écrit (3). Nous savons aussi que la possession conduisait également à la propriété, au moyen de la prescription, depuis l'époque où elle ne se confondait plus avec elle. Enfin, comme nous allons le voir, les actions possessoires garantissaient la saisine d'une manière très énergique.

Déjà Beaumanoir distingue nettement le pétitoire du possessoire, soit sous le rapport de la compétence, soit au point de vue des effets des actions, soit pour l'obligation d'agir au possessoire avant de recourir au pétitoire, tandis qu'on pouvait agir au pétitoire après avoir échoué au possessoire, pourvu qu'on eût eu le soin de le faire dans l'année (4). Nous aurons occasion de développer dans la suite la théorie de Beaumanoir sur ce point.

(1) *Grand Coutumier de France*, op. et loc. cit.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 232 et 233.

(3) Voy. par exemple *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 145. — Beaumanoir, chap. 20, nos 2 et 3, t. I, p. 297.

(4) Voy. sur ces différents points, Beaumanoir, chap. 6, nos 8 et suiv., t. I, p. 101; chap. 20, nos 2 et 3, t. I, p. 297; chap. 63, n° 17, t. II, p. 428. — Cpr. De Fontaines, *Conseil*, p. 349. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 247. — Desmares, *Décisions*, n° 300.

Le jugement sur le possessoire ayant une sorte de caractère provisoire, on voulait que le perdant ne pût pas retarder indéfiniment le litige relatif à la question de propriété (1). Les mêmes juges étaient d'ailleurs compétents pour connaître des actions pétitoires et des actions possessoires, mais on admettait la prévention au profit du juge royal (2). Il était déjà interdit aux juges comme aux plaideurs de cumuler le possessoire et le pétitoire et les questions de ce genre devaient autrefois soulever plus de difficultés qu'aujourd'hui par cela seul que les mêmes juges étaient compétents pour les deux sortes d'actions. Il résultait notamment de là que le possesseur pouvait triompher sans être obligé d'alléguer aucun titre pour prouver qu'il était propriétaire; il lui suffisait d'établir qu'il jouissait d'une possession paisible d'an et jour ou, s'il s'agissait d'un héritier, de dire et de prouver que son auteur était mort vêtü et saisi de la chose et en la foi du seigneur; en sens inverse, s'il ne faisait pas cette preuve, il était déchu de son action possessoire, lors même qu'il aurait pu établir sa qualité de propriétaire, par titre ou autrement (3).

Enfin on admettait que le mari pouvait intenter les actions possessoires pour les biens de sa femme, alors même qu'il n'aurait pas eu le droit de mettre en mouvement les actions pétitoires. On faisait déjà rentrer ainsi les premières parmi les actes d'administration (4).

#### § 6. — LES ACTIONS POSSESSOIRES.

La théorie des actions possessoires est une de celles qui présentent le plus d'obscurité. Ses difficultés tiennent à ce qu'au début, comme nous l'avons vu, la propriété et la possession se confondaient dans les usages de l'époque franque

(1) Beaumanoir, chap. 32, n<sup>os</sup> 6, 29 et 30, t. I, p. 468, 478; chap. 44, n<sup>o</sup> 7, t. II, p. 189.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 240. — Desmares, *Décisions*, 310.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 45, 496, 630, 731, 927, 1016, 1017.

(4) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 840.

et lorsqu'on arriva au temps de la féodalité à les séparer l'une de l'autre, la possession fut régie par des règles empruntées à des sources très diverses : droit romain, droit canonique, droit franc, coutumes locales et même droit féodal. Aussi en cette matière, la diversité fut encore plus accentuée que dans les autres et celui qui voudrait pour cette époque créer un système général et commun du droit coutumier, ne saurait y parvenir. En réalité, il faut étudier d'une manière spéciale le régime des actions possessoires dans chaque pays et d'après les coutumiers de cette contrée. Toutefois, par cela même que ces coutumiers faisaient des emprunts à des sources communes, ils arrivaient nécessairement à se rencontrer sur certains points et c'est ainsi que s'est lentement préparé, au moyen de l'élimination des variétés de détail, le système général qui a fini par triompher sous la période suivante et par ramener les moyens possessoires à deux actions principales, la complainte et la réintégrande.

Dans les sources du droit romain du moyen âge, et même dans certains capitulaires, on voit se maintenir les anciens principes de l'interdit *unde vi* (1). Mais les documents de ce temps passent en général sous silence l'interdit *uti possidetis* qui avait pour objet de maintenir en possession et de protéger contre les troubles. Tel est notamment le cas des *Petri exceptiones* (2). Cet abrégé de droit romain consacre d'ailleurs contre l'auteur d'une dépossession par violence les sanctions déjà édictées par les constitutions des empereurs romains, perte de la propriété de la chose si elle appartenait au spoliateur ou, dans le cas contraire, obligation de payer le double de sa valeur et en outre peine de l'exil (3). Le *Brachylogus*, il est vrai, parle autant de l'interdit *uti possidetis* que de l'interdit *unde vi*, mais il traite encore de beaucoup d'autres interdits et il semble qu'il se soit bien plus attaché à

(1) Voy. Walter, *Corpus juris germanici*, t. II, p. 618.

(2) *Petri exceptiones*, lib. III, cap. 2 et 11. Cpr. Les anciens usages de Barcelone de 1068, art. 154, et le statut municipal d'Arles, art. 166.

(3) *Brachylogus*, lib. IV, tit. 28, éd. Böcking, p. 173.

résumer les textes du droit romain, en particulier des Institutes, qu'à les mettre en conformité avec la pratique de son temps (1). On s'explique la persistance de l'interdit *unde vi* par la gravité des faits qu'il suppose et par son caractère pénal qui tendit encore à s'accroître dans les pays de droit écrit.

L'interdit *unde vi* se transforma surtout sous l'influence du droit canonique qui, dans ces époques de trouble et de violence s'attachait à protéger la liberté de la possession et la paix publique. Ainsi, tandis que le droit romain n'autorisait l'interdit *unde vi* que contre l'auteur même de la violence, le concile de Latran en 1215 décida qu'à l'avenir il serait permis d'agir non plus seulement contre le spoliateur, mais même contre le tiers possesseur auquel le spoliateur aurait transmis la possession, pourvu que ce tiers eût connaissance du vice de la chose (2). Il ne résultait pas de là que ce moyen possessoire était devenu une action réelle : son application fut seulement élargie en ce sens qu'on assimila dans une certaine mesure la connaissance de la violence à la violence elle-même. D'ailleurs le droit canonique protégeait la possession sans exiger que celle-ci eût duré un an et un jour. Cette condition aurait été un emprunt fait aux coutumes germaniques et on n'en trouve aucune trace dans les textes du droit canonique. Mais une question délicate et assez vivement controversée est celle de savoir dans quelle mesure le système de l'interdit *unde vi* a été élargi par le droit canonique au moyen de la règle fameuse *spoliatus ante omnia restituendus*.

Suivant une certaine doctrine, le *remedium spoli* du droit canonique, qu'il se présentât sous forme d'action ou sous forme d'exception, n'était accordé qu'aux personnes pouvant invoquer, pour le temps antérieur à la violence, une possession conforme aux règles ordinaires du droit romain, *nec vi, nec clam, nec precario* (3); par conséquent il aurait été refusé au

(1) *Petri exceptiones*, lib. III, cap. 1.

(2) Concile de Latran de 1215, canon 39. Cpr. Décrétales de Grégoire IX, II, 13, 18.

(3) Il n'était pas nécessaire d'ailleurs, on doit s'en souvenir, que la possession eût duré un an et un jour.

simple détenteur. Tout ce qui résulterait de la jurisprudence canonique se ramènerait aux deux principes suivants : l'action en restitution étant formée par le demandeur, le défendeur ne peut y résister en portant la contestation sur le terrain du pétitoire, à moins que le spolié ne consente à l'y suivre; celui qui a été injustement dépouillé de la possession par violence, par dol ou par tout autre moyen illicite, peut refuser de répondre à son adversaire, même s'il est le véritable propriétaire, tant qu'il n'a pas été restitué. Mais d'ailleurs ces deux avantages seraient limités au possesseur dans le sens rigoureux de ce mot.

Suivant une autre doctrine, au contraire, le *remedium spoli*, sous forme d'action ou d'exception, serait accordé à toute personne, du moment qu'elle a été l'objet d'une violence, peu importe qu'il s'agisse d'un possesseur ou d'un simple détenteur ou même encore qu'on se trouve dans une situation tout à fait différente et étrangère à la possession ou à la détention. Cette seconde doctrine nous paraît préférable; elle est plus conforme aux termes généraux des textes du droit canonique et aux applications si variées qu'ils nous donnent de la règle *spoliatus ante omnia restituendus*. En un mot, le droit canonique a étendu l'interdit *unde vi* au point de l'accorder à toute personne qui avait été l'objet d'une violence ou d'un dol et ainsi privée d'un bien quelconque ou même d'une autre personne placée sous sa puissance (1). Si les premiers textes du droit canonique ne contiennent pas cette formule dans des termes aussi généraux, cependant ils la laissent entrevoir très nettement et surtout ils en donnent des applications très diverses. Ainsi le *remedium spoli* est accordé à la femme chassée par son mari du domicile conjugal sans la permission de l'Église et au mari que la femme a abandonné sans motif. Même en matière criminelle, la victime de la spoliation

(1) *Redintegranda* (d'où est venu plus tard chez nous le nom de réintégrande) *omnia ex spoliatis vel ejectis... in eo loco unde abcesserant, funditus revocanda*. Décret de Gratien, *pars* II, *causa* 3, *quæstio* 1, c. 3, 4. — Cf. Décrétales de Grégoire IX déjà citées, II, 13, 18.

a le droit de repousser l'accusateur tant qu'elle n'a pas obtenu réparation du préjudice souffert et, chose remarquable, ce droit lui appartient même si l'accusateur est resté absolument étranger à la spoliation, tandis qu'en matière civile le *remedium spoli* ne peut être opposé qu'à l'auteur même de la violence ou au tiers possesseur qui en a eu connaissance (1).

La condition d'une possession annale, non plus pour se faire réintégrer, mais pour être protégé contre les simples troubles, n'est entrée que beaucoup plus tard dans le droit canonique où elle fut consacrée en matière bénéficiale (2). Mais il est bon de savoir que les questions possessoires, même en matière de bénéfice, avaient été de très bonne heure réclamées par les juges laïques aux dépens des juges d'Église. Du moment que la question était possessoire, elle devait être portée devant les tribunaux laïques, même si le pétitoire ressortissait à la juridiction ecclésiastique. Cette prétention avait déjà été reconnue au <sup>xiii</sup><sup>e</sup> siècle et elle devint dans la suite une arme puissante donnée aux juridictions laïques pour affaiblir les juridictions d'Église (3).

C'est sur ces bases romaines et canoniques à la fois que s'établit dans les coutumiers la théorie des actions possessoires. Le 64<sup>e</sup> chapitre du livre de Jean d'Inselin ne parle de l'action possessoire qu'autant qu'il y a eu dépossession, privation de la saisine; pour le cas de simple trouble, il ne distingue pas encore le possessoire du pétitoire. Lorsqu'une personne a été dessaisie, peu importe que ce soit par violence ou autrement, elle peut recouvrer sa possession, à la condition d'intenter son action dans les quarante jours qui suivent la dépossession. D'ailleurs ce coutumier n'exige pas que la possession ait été annale. Nous sommes en présence, comme

(1) Pour plus de détails sur ces différents points, voyez Fournier, *Les officialités au moyen âge*, p. 164. On y trouvera aussi des indications sur la procédure du *remedium spoli*.

(2) Voy. Pasquier, *Institutes de Justinien*, liv. IV, chap. 9.

(3) *Liber practicus remensis*, p. 187. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 254.

on le voit, d'un moyen possessoire fort semblable à l'interdit *unde vi* du droit romain, mais devenu plus large sous l'influence du droit canonique, car il est accordé toutes les fois qu'il y a eu dépossession. Il est non moins remarquable que cette action doit être intentée dans les quarante jours de la perte de la chose. Cette dépossession est donc, comme on le voit, tout à fait récente. Aussi l'action accordée pour la recouvrer est-elle, comme dit déjà le texte de Jean d'İbelin, de *Novelle dessaisine*. Une fois les quarante jours écoulés sans que le dessaisi ait intenté cette action, il n'a plus que l'action de *clain de force*, c'est-à-dire qu'il ne peut plus se plaindre qu'en cas de violence et il doit offrir de prouver la force par le combat judiciaire si le défendeur la nie. Celui qui est convaincu de force tombe en la merci du seigneur. Telle est aussi la situation de celui qui, après avoir restitué la chose, viendrait à la reprendre sans la permission de la cour (1). Dans ces questions de dépossession, les *Assises de Jérusalem* ne séparent pas bien nettement, comme on l'aura remarqué, le possessoire du pétitoire et nous avons dit que pour les autres cas, c'est-à-dire ceux de simple trouble, la distinction n'est certainement pas faite. De plus, on constate, en réalité, l'existence de deux actions possessoires, celle de nouvelle dessaisine et celle de force. Nous allons les retrouver dans d'autres coutumiers, mais avec quelques modifications.

Dans les *Établissements de Saint Louis* on relève le même système que dans les *Assises de Jérusalem*; le possessoire et le pétitoire ne sont pas encore toujours bien nettement distingués; on ne connaît pas notamment l'action possessoire destinée à maintenir en possession et qui correspondrait à l'interdit *uti possidetis* du droit romain. L'action possessoire n'existe qu'au profit de celui qui a été dépossédé avec ou sans violence, et, sous ce rapport, l'influence du droit canonique est si manifeste que les *Établissements de Saint Louis* citent même les Décrétales; peu importe d'ailleurs qu'il

(1) Jean d'İbelin, chap. 64, 107, 241. — Philippe de Navarre, chap. 11. — Livre de Geoffroy-le-Tort, § 22.

s'agisse d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier comme un cens; il n'est pas nécessaire non plus que la dépossession soit le résultat d'une violence, mais il faut que la possession antérieure ait duré au moins un an (1). Il semble bien au contraire que pour le cas de violence, les *Établissements* consacrent purement et simplement le système du droit canonique qu'on a formulé en disant *spoliatus ante omnia restituendus* (2).

Les coutumiers et autres documents du droit normand nous donnent des détails plus complets sur le système des actions possessoires en usage en Normandie et en général très conforme à celui qui était en même temps observé en Angleterre. Ils ne distinguent pas non plus nettement le possesseur et le pétitoire sous tous les rapports et c'est ainsi par exemple que les termes possession, bien, propriété, sont pris comme synonymes les uns des autres (3). Nous ne voyons pas davantage dans les textes de ce temps, un moyen possessoire destiné à protéger contre le simple trouble et à maintenir en possession. Les jurisconsultes allemands (4) enseignent, il est vrai, que ce résultat était obtenu par le *bref de nouvelle dessaisine*, mais c'est là une pure conjecture qui ne repose sur aucun fondement.

C'est seulement dans Beaumanoir, comme nous le constaterons bientôt, qu'apparaîtra pour la première fois une action possessoire calquée sur l'interdit *uti possidetis* du droit romain. Mais ce moyen ne se rencontre pas plus dans les textes normands ou anglais de l'époque que dans les *Établissements de Saint Louis* ou dans les *Assises de Jérusalem*. De même certains auteurs paraissent croire que le droit normand consacrait seulement l'action de nouvelle dessaisine,

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 69, éd. Viollet, t. II, p. 101.

(2) *Établissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 7, éd. Viollet, t. II, p. 341.

(3) Voy. par exemple *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 87, édit. de Gruchy, p. 198.

(4) Bruns, *Recht des Besitzes*, p. 357. — Gundermann, *Englisches Privatrecht*, p. 356; Phillips, *Englische Rechtsgeschichte*, t. II, p. 150. — Warnkönig, *Französische Staats und Rechtsgeschichte*, t. II, p. 299. — Brunner, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, p. 330.

tandis qu'il y avait aussi, comme dans les coutumiers déjà étudiés, une action de force. Celle-ci supposait qu'il y avait eu dépossession par violence et elle présentait un caractère criminel très prononcé. Le *Grand coutumier de Normandie* ne la soumet qu'à une seule condition : elle doit être intentée dans l'année où la spoliation a été commise. Il ne se préoccupe pas de la durée ni de la nature de la possession de celui qui a subi la violence (1). Après avoir exposé cette action de force, le texte latin du *Grand coutumier de Normandie* ajoute : « *De aliis autem dessaisinis et spoliationibus, scilicet quæ sine violentia perpetrantur, agendum est secundum legem dessaisinæ in feodis, et in mobilibus secundum leges de eisdem institutas, quod clarescit plenius in sequentibus.* » Il est en effet question du bref de nouvelle dessaisine un peu plus loin, dans le chapitre 93 (2). Il était accordé à l'effet d'obtenir la restitution d'une possession, mais non pour s'y faire maintenir, comme on l'a dit à tort de nos jours. Terrien expliquait déjà autrefois ce bref en disant qu'il est appelé *en droict interdiction recuperandæ possessionis vel restitutorium*. On voit dans le *Très ancien coutumier* et dans le *Grand coutumier de Normandie*, quelle importance les ducs attachaient à la tranquille possession de la terre, à ce que les paysans ne fussent pas l'objet de violence de la part des puissants seigneurs du pays (3). Ces textes nous font aussi connaître la formule du bref qu'obtenait celui qui avait été dépossédé par violence ou autrement (4). Si le défendeur est convaincu de possession injuste, il est condamné à rendre la chose et il tombe même en la merci du duc, car l'action a une sorte de caractère pénal (5). L'action de nouvelle dessaisine doit être intentée

(1) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 52, éd. de Gruchy, p. 132.

(2) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 93, éd. de Gruchy, p. 214. Voy. aussi *Très ancien coutumier de Normandie*, chap. 16, 17, 18, 21, éd. Tardif, p. 17 et suiv.

(3) La lecture des textes précités est sous ce rapport très curieuse.

(4) *Très ancien coutumier de Normandie*, chap. 73, éd. Tardif, p. 70. — *Grand coutumier de Normandie*, chap. 94, éd. de Gruchy, p. 214.

(5) C'est par la même raison que les textes du droit anglais de l'époque donnent au demandeur à l'action possessoire, le nom d'*appel'our*, tandis qu'il porterait celui de *plaintif* si l'action était purement civile.

dans l'an et jour de la dépossession (1). Mais les textes du droit normand n'exigent pas du demandeur que sa possession ait duré plus d'un an; ils présentent sous ce rapport une particularité assez curieuse, car ils imposent une condition qui s'en rapproche singulièrement sans se confondre avec elle : il faut que le demandeur ait été en possession au dernier *aost*, c'est-à-dire à l'époque de la récolte qui a précédé la délivrance du bref. Si au lieu de terres il s'agit d'autres biens ou de droits incorporels, il est nécessaire d'avoir possédé à l'époque normale où a été touché le dernier revenu. De là une certaine diversité, comme le constate lui-même le *Grand coutumier*. Ainsi s'agit-il de rentes qu'on paie tous les trois ans, il faut avoir été en possession à la dernière échéance; s'agit-il de droits qu'on exerce à des intervalles variables et même très longs, il sera nécessaire d'avoir été en possession à l'époque du dernier exercice (2).

Les textes du droit normand parlent aussi d'actions possessoires accordées à l'héritier à l'occasion de la possession de son auteur : tantôt il s'agit de savoir si le défunt était en possession du bien ou du droit (*recognitio de saisina patris vel antecessoris*); d'autres fois on recherche, pour le cas où le défunt est mort sans héritier de son corps et où un parent éloigné s'est mis en possession de la succession, quel est le plus proche parent du défunt, à la demande de celui qui se prétend appelé à l'hérédité en cette qualité (*recognitio de propinquire herede seu de nova escaeta*) (3).

(1) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 93, éd. de Gruchy, p. 219.

(2) Le texte du *Grand coutumier de Normandie*, chap. 93, est si complet sur ce point et donne de si nombreux exemples, que nous nous bornons à y renvoyer.

(3) Il est parlé du premier cas dans le *Très ancien coutumier de Normandie*, chap. 74, éd. Tardif, p. 71, et du second cas dans le *Grand coutumier de Normandie*, chap. 34, éd. de Gruchy. — Voy. aussi toutefois sur le premier cas *Assises de Normandie*, dans Warnkönig, p. 53, 57, 62. On remarquera que le bref de *nova escaeta* n'est pas admis dans les cas où il y a lieu à partage. Voy. Warnkönig, *Assises de Normandie*, p. 48. — Il existait aussi en Normandie et en Angleterre une instance relative à la question de savoir si une tenure avait le caractère d'un fief ou celui d'une aumône. Le *Grand coutumier de Normandie*, chap. 44, range cette instance parmi les actions pétitoires, tandis

Quant à la procédure des actions possessoires, elle était soumise en Normandie à certains principes qu'on retrouve encore dans les autres coutumiers de la France et, par exemple, elle n'admettait qu'une seule exoine et qu'un seul défaut et si c'était le demandeur qui était défaillant, la terre restait définitivement au demandeur; de même, l'appel en garantie n'était pas permis (1). La question de savoir qui avait droit à la possession était renvoyée par le magistrat à l'examen de douze chevaliers du voisinage qui constituaient un véritable jury. Mais ce n'était pas encore là, comme on l'a dit parfois à tort, une particularité du droit normand, car à cette époque le jury était très répandu en France et examinait ailleurs encore les questions de ce genre (2). Ce qui est propre à la procédure normande, c'est la délivrance en cette matière, comme d'ailleurs en toute autre, de brefs d'actions qui font volontiers songer au système formulaire des Romains, mais sur lesquels nous ne pourrions pas nous arrêter ici sans nous écarter de notre sujet (3).

Ce système des brefs était commun à la Normandie et à l'Angleterre. La législation de ces deux pays est, à cette époque, c'est-à-dire avant la réunion du duché de Normandie à la couronne de France, à peu près identique. Aussi ne devons-nous pas nous étonner de trouver dans les textes des jurisconsultes anglais de ce temps, notamment dans Glanville, un système des actions possessoires et une procédure identiques à ceux que nous avons rencontrés dans le droit normand, par exemple le bref de nouvelle dessaisine au profit de celui qui

que Glanville, lib. XIII, cap. 25, en fait un moyen possessoire et que Bracton, fol. 285 b, paraît considérer cette action comme étant d'une nature mixte. Cpr. Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 324.

(1) Voy. *Grand coutumier de Normandie*, chap. 93, éd. de Gruchy, p. 215, 216, 217, 229.

(2) Il n'y avait pas lieu non plus, en matière possessoire, au duel judiciaire, pour la raison bien simple que les actions possessoires n'aboutissaient qu'à des jugements purement provisoires. En Allemagne, Biener a soutenu le contraire, mais il a été victorieusement réfuté par Brunner, *Entstehung der Schwurgerichte*, p. 327, texte et note 1.

(3) D'ailleurs cette question de procédure a été complètement élucidée et développée par Brunner dans l'ouvrage précité.

a injustement perdu la possession. Ce bref exige, comme en Normandie, qu'on ait été en possession à l'époque de la dernière perception régulière du revenu ou de l'exercice normal du droit. Glanville entre aussi à ce propos dans de longs détails et nous fait connaître les formules des différents brefs qui peuvent être accordés suivant les circonstances (1). Mais Glanville est plus sévère que le droit normand en ce qu'il n'admet aucune exoine, et moins rigoureux en ce qu'il permet l'appel d'un garant. D'ailleurs le défendeur, s'il est convaincu de violence, tombe aussi *in misericordiam regis*. Dans tous les cas, il doit restituer le bien et les fruits qu'il a perçus pendant sa possession, ainsi que les autres meubles faisant partie de l'héritage, mais Glanville a déjà le soin de nous faire remarquer que c'est là le seul cas où il puisse être question d'action possessoire en matière mobilière (2). Le jurisconsulte nous parle aussi de l'action qui a pour objet de rechercher si un défunt est mort en possession de tel ou tel héritage (3).

Comme on le voit, malgré la diversité des sources et des pays, le droit coutumier est demeuré assez longtemps sans admettre l'action possessoire qui protège contre un simple trouble : il voulait toujours qu'il y ait eu dépossession, violente ou non. C'est Beaumanoir qui, le premier, est entré sous ce rapport dans une voie nouvelle, en même temps qu'il a essayé de mieux dégager le possessoire du pétitoire et de construire en définitive un système complet emprunté en partie aux anciennes coutumes et en partie au droit romain. Mais à cette occasion comme dans beaucoup d'autres, on peut constater avec quel soin le jurisconsulte du Beauvoisis s'attache à cacher les emprunts qu'il fait au droit romain. Il parle toujours de la saisine et évite avec soin le

(1) Glanville, lib. XIII, cap. 33 et suiv.

(2) Glanville, lib. XIII, cap. 38.

(3) Glanville, lib. XIII, cap. 14. Voy. pour plus de détails sur ces différents points mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 496, et pour la suite de l'histoire des actions possessoires en Angleterre, le tome III, p. 372.

mot possession; or, la saisine ne désigne pourtant plus pour lui la propriété; il s'agit bien du possessoire qu'il distingue nettement du pétitoire. Celui-ci doit être porté devant le juge de l'héritage dont relève l'immeuble et l'affaire se juge, si la prescription ne peut pas être invoquée, d'après le combat judiciaire qui est exclu des actions possessoires (1). Si le revendiquant triomphe, il obtient non seulement l'immeuble, mais en outre les fruits recueillis par le possesseur de mauvaise foi pendant sa saisine. Le possesseur de bonne foi au contraire fait les fruits siens et a droit à indemnité pour ses dépenses (2). Celui qui agit ainsi au pétitoire, renonce par cela même à se prévaloir du possessoire (3). Mais au contraire rien ne s'oppose à ce qu'un plaideur, après avoir succombé au possessoire, plaide au pétitoire, à la condition de le faire dans l'an et jour, car s'il laissait écouler ce délai sans intenter son action, on le considérerait comme renonçant à la propriété; le jugement sur le possessoire ayant une sorte de caractère provisoire, on ne veut pas que le perdant puisse retarder indéfiniment l'examen de la question de propriété (4).

Beaumanoir affecte, comme nous l'avons déjà dit plus haut, de faire remonter la théorie qu'il expose à un établissement, c'est-à-dire à une ordonnance de Philippe le Hardi (5). C'est là un procédé qu'emploient très fréquemment les juriconsultes de ce temps pour donner plus d'autorité à leurs décisions, et Beaumanoir lui-même y a recouru encore dans d'autres circonstances, notamment à l'occasion du droit d'ainesse. Ce qui est certain, c'est qu'on n'a pas pu retrouver le texte ni même la mention de cette ordonnance. Il est permis d'en conclure que Beaumanoir fait allusion à un texte sans importance, peut-être à un arrêt du Parlement rendu à cette époque

(1) Beaumanoir, chap. 6, nos 5 et 6, t. I, p. 125; chap. 63, n° 17, t. II, p. 428.

(2) Beaumanoir, chap. 20, nos 2 et 3, t. I, p. 303.

(3) Beaumanoir, chap. 32, n° 29, t. I, p. 478.

(4) Beaumanoir, chap. 32, nos 6, 29, 30, t. I, p. 468, 478; chap. 44, n° 7, t. II, p. 189.

(5) Beaumanoir, chap. 32, nos 1, 2, 28, t. I, p. 465, 466, 477.

et promulgué par le roi, dont le contenu est très court et se borne à recommander aux baillis de juger rapidement les actions possessoires (1).

A l'occasion de la possession et des actions qui s'y réfèrent, Beaumanoir a donné la preuve d'une habileté extraordinaire dans l'art d'adapter les principes posés par les jurisconsultes romains au droit coutumier. C'est dans les coutumes de Beauvoisis qu'apparaît pour la première fois avec netteté la distinction du possessoire et du pétitoire. Beaumanoir emprunte au droit romain une action nouvelle calquée sur les principes de l'interdit *uti possidetis* et ainsi apparaît une troisième action possessoire, alors qu'auparavant on n'en comptait que deux (2). Il n'oublie pas non plus le droit canonique qui entend protéger les possesseurs contre les spoliations, ni les usages coutumiers relatifs à la durée de la saisine. Seulement cette saisine devient pour Beaumanoir une simple possession distincte de la propriété.

Beaumanoir relève trois actions possessoires : l'action de trouble, à l'effet de se faire maintenir en possession ; l'action de nouvelle dessaisine, pour s'y faire réintégrer, et l'action de force, qui, à la différence de la précédente, suppose nécessairement une dépossession par violence. Nous connaissons déjà ces deux dernières actions ; les coutumiers antérieurs à Beaumanoir en parlent suffisamment (3). Mais l'action de nouveau trouble est au contraire une innovation (4). Beaumanoir commence déjà à constater que l'action de force et celle de nouvelle dessaisine se ressemblent singulièrement : dans les deux cas, il s'agit de remettre une personne en possession. Sans doute, l'action de force suppose nécessairement une dépossession violente, tandis que l'action de nouvelle

(1) Voy. ce que dit à cet égard M. Viollet, dans ses *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 336.

(2) Voy. le chap. 32, notamment le n° 3.

(3) Beaumanoir, chap. 32, n° 1 et 2, t. I, p. 465.

(4) Beaumanoir reconnaît cette innovation pour la nouvelle dessaisine (chap. 6. n° 10) ; mais il y a de sa part une erreur manifeste. A-t-il entendu parler de nouveaux troubles et commis une simple erreur matérielle, ou bien s'est-il vraiment trompé ?

dessaisine n'exige pas cette condition de violence et suppose une dépossession résultant d'une cause quelconque, mais c'est la seule différence importante qui sépare ces deux actions. On s'explique ainsi que, dans la suite, ces deux actions se soient confondues en une seule, la réintégrande. C'est ce qui s'est produit déjà dans l'ancienne coutume d'Angers, avant même que la réintégrande ait reçu sa nature définitive (1). De même, l'action de nouveau trouble, imaginée par Beaumanoir, a formé plus tard l'action en complainte (2).

Pour pouvoir intenter une quelconque des actions possessoires dont parle Beaumanoir, il faut avoir la possession dans le sens romain du mot ou, comme on disait alors, la saisine. Ainsi le simple détenteur ne pouvait pas prétendre aux actions possessoires (3). D'ailleurs, on considérait comme possesseur, non seulement celui qui tenait à titre de propriétaire, mais encore celui qui invoquait un droit réel immobilier, comme l'usufruitier, le créancier gagiste, la douairière. La saisine garantie par les actions possessoires devait être paisible; si elle avait reposé sur la violence, elle n'aurait pas été protégée (4). Il était sans doute permis de recourir à la force pour repousser la force, mais une fois qu'on avait été dépossédé par violence, il était interdit d'employer ce moyen pour se remettre en possession (5).

Enfin Beaumanoir ne protégeait la saisine par les actions possessoires, qu'autant qu'elle avait duré au moins un an et un jour. Il imposait cette condition de l'annalité de la possession, non seulement à celui qui voulait se faire maintenir en possession par l'action de nouveau trouble, mais même à celui qui entendait se faire restituer une possession perdue par l'action de nouvelle dessaisine ou de force (6).

Toutefois, dans un certain passage de son chapitre 32, consacré aux actions possessoires, il y a un cas où Beaumanoir

(1) Voy. Laurière, v° *Appâtgement*.

(2) Beaumanoir, chap. 32, n° 3, t. I, p. 467.

(3) Beaumanoir, chap. 32, n° 8, 13, t. I, p. 468, 469.

(4) Beaumanoir, chap. 32, n° 5, t. I, p. 468.

(5) Beaumanoir, chap. 32, n° 26, t. I, p. 476.

(6) Beaumanoir, chap. 32, n° 2, 4, 25, t. I, p. 466, 467, 476.

n'exige pas la possession d'an et jour et permet d'intenter l'action de nouvelle dessaisine, malgré l'absence de cette condition (1). Ce passage a été très diversement interprété. Les uns ont accusé Beaumanoir d'être tombé en contradiction à propos de l'action en nouvelle dessaisine et, après avoir exigé une possession annale de la part du demandeur sous l'influence du droit coutumier, d'avoir ensuite supprimé cette condition sous l'influence du droit canonique. D'autres ont essayé de concilier ce passage avec ceux qui exigent une possession annale, en disant que le premier concerne l'action de force et les autres l'action de nouvelle dessaisine. Mais c'est là une erreur manifeste et pour s'en convaincre il suffit de se reporter au texte même de Beaumanoir où il est dit que l'annalité de la possession concerne aussi bien l'action de force que l'action de nouvelle dessaisine (2). A notre avis, Beaumanoir n'est pas tombé en contradiction avec lui-même. Il a soin de relever dans le texte en question qu'il s'agit d'un cas particulier, et, en effet, comme le prouvent ses exemples, Beaumanoir a uniquement en vue celui d'une personne qui a été privée de la possession d'un meuble; il n'exige plus alors la possession d'an et jour et permet de réclamer le meuble, quelle qu'ait été la durée de la possession (3). Beaumanoir donne cette solution, soit sous l'influence du droit canonique, soit à cause de la difficulté que pourrait éprouver le possesseur d'un meuble à établir l'annalité de sa possession.

Enfin Beaumanoir veut que les actions possessoires soient intentées dans l'an et jour du trouble ou de la dépossession; ce délai expiré, on ne pourrait plus agir qu'au pétitoire (4). Comment expliquer cette prescription des actions possessoires par le délai d'un an? Probablement par l'influence du droit

(1) Beaumanoir, chap. 32, n° 15, t. I, p. 470.

(2) Chap. 32, n° 2, t. I, p. 466.

(3) Voy. chap. 32, n° 15, t. I, p. 470. On peut expliquer de la même manière les n° 23 et 24. Dans ce dernier texte il s'agirait de la possession d'une récolte qui, envisagée en elle-même, peut être considérée comme meuble, bien qu'elle soit encore pendante par branches et par racines.

(4) Beaumanoir, chap. 32, n° 9 et 25, t. I, p. 469, et 476.

romain. On sait, en effet, que le prêteur obligeait à intenter les interdits possessoires dans l'année, et ce délai a été d'autant plus facilement accepté par le jurisconsulte coutumier, qu'il était très répandu dans les usages de cette époque et même dans ceux des temps antérieurs. Il résultait de là que si le possesseur dépossédé restait un an sans se plaindre, au bout de ce temps le nouveau possesseur avait acquis la saisine, pourvu, bien entendu, que sa possession fût exempte de tout vice. En outre, on ne tarda pas à décider que l'acquisition de la saisine serait suspendue par les mêmes causes que la prescription et, par exemple, on ne pouvait pas l'acquérir contre un aliéné pendant la durée de sa démence, contre un pupille pendant la durée de sa tutelle, de telle sorte que le mineur se trouvait, au moment de sa majorité, succéder à la saisine de son auteur comme si celui-ci était mort le jour même de la majorité de cet héritier (1).

Dans le Bauvoisis, la procédure des actions possessoires n'offrait aucune particularité importante; la meilleure preuve qu'on en puisse donner, c'est le silence même de Beaumanoir. Nous avons vu que l'action pétitoire devait être portée devant la justice du seigneur dont l'héritage relevait. Les actions possessoires au contraire étaient de la compétence du roi ou du suzerain local. D'abord réservés au Parlement, plutôt en fait qu'en droit, les cas possessoires furent, par décision du 7 janvier 1277, transportés aux baillis et aux sénéchaux (2). Beaumanoir nous apprend qu'au possessoire l'ajournement se donne dans les délais ordinaires, à quinzaine s'il s'agit d'un gentilhomme, du jour au lendemain s'il s'agit d'un homme de poeste et sans que les contremands soient admis. Il nous fait ensuite connaître la formule de l'action de nouvelle dessaisine et celle de l'action de force; enfin, il admet au profit du défendeur un jour de vue (3). Si le deman-

(1) De Fontaines, *Conseil*, chap. 14, n° 1 et suiv. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 31, p. 329 de l'édition de 1621.

(2) Voy. Ordonnance de 1277, dans Isambert, t. II, p. 661 et *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 354; Ordonnance de 1363, Isambert, t. IV, p. 689 et *Recueil du Louvre*, t. II, p. 542, note.

(3) Beaumanoir, chap. 32, n° 4, t. I, p. 467.

deur succombe au possessoire, il peut néanmoins agir au pétitoire dans l'année; mais une fois ce délai expiré, il n'a même plus le droit de recourir au pétitoire et on le considère comme renonçant à la propriété (1). Le demandeur triomphe-t-il au possessoire, le défendeur doit faire cesser le trouble ou restituer le bien; il est frappé d'une amende de soixante sous, qu'il soit gentilhomme ou roturier, et il n'est pas douteux qu'il puisse être condamné à des dommages-intérêts s'il y a lieu (2). Celui qui a ainsi triomphé au possessoire peut sans doute succomber ensuite au pétitoire; il doit alors rendre l'immeuble et les fruits qu'il a perçus depuis le jour où il a été ajourné sur la propriété (3).

Beaumanoir ne dit pas ce que devient la chose litigieuse pendant la durée du procès. Dans un seul passage il nous apprend que si le dessaisissement est établi au début de l'affaire, il faut procéder immédiatement au resaisissement (4). Certains auteurs ont entendu, par là, la mise en séquestre de l'immeuble entre les mains du comte ou de son magistrat. Mais nous pensons plutôt que la chose était restituée au demandeur, considéré peut-être comme séquestre pendant la durée du litige. Ce resaisissement indiqué par Beaumanoir paraît bien correspondre à la recreance d'autres coutumes; mais on ne connaissait certainement pas dans le Beauvoisis, à l'occasion des actions possessoires, la procédure d'applègement pratiquée en Normandie, dans l'Anjou et dans le Maine, et dont nous parlent avec beaucoup de détails les coutumiers de ces pays. La procédure d'applègement portait ce nom parce que le demandeur, par exemple celui qui se plaignait d'avoir été dessaisi d'un immeuble, fournissait à la justice un pège, c'est-à-dire une caution qui garantissait son engagement de se présenter en justice pour y défendre ses conclusions et de payer les frais dans le cas où il succomberait; de

(1) Beaumanoir, chap. 32, n° 6, t. I, p. 468.

(2) Beaumanoir, chap. 32, n° 10, t. I, p. 469.

(3) Beaumanoir, chap. 32, n° 30, t. I, p. 478.

(4) Beaumanoir, chap. 32, n° 4, t. I, p. 467. Cpr. chap. 12, n° 21, t. II, p. 293.

son côté, le défendeur qui demandait à être maintenu en possession, devait fournir une caution réciproque qu'on appelait contre-applègement (1). Quant à l'immeuble litigeux, il était placé pendant la durée du procès entre les mains de la justice.

Il y avait plusieurs sortes d'applègements qui correspondaient aux diverses espèces d'actions possessoires. Ainsi pour le cas de dépossession, on employait l'applègement de tort ou de force (2). A l'imitation du droit romain; on avait proposé de décider que celui qui reprendrait sa chose par violence serait puni par la perte de son droit de propriété sur cet objet; mais il ne semble pas que cette solution ait été définitivement adoptée (3).

En cas de simple trouble, on s'engageait dans la procédure de l'applègement en turbanture qui ne différait pas d'ailleurs de la procédure des autres actions possessoires : peu importait qu'il s'agit d'immeubles, de servitudes ou autres droits immobiliers (4). On admettait que le seigneur ayant voirie pouvait connaître des actions de cette nature (5). Le demandeur fournissait un applègement devant la justice ou devant un sergent; cet applègement était ensuite dénoncé au défendeur par la justice avec assignation. Quant au bien litigeux, il était mis en main de cour à partir du moment où l'applègement avait été intimé au sergent ou à la cour. Le plège devait être justiciable de la juridiction compétente pour connaître de l'action possessoire; s'il n'était pas reconnu suffi-

(1) Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 111, t. I, p. 444; I, n° 133, t. III, p. 285; L, n° 372, t. IV, p. 287; M, n°s 148 et suiv., t. IV, p. 435.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 962 et suiv., 972 et suiv., t. I, p. 347, 352. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 741, 742, 948. L'applègement de tort ou de force était admis entre nobles, à l'effet d'obtenir la restitution de ce qu'un seigneur avait enlevé par armes et chevauchées, en violation des dispositions contenues dans les ordonnances royales. Cpr. *Livre des droiz et des commandemens*, n° 385.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 1021.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 962, et suiv., t. II, p. 347; L, n°s 334 et suiv., t. IV, p. 285. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 521, 667, 824, 868, 885, 946, 949, 950, 1012.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 972 et suiv., t. II, p. 352.

sant, il pouvait être remplacé par une garantie sur les biens de l'applégeant. Le défendeur n'avait le droit de répondre à l'action qu'à la condition de fournir un contre-appègement. Il pouvait d'ailleurs obtenir un jour de montrée; il avait aussi le droit de critiquer la forme de l'appègement du demandeur, ce qui n'impliquait pas de sa part refus de contre-appèger. Mais, s'il faisait des réserves pour avoir garant, on le considèrait par cela même comme renonçant au droit de critiquer la forme de l'appègement.

Le contre-appègement devait être fait et baillé à la justice dans les dix jours qui suivaient l'appègement. Si le défendeur ne remplissait pas cette formalité, l'applégeant pouvait se faire mettre en possession de la chose par main de justice, en supposant qu'elle ne fût plus à sa disposition (1).

La justice ayant fixé le jour de l'affaire, l'applégeant faisait ajourner le contre-applégeant; au jour fixé, il concluait à ce que la main de la cour fût levée à son profit, et, contre son adversaire, à ce que celui-ci fût condamné à réparer le dommage causé, mais la chose litigieuse n'en-restait pas moins en main de justice, c'est-à-dire séquestrée, jusqu'au jour du jugement (2). On remarquera que, de son côté, le défendeur concluait à ce que la chose lui fût attribuée, qu'il s'agit de trouble ou de dessaisine (3).

Enfin, nous rencontrons aussi, dans certains coutumiers du centre, l'appègement de nouvelle eschoite en matière de succession. D'après les coutumiers, cet appègement suppose que l'héritier véritable, malgré la règle le mort saisit le vif,

(1) Fallait-il que le contre-applégeant fit connaître un appègement au demandeur, ou bien suffisait-il que le sergent en fit relation à la justice? Il existait sur ce point des usages divers dans le Poitou, la Saintonge et l'Angoumois. Cpr. *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 885 et 1012. Voy. sur les contre-appègements, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, C, n<sup>os</sup> 67 et 67 bis, t. I, p. 267; F, n<sup>os</sup> 956, 973 et suiv., t. II, p. 343 et 354; L, n<sup>os</sup> 355 et suiv., t. IV, p. 293; M, n<sup>os</sup> 145 et suiv., t. IV, p. 434.

(2) Cette procédure de l'appègement et du contre-appègement a fait imaginer, en matière de meubles, celle de l'aveu et du contre-aveu. Voy. à cet égard Jobbé-Duval, *Étude historique sur la revendication des meubles en droit français*, p. 192.

(3) Voy. à cet égard, *Livre des droiz et des commandemens*, t. I, p. 126.

n'est pas en possession de la succession ou de la partie de la succession qui lui revient et qu'un autre s'en est emparé depuis un an et un jour à partir de la mort du défunt. Dans ces circonstances, l'héritier le plus proche a perdu la possession, ou pour parler plus exactement, il ne l'a jamais acquise et les effets de la règle le mort saisit le vif sont éteints à ses dépens; mais, on lui donne précisément l'applègement de nouvelle eschoite pour acquérir cette possession qu'il n'a jamais eue. Nous avons déjà rencontré une procédure analogue en Normandie, mais on se souvient qu'elle n'était pas admise lorsqu'il y avait lieu à partage, tandis que les coutumiers d'Anjou et du Maine n'établissent aucune restriction de ce genre (1).

Fort souvent le juge, au lieu de laisser pendant la durée du procès l'immeuble entre les mains d'un tiers séquestre, l'accordait à l'un des plaideurs, à charge par lui de fournir des garanties. Un ancien coutumier nous dit que dans la procédure d'applègement cette possession intérimaire doit être accordée à celui des deux plaideurs qui paraît avoir le plus de droit à la propriété et s'ils sont sous ce rapport tous les deux d'égale condition, la chose doit rester en main de cour (2). Cette récréance était admise même au profit de celui qui avait été dépossédé dans d'autres pays qui ne connaissaient pas la procédure d'applègement, notamment dans le Beauvoisis, mais aussi à la condition de fournir caution (3).

Tel fut l'ensemble du système des actions possessoires jusqu'à la période où le droit romain pénétra plus profondément encore dans nos vieilles coutumes. A partir de ce

(1) Voy. sur ce dernier applègement, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 959 à 962, t. II, p. 344; *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 739, 740, 744, 746, 947. M. Beautemps-Beaupré croit à tort que cet applègement porte à la fois sur la possession et la propriété (*op. cit.*, p. 124). Il s'agit là d'un moyen purement possessoire, comme le disent formellement les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 959, t. II, p. 314.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, M, n°s 156 et suiv., t. IV, p. 439. Cpr. F, n°s 34, 1004, 1067, t. II, p. 45, 364, 403; L, n°s 374 et suiv., t. IV, p. 301.

(3) Beaumanoir, chap. 52, n° 21, t. II, p. 296, et chap. 53, n°s 2 et suiv., t. II, p. 301. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 21.

moment, la théorie des actions possessoires prit une plus grande unité. Jusqu'alors cette théorie s'était en partie fondée sur l'interdit romain *unde vi*; mais, maintenant, on songeait aussi à protéger contre le simple trouble; aussi est-ce le système de l'interdit *uti possidetis* qui prend le premier rang; c'est sur cet interdit que sera calquée la nouvelle action possessoire appelée complainte, précisément parce qu'on suppose, comme dans l'interdit *uti possidetis*, que chacun des plaideurs joue le rôle du demandeur, plaignant. Jean Faber nous donne à cet égard des renseignements très intéressants : il s'étend sur le cas de nouvelleté qu'il compare à l'interdit *uti possidetis* du droit romain. C'est, dit-il, de cette seule action qu'on se sert dans les cours de France, non plus seulement en cas de simple trouble, mais même en cas de déposssession. En effet, si l'action de nouvelleté, ou, comme on dira bientôt la complainte, protège contre celui qui se permet de simples troubles, à plus forte raison doit-elle être autorisée contre l'auteur d'une déposssession, laquelle a presque toujours lieu par violence; or, la violence est comprise dans le trouble. Il y avait d'ailleurs avantage à préférer l'action de trouble, ou complainte, à celle de nouvelle dessaisine; dans ce second cas, en effet, pour pouvoir obtenir la possession de la chose, le demandeur était obligé de fournir un plège. Il ne pouvait être question de cette condition dans l'action de simple trouble, car par cela même qu'on se prétendait en possession, on ne pouvait pas demander à reprendre cette possession. C'est ainsi que l'action de nouvelle dessaisine, et à plus forte raison celle de force, sont tombées en désuétude et se sont confondues avec l'action de simple trouble. Cette modification avait pu s'introduire grâce à l'admission du principe romain de la conservation de la possession *animo tantum*. Il en résultait qu'en cas de force ou de dessaisine, le plaignant avait le droit de se considérer comme resté en possession et d'assimiler sa déposssession à un simple trouble. Cette nouvelle procédure paraît s'être surtout développée dans les anciennes provinces de la France, telles que l'Anjou et le Maine, où étaient autrefois

employés l'appègement et le contre-appègement. Ces procédures devinrent désormais facultatives et on pouvait leur préférer la voie de la complainte. Le choix appartenait tout naturellement au demandeur.

La procédure de la complainte était plus simple. Ce fut encore là une des causes de son succès. On a souvent attribué ce grave changement à un magistrat célèbre, Simon de Bucy, premier président du parlement de Paris, au milieu du xiv<sup>e</sup> siècle (1). Mais, le changement se préparait déjà auparavant, comme on peut s'en convaincre par les travaux de Jean Faber ; il s'accomplit probablement de lui-même, par l'effet de l'action plus intense du droit romain et aussi à cause de la procédure des appègements. Simon de Bucy ne fit que consacrer de son autorité un changement qui était déjà réalisé.

La complainte suppose une possession paisible *nec vi, nec clam, nec precario*, ayant duré au moins un an et un jour (2). Le possesseur n'est pas tenu d'alléguer un titre ; il doit seulement justifier de sa saisine, prouver qu'elle réunit les conditions prescrites par la coutume, notamment qu'elle a duré un an et un jour ou, si elle lui vient de succession, dire que son auteur mourut vêtu et saisi de la chose (3). La possession annale n'est pas, en effet, nécessaire en cas de succession, à cause de la règle le mort saisit le vif (4). Mais, il en était autrement pour les héritiers qui ne pouvaient pas invoquer cette maxime, notamment les collatéraux et c'est précisément à leur usage qu'on avait imaginé, dans certaines contrées, l'action possessoire de nouvelle eschoite, plus ou moins analogue à l'interdit *quorum bonorum* du droit romain. D'un autre côté, la possession d'an et jour n'était pas non plus exigée s'il y

(1) Voy. notamment Laurière, v<sup>o</sup> *Complandre*. Cpr. Damhouderii *Praxis rerum civilium*, cap. 38.

(2) *Coutumes notoires*, n<sup>o</sup> 181. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 45 et 496.

(4) Beaumanoir, chap. 6, n<sup>o</sup> 4, t. I, p. 100. — Loysel, *Institutes coutumières*, n<sup>o</sup> 745.

avait eu ensaisinement du possesseur par le seigneur; ce fait donnait immédiatement la saisine légale (1).

La complainte supposait tout au moins un trouble, peu important qu'il fût de fait ou de droit et, par exemple, il pouvait résulter d'une opposition faite en justice (2). Mais il fallait nécessairement que le trouble fût apporté à la possession d'un immeuble ou d'un droit réel immobilier, par exemple d'une rente, car on sait qu'à cette époque la plupart des rentes étaient immobilières (3).

L'action en complainte devait être intentée dans l'année où s'était produit le trouble; nous connaissons déjà cette condition imposée sous la période précédente aux actions possessoires et nous savons les motifs qui l'ont fait établir (4).

Lorsqu'on avait laissé passer l'an et jour sans intenter la complainte, on pouvait encore, dans l'ancienne coutume de Paris, prendre l'action de simple saisine, et cette seconde action était également permise même si on avait succombé en cas de nouvelleté (5). Dans la suite, c'est-à-dire au xv<sup>e</sup> siècle, cette action fut restreinte aux servitudes et aux rentes foncières ou constituées et au siècle suivant elle ne s'appliqua même plus qu'aux rentes foncières dans les coutumes où les autres étaient devenues mobilières (6). L'action de simple saisine existait seulement dans certaines coutumes; elle ne paraît pas être antérieure au xiv<sup>e</sup> siècle. *Le Grand coutumier de France* (7), paraît en attribuer la création à Simon de Bucy. Il y a là une confusion évidente, mais qui n'en donne pas moins un renseignement sur l'époque de la création de cette

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 231.

(2) *Grand Coutumier de France*, loc. cit.

(3) Desmares, *Décisions*, n° 38. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 330, t. IV, p. 234.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 19, p. 238. — Desmares, *Décisions*, n° 84. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 100 et 101. Ce dernier texte ajoute qu'il n'est d'ailleurs pas nécessaire de présenter aucun titre.

(5) *Grand Coutumier de France*, op. et loc. cit.

(6) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 31. Cpr. les observations de Charondas sur le titre 22.

(7) Liv. II, chap. 19, p. 253.

action. L'action de simple saisine était soumise aux mêmes conditions que la complainte, mais au lieu d'imposer une possession d'an et jour, elle exigeait une possession de dix années au moins avant l'année du trouble. Ainsi celui qui avait succombé sur la complainte, comme celui qui avait laissé passer un an et un jour depuis le trouble sans agir en complainte, pouvait recourir à l'action de simple saisine et il triomphait même contre celui qui avait possédé pendant un an depuis le trouble, pourvu qu'il établît à son profit une possession de dix ans au moins avant ce trouble. Cette longue possession faisait en effet présumer la propriété en sa faveur, bien plus que celle de l'an et jour invoquée par son adversaire. Mais cependant cette action de simple saisine, bien qu'elle fût la plus récente des actions possessoires, s'éteignit très rapidement. On ne tarda pas à constater que l'obligation de rechercher l'existence d'une possession prolongée pendant dix ans avant le trouble, entraînait des difficultés de preuve aussi sérieuses que l'action pétitoire; dès lors pourquoi ne pas agir directement au pétitoire? D'un autre côté, les auteurs ne s'expliquent pas clairement sur la durée de cette action et ceux qui en parlent paraissent fixer sa prescription à dix ans, ce qui est un délai beaucoup trop long en matière possessoire (1).

Nous avons vu que sous la période précédente, le cumul du possessoire et du pétitoire était permis dans une certaine mesure et de la part des parties. Mais au temps de Jean Desmares, la prohibition de ce cumul triomphait définitivement et celui qui agissait à la fois au possessoire et au pétitoire était, par ce seul fait, considéré comme reconnaissant la possession de son adversaire.

(1) Ce délai de dix ans s'explique d'ailleurs facilement par analogie de la complainte : celle-ci supposant une possession d'un an et devant être intentée dans l'année du trouble, on en conclut que l'action de simple saisine exigeant une possession de dix ans pour le passé, pourrait aussi pour l'avenir être mise en mouvement pendant ce même délai. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 21. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 22, notes de Charondas. — Charte de Hainaut, chap. 4, art. 3 et chap. 42, art. 4. — Masuer, *Practica forensis*, au titre *De possessorio*, n° 32. D'après Klimrath, la simple saisine serait la propriété et dès lors notre action serait pétitoire. *Travaux sur l'histoire du droit français*, t. II, p. 369 et suiv.

Les questions de compétence en matière de plainte et, d'une manière plus générale en matière d'actions possessoires, étaient très diversement résolues suivant les contrées. Ainsi nous avons vu que sous la période précédente la tendance était de les réserver au roi ou au suzerain du pays par exemple, dans le Beauvoisis, au comte de Clermont. Pendant notre période, on admet plus généralement que les seigneurs justiciers peuvent en connaître (1). Mais dans la coutume de Paris, la plainte est mise au nombre des cas royaux par prévention (2).

Quant à la procédure de la plainte, elle était très simple et fort rapide; c'était même, on s'en souvient, la raison qui avait déterminé à la préférer aux applègements et à l'ancienne procédure de l'action de nouvelle dessaisine. De très bonne heure les ordonnances royales avaient recommandé d'expédier rapidement les affaires possessoires. Tel était, suivant certains auteurs, l'objet de l'ordonnance de Philippe le Hardi à laquelle Beaumanoir fait allusion. Un édit de 1347 prescrit aussi aux justiciers du royaume de procéder sans retard à l'examen et au jugement de ces affaires (3). D'après la rigueur des principes, le bailli devait faire venir directement les plaideurs sur les lieux contentieux. Mais, en réalité il délèguait cette mission à un officier inférieur de justice, examinateur, huissier ou sergent. L'officier délégué recevait les explications des plaideurs; s'il parvenait à les mettre d'accord, notamment si l'auteur du trouble reconnaissait ou avouait son tort, l'huissier rétablissait les lieux en leur état normal. Mais lorsque les deux plaideurs étaient en désaccord, par exemple soutenaient l'un et l'autre qu'ils étaient en possession, le sergent mettait l'immeuble en main de justice, c'est-à-dire en opérant le séquestre sur les lieux mêmes. Le sergent adressait ensuite son rapport au juge et si celui-ci ne

(1) Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 972 et suiv., t. II, p. 352.

(2) Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 310. — *Grand Coutumier de France*, loc. cit., p. 240.

(3) Cité par Chopin, *De moribus Parisiorum*, lib. III, tit. 1.

rendait pas immédiatement sa décision, chacune des parties pouvait demander la récréance à son profit, c'est-à-dire l'attribution de la possession de l'immeuble pendant la durée du litige. Le juge statuait sur cette demande provisoire et, suivant les circonstances, accordait ou refusait la récréance; dans le second cas, la chose était mise entre les mains d'un tiers et il y avait séquestre. Puis ensuite on abordait le fond de la cause : il s'agissait d'établir par toute espèce de moyens de preuve qu'on avait eu possession conforme à la coutume, de l'immeuble pendant un an et un jour avant le trouble. Il n'était pas possible, quant à la preuve, de cumuler le possessoire et le pétitoire. Ainsi le demandeur triomphait s'il faisait preuve de sa possession, bien qu'il n'établît pas sa propriété et, réciproquement, il succombait s'il prouvait sa propriété mais non sa possession. S'il établissait qu'il exploitait la chose, cela suffisait pour créer à son profit une présomption de possession, mais l'adversaire pouvait la faire tomber en prouvant qu'il exploitait pour le compte d'autrui. On n'admettait ni le jour d'avis, ni le jour de vue, ni le jour de conseil. De même, un seul défaut suffisait, tandis qu'ordinairement il en fallait trois avant que le juge pût statuer définitivement. En outre, la partie défaillante était considérée comme renonçant à la possession. Celle-ci était donc par cela même adjugée au comparant (1). Lorsque le demandeur à la plainte triomphait, le défendeur était tenu de faire rétablissement, c'est-à-dire de remettre les lieux en l'état où ils se trouvaient avant le trouble (2). Le demandeur était maintenu en possession et jouissait ainsi de l'avantage d'être défendeur au pétitoire, ce qui le dispensait de la preuve.

La seconde action possessoire de notre période est connue sous le nom de réintégrande, terme emprunté, on s'en sou-

(1) Voy. sur ces différents points, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 755 et suiv., t. II, p. 274. — *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 237, 238, 630, 731, 927, 1016, 1017. — Desmares, *Décisions*, n<sup>os</sup> 116 et 310. — *Grand Coutumier de France*, op. et loc. cit. — Papon, *Recueil d'arrêts notables*, liv. VIII, tit. 4, n<sup>o</sup> 4.

(2) *Grand Coutumier de France*, op. et loc. cit. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 38.

vient, au droit canonique (1). C'est, en réalité, une action nouvelle, en voie de formation pendant notre période et qu'il faut distinguer de l'action de nouvelle dessaisine précédemment exposée; la réintégrande descend de cette dernière comme aussi de l'interdit *unde vi* du droit romain, mais on ne doit pourtant pas la confondre avec ses ancêtres. Au premier abord, il semblerait que l'innovation introduite dans la pratique, et suivant laquelle l'action de simple trouble suffisait pour protéger même contre la dépossession, aurait dû faire disparaître tous les moyens de procédure plus ou moins semblables aux interdits restitutoires du droit romain. Il n'en fut pourtant rien. Cette innovation finit par amener l'extinction de l'action de nouvelle dessaisine et de celle de force, mais elle prépara aussi l'avènement de la réintégrande. La formation de cette action s'explique par plusieurs raisons. D'abord, dans les pays de droit écrit, on continuait à admettre les principes de l'interdit *unde vi*, sans même exiger la possession annale dans aucun interdit possessoire. Ainsi on chercherait en vain cette condition dans la *Practica aurea* de Jacobi (2). L'influence du droit romain ayant pénétré même dans le Nord, empêcha l'action de dessaisine et celle de force de tomber complètement dans l'oubli; on voit même certains jurisconsultes relativement récents employer encore ces mots, mais pour désigner les interdits du droit romain. C'est ce que fait notamment Bouteiller dans sa *Somme rural*. Enfin, il ne faut pas oublier l'influence persistante du droit canonique. Elle eut pour résultat, à notre époque, de donner à l'action nouvelle, qu'on appelait désormais réintégrande, une étendue d'application beaucoup plus large que celle de l'interdit *unde vi*. Imbert est très précis dans sa *Pratique judiciaire* où il

(1) Elle est empruntée au premier mot (*redintegranda*) de deux canons de Gratien; *Décret de Gratien*, Pars II, Causa 3, Quæstio 1, c. 3, 4. — Cf. Décrétales de Grégoire IX, II, XIII, 18.

(2) Cependant certains statuts municipaux parlent de l'annalité de la possession. Voy. *Coutume de Chatelblanc*, art. 5 et 35. — *Coutume de Montpellier*, art. 59. — Jacobi exige toutefois une possession de deux ou plusieurs années en matière de vente.

relève au chapitre 17 les principales différences qui séparent l'interdit *undi vi* de la réintégration : l'un n'est accordé que contre le possesseur d'un immeuble, tandis que l'autre est donné même contre le simple détenteur et sans qu'il y ait lieu de rechercher s'il s'agit d'un meuble ou d'un immeuble. Dans un autre passage, Imbert nous apprend (1) que la réintégration n'exige pas comme la plainte, une possession annale : il suffit d'avoir été en possession au temps de la spoliation. D'ailleurs il ne paraît pas que nos anciens jurisconsultes se soient jamais mis d'accord sur ce dernier point, et il est permis d'ajouter que la controverse a continué de nos jours.

Un certain nombre de textes de notre période parlent d'une action possessoire tout à fait inconnue auparavant et qui semble n'avoir joui, dans notre ancien droit, que d'une existence éphémère, car il n'en est plus question dans la suite, notamment dans l'ordonnance de 1667, et il n'en a été parlé de nouveau pour la première fois que dans la loi du 23 mai 1838 sur les justices de paix : c'est la dénonciation de nouvel œuvre (2). Cette action a été certainement empruntée au droit romain. Le nom même en est la preuve. De même Bouteiller en expliquant cette action, reproduit à peu près textuellement certains textes du Digeste. Enfin les coutumiers d'Anjou et du Maine en parlent sous le nom d'*interdictum de novi operis nunciacione*. C'est là une erreur manifeste : le droit romain n'a jamais connu cet interdit et le moyen appelé *operis novi nunciatio* différerait sous plus d'un rapport de l'action possessoire du moyen âge désignée sous le même nom.

En réalité les coutumiers du moyen âge ont mal compris l'*operis novi nunciatio* du droit romain : ils en ont fait une action possessoire, alors qu'elle constituait d'après les juris-

(1) *Pratique judiciaire*, liv. I, chap. 17.

(2) Voy. sur cette action, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1051, t. II, p. 393. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 763. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 32, p. 1421 de l'édition de 1621. — Papon, *Arrêts notables*, liv. VIII, tit. 4, §§ 8 et 9. Cpr. *Damholderii Praxis rerum civilium*, cap. 15.

consultes romains, un acte extrajudiciaire et pétitoire. Ils exigeaient même parfois des travaux entrepris par le constructeur, non pas sur son propre fonds, mais sur l'immeuble du dénonçant. Or, il est visible que dans ce dernier cas, la dénonciation de nouvel œuvre se confondait avec la plainte; dans les autres, son application reste toujours obscure et confuse. C'est ce qui explique sa rapide disparition : les théoriciens avaient fait au droit romain un emprunt qu'ils ne parvinrent pas à faire accepter par les praticiens (1).

### § 7. — LES SERVITUDES.

Tant que l'influence du droit romain ne se fit pas sentir, la notion de l'usufruit n'apparut jamais nettement. Les jurisconsultes anglais en sont toujours restés à la notion d'une propriété viagère, et dans les écrits des jurisconsultes français du XIII<sup>e</sup> siècle, notamment dans Beaumanoir, il est impossible de dégager la notion du droit d'usufruit, même à propos du douaire. Ainsi la douairière était directement saisie, n'avait rien à demander aux héritiers du mari et procédait elle-même à la formation des lots. Sans doute son droit était soumis à de nombreuses restrictions : elle ne pouvait pas abattre les forêts ni les vignes, percevoir les fruits avant leur maturité; elle devait entretenir les biens en bon état, mais on était encore loin de la notion de l'usufruit tel qu'il était organisé par le droit romain (2). De même le baillistre, en cas de minorité du titulaire d'un fief, était traité bien plutôt comme propriétaire temporaire que comme usufruitier.

De Fontaines se borne à mentionner l'usufruit sans s'y arrêter, comme s'il n'avait pas vu les applications pratiques qu'il pouvait comporter de son temps (3). Le *Livre de justice et de plet* ne traite pas spécialement de l'usufruit, mais il en

(1) Pour plus de détails sur cette dénonciation de nouvel œuvre, voyez ce que nous en avons dit dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1890, t. XIV, p. 627 et suiv.

(2) Beaumanoir, chap. 13, t. I, p. 212.

(3) De Fontaines, *Conseil*, chap. XXI, n° 46, p. 266.

suppose cependant l'existence et indique même certaines questions qui s'y rattachent (1).

C'est qu'en effet ceux qui étudiaient le droit romain ne perdaient pas la notion de ce démembrement de la propriété. Il suffit, pour s'en convaincre, de se reporter au *Brachylogus* qui consacre un titre entier à l'usufruit, à l'usage et à l'habitation et dont les dispositions sont directement tirées des *Institutes* ou du *Digeste* (2). Il est également hors de doute que l'usufruit se maintint dans les pays soumis au droit écrit et si les statuts municipaux des villes de ces contrées n'en parlent pas, c'est le plus souvent, précisément parce que sous ce rapport les principes du droit romain n'avaient subi aucune altération sérieuse.

Lorsque le droit romain pénétra dans les coutumes, il y fit entrer l'usufruit. Mais on se borna d'ailleurs à copier les principes de ce droit. Nous en avons un exemple dans les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, et un autre dans la *Somme rural* de Bouteiller. La définition de l'usufruit est empruntée au droit romain (3). On admettait que l'usufruit pouvait porter sur toutes sortes de choses, même sur les choses fongibles; dans ce dernier cas on les estimait et l'usufruitier donnait caution de restituer leur valeur à l'époque où se produisait l'extinction (4). Les droits de l'usufruitier étaient ceux qu'on lui reconnaissait à Rome : la jouissance du bien pendant sa vie, mais sans qu'il pût être question d'acquérir la propriété par usucapion, le droit de louer la chose au lieu d'en jouir personnellement, mais sans prétendre aux fruits encore pendants par branches et par racines au jour de la cessation de l'usufruit et, en cas de location, obligation pour le locataire ou le fermier de laisser le propriétaire rentrer immédiatement en jouissance (5). De même

(1) Voy. par exemple, *Livre de justice et de plet*, p. 137 et 144.

(2) *Brachylogus*, lib. II, tit. 16, éd. Böcking, p. 54.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 403, t. II, p. 159. — *Somme rural*, liv. I, tit. 56, p. 623.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 405, t. II, p. 159.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 404, t. II, p. 159. — *Somme rural*, liv. I, tit. 56, p. 623.

les modes d'extinction de l'usufruit étaient ceux du droit romain, la mort de l'usufruitier, naturelle ou civile, par exemple l'entrée en religion, la consolidation, la perte de la chose, l'expiration du temps pour lequel l'usufruit avait été constitué (1).

Il s'était cependant présenté quelques questions nouvelles qu'il avait fallu résoudre. On s'était demandé si la quotité disponible pouvait être plus forte en usufruit qu'en propriété ou s'il fallait admettre la même dans les deux cas, et cette seconde solution l'avait emporté (2). Lorsque l'usufruit portait sur un fief, il s'agissait de savoir si l'usufruitier devait la foi et l'hommage. La négative fut admise : on imposait seulement cette obligation, comme celle de la monnaie, au vassal nu propriétaire (3).

Le droit d'usage fut aussi emprunté à la législation romaine et il semble même qu'il ait été accepté plus facilement que l'usufruit, peut-être parce qu'il se rapprochait de certains usages coutumiers dont nous avons déjà parlé. Ainsi le *Livre de justice et de plet* prend au droit romain la définition de l'usage et reproduit ses règles sur la constitution, les modalités et les effets de ce droit; l'usager ne peut pas construire, ni, d'une manière plus générale, changer la nature du bien, et si son droit porte sur des meubles, il doit fournir caution (4).

Le régime des servitudes réelles est traité d'une manière très incomplète par Beaumanoir qui se borne tout au plus à indiquer les servitudes légales, comme le bornage et le passage en cas d'enclave (5). On ne trouve même pas dans ce jurisconsulte le terme de servitude; comme il ne veut faire

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 406, t. II, p. 160. — *Somme rural*, liv. I, tit. 56, p. 625.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 225, t. I, p. 527; I, n° 258, t. III, p. 388; L, n° 165, t. IV, p. 215.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n° 190, t. IV, p. 98; L, n° 59, t. IV, p. 171.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 129, 135 et suiv.

(5) Beaumanoir, chap. 30, nos 27 et 28, t. I, p. 418.

aucun emprunt direct au droit romain, il emploie l'expression vague d'usage (1).

C'est encore sous l'influence du droit romain que s'organisa, mais en partie seulement, le régime des servitudes réelles. Sur un grand nombre de points on continua à appliquer l'ancienne pratique que le droit romain ne fit pas disparaître. Dans les statuts municipaux des villes, on ne relève que fort peu de dispositions relatives aux servitudes. Ces coutumes locales se réfèrent, en général, à d'anciens usages non écrits ou même au droit romain dans les pays où cette législation est demeurée en vigueur (2). Quant aux livres de doctrine, lorsqu'ils veulent traiter des servitudes, ils s'inspirent en général du droit romain. Ainsi le *Livre de justice et de plet* nous apprend que les servitudes sont urbaines ou rurales et il donne la même énumération que les jurisconsultes romains pour l'une et l'autre classe (3). Il reproduit aussi le droit romain pour exposer les règles relatives à l'exercice des servitudes, à leur modalité, à l'extinction par le non-usage. Cet exemple a encore été suivi par d'autres jurisconsultes (4).

Indépendamment des servitudes conventionnelles, il existait des servitudes légales et il semble même que certains textes aient eu en vue des servitudes naturelles, bien qu'il s'agisse là plutôt du simple exercice du droit de propriété. Ainsi on admettait déjà que le propriétaire d'une maison avait le droit de contraindre son voisin à enlever tous les objets qui portaient à plomb au-dessus de son bâtiment, à une hauteur quelconque. Mais c'était là moins une servitude que l'application de la règle *le pied saisit le chef*,

(1) Voy. par exemple, chap. 24, nos 15 et 31, t. I, p. 346 et 355.

(2) Voy. par exemple Tardif, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 13.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 137, 138, 141.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 146 et 147. Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, nos 311 et suiv., t. I, p. 577 et suiv.; F, n° 875 et suiv., t. II, p. 313; I, n° 349 et suiv., t. III, p. 465. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 6.

c'est-à-dire que la propriété du sol entraîne le dessus et le dessous (1), règle qui était déjà admise à cette époque.

Les servitudes légales étaient d'ailleurs assez nombreuses. Telles étaient notamment le droit de passage en cas d'enclave, à charge par celui qui l'exerçait, de payer une indemnité au propriétaire de l'immeuble traversé (2). Le bornage rentrait aussi parmi les servitudes légales ; il pouvait avoir lieu à l'amiable, mais si les parties ne s'entendaient pas, il se faisait alors en justice à frais communs, en présence du seigneur ou de son représentant, par le juge du lieu (3). Chaque propriétaire avait le droit de demander le bornage contre ses voisins, ce qui faisait dire à de Fontaines que, dans l'action en bornage, chacun était à la fois demandeur et défendeur, comme dans les actions divisoires (4).

Lorsqu'il y avait contestation sur les limites, si les preuves étaient les mêmes de part et d'autre, on se décidait d'après la possession (5).

On attachait d'ailleurs une grande importance à ces opérations du bornage, à cause de la garantie et de la fixité qu'elles donnaient au droit de propriété. Celui qui se serait permis de déplacer des bornes précédemment établies, aurait été considéré comme coupable de larcin (6).

S'il y avait contestation sur la sincérité d'un bornage, celui qui y avait procédé, pouvait faire la preuve de cette sincérité au moyen de son serment, mais on permettait à son adversaire de faire la preuve contraire par gages de bataille (7).

De toutes les servitudes légales, une des plus intéressantes et d'un usage fort répandu, surtout dans les villes, d'origine purement coutumière et à peu près inconnue chez les

(1) *Coutumes notoires*, n<sup>os</sup> 107 et 109. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 2, n<sup>o</sup> 29.

(2) Beaumanoir, chap. 43, n<sup>o</sup> 45, t. II, p. 186. — *Livre de justice et de plet*, p. 142.

(3) Beaumanoir, chap. 30, n<sup>os</sup> 27 et 28, t. I, p. 419.

(4) Beaumanoir, chap. 30, n<sup>o</sup> 28. — De Fontaines, *Conseil*, chap. 21, n<sup>o</sup> 66.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 481, t. II, p. 184.

(6) Beaumanoir, chap. 30, n<sup>o</sup> 27, t. I, p. 418.

(7) *Livre de justice et de plet*, p. 145 et 146.

Romains, c'est la mitoyenneté. Elle mit, d'ailleurs, un certain temps à s'organiser et à se développer. Beaumanoir nous apprend que, de son temps, les maisons sont isolées dans les campagnes ; dans les villes, il y a des murs mitoyens, mais on peut aussi construire mur contre mur, et alors chacun est obligé d'entretenir son mur en bon état, de manière à soutenir et supporter celui du voisin (1). De nombreux textes écrits sous l'ancienne coutume de Paris se rapportent aux relations des propriétaires voisins à l'occasion de leurs murs.

Lorsqu'un mur n'était pas mitoyen, son propriétaire ne pouvait y percer des jours et des fenêtres que sous certaines conditions de hauteur et à verre dormant (2). Le mur était-il commun, il était interdit à chacun des propriétaires d'établir des fenêtres ou des jours à une hauteur quelconque et même à verre dormant sans le consentement de l'autre propriétaire et, d'une manière générale, on ne pouvait se livrer sur le mur mitoyen à aucune entreprise de nature à nuire au voisin, à moins qu'il n'y eût titre contraire, et la prescription n'était pas admise (3). Tout propriétaire avait d'ailleurs le droit d'acquérir la mitoyenneté du mur de son voisin, même contre le gré de celui-ci, à charge de lui payer une indemnité, laquelle était fixée à l'amiable ou, à défaut d'entente, par le juge après expertise faite par des maçons jurés (4). Il va sans dire que les réparations du mur mitoyen se faisaient à frais communs (5). Ce régime de la mitoyenneté, usité dans l'ancienne coutume de Paris, fut encore accepté ailleurs, notamment dans l'Anjou (6).

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 22, t. I, p. 351.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 38, p. 355. — *Coutumes notoires*, n° 8. — Cpr. Coutume de Paris, art. 192 et suiv. — D'après le *Livre de justice et de plet*, p. 139, si deux voisins ne peuvent s'entendre sur la distance à observer pour les jours ou pour les vues, il faut s'en remettre à des arbitres.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 38, p. 358. — *Coutumes notoires*, nos 77 et 156.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 38, p. 356.

(5) Voy. *Le livre des constitutions du Châtelet de Paris*, éd. Mortet, § 49, p. 61.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 11.

Il était également interdit d'élever des constructions contre le mur, mitoyen ou non, de se permettre des entreprises de nature à en compromettre la solidité, par exemple d'établir un four, une étable. Il fallait observer une certaine distance et on ne pouvait pas s'affranchir de cette servitude légale par prescription (1).

On ne pouvait se permettre aucun acte sur l'immeuble d'autrui, du moment qu'on ne jouissait pas d'un droit de servitude; cependant Beaumanoir admet qu'en cas de force majeure on se livre à certaines entreprises sur le fonds d'autrui sans le consentement du propriétaire, par exemple, qu'on passe sur ce fonds à cause d'une inondation qui a recouvert ou détruit le chemin (2).

On peut établir une servitude sur toute espèce d'immeubles, pourvu qu'il soit dans le commerce, mais les jurisconsultes répètent après le droit romain *nemini res sua servit* (3). L'acquisition d'une servitude par convention supposait non seulement le consentement des deux propriétaires, mais aussi celui du seigneur, du moins à l'époque où il était interdit d'aliéner sans sa participation.

Sur l'acquisition des servitudes par prescription, il régnait déjà au moyen âge une très grande divergence dans les coutumes et, dans la suite, les variétés se sont plutôt accentuées qu'atténuées. Beaumanoir n'admet pas qu'on puisse acquérir une servitude par prescription, mais il reconnaît qu'au bout d'un an et un jour la possession de cette servitude est protégée par les actions possessoires; seulement, celui qui aura triomphé au possessoire, ne pourra pas ensuite invoquer au pétitoire la prescription à son profit (4). Cependant, après avoir posé en principe qu'une servitude ou, pour employer son langage, un usage, ne peut être établi qu'avec le con-

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 38, p. 357. — *Coutumes nototres*, n°s 173 et 272.

(2) Beaumanoir, chap. 24, n° 32, t. I, p. 355.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 138 et 139.

(4) Beaumanoir, chap. 24, n° 15, t. I, p. 346.

sentement du propriétaire et celui du seigneur, Beaumanoir paraît bien admettre que l'acquisition d'une servitude résulte de la prescription immémoriale (1). Dans l'ancienne coutume de Paris, la prescription n'était pas non plus admise : il fallait nécessairement un titre faisant mention spéciale de la servitude (2). Au contraire, les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine autorisent l'acquisition des servitudes par prescription, mais les règles qu'elles posent comportent des dérogations.

Ainsi certains textes disent que les servitudes continues et apparentes s'acquièrent par la prescription de dix ans ; les servitudes discontinues et apparentes par trente ans, mais qu'on ne peut pas acquérir les servitudes non apparentes par une prescription quelconque (3). Toutefois, à Angers, on n'admet pas de prescription pour les servitudes de ville (4).

Le *Livre des droitz et des commandemens* consacre aussi l'acquisition des servitudes par la prescription de dix ans, entre présents, même sans titre, tandis que s'il s'agissait de la propriété, il faudrait un juste titre (5).

Quant à la possession des servitudes, elle s'acquiert par l'an et jour (6). Certains coutumiers ont copié le droit romain au point d'admettre l'action possessoire, du moins pour diverses servitudes, en dehors des conditions ordinaires de leur exercice ; c'est ainsi que Liger, s'appropriant les dispositions de l'édit prétorien sur l'interdit *de itinere actuque privato*, admet l'action possessoire au profit de celui qui a passé

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 31, t. I, p. 335.

(2) Desmares, *Décisions*, 387, — *Coutumes notoires*, n° 8. — *Grand Coutumier de France*, liv. I, chap. 38, p. 353.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, nos 311 à 314, t. I, p. 577 et suiv. ; F, nos 875 et suiv., t. II, p. 313 ; I, nos 349 et 351, t. III, p. 465 et 467. Les mêmes textes nous apprennent que les servitudes personnelles, comme l'usufruit, s'acquièrent par la prescription de dix ans entre présents et par celle de vingt ans entre absents. Voy. aussi L, n° 250, t. IV, p. 246.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 314, t. I, p. 580 ; F, n° 876, t. II, p. 314 ; I, n° 350, t. III, p. 466 ; L, n° 251, t. IV, p. 247.

(5) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 711, t. II, p. 163.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, nos 311 et suiv., t. I, p. 577 ; F, nos 875, 877, t. II, p. 313 et 314 ; I, nos 349 et 351, t. III, p. 465 et 467.

dans les trente jours (1). Mais cette doctrine est restée isolée et ne s'est pas répandue.

La destination du père de famille valait titre dans l'ancienne coutume de Paris, du moins suivant certains auteurs, à la condition que les servitudes eussent été expressément déclarées et spécifiées dans l'acte qui produisait la séparation des héritages. Cela revient à dire, à notre avis, qu'en réalité elle n'était pas admise (2).

Quant à l'extinction des servitudes, on admettait les principes du droit romain. Ainsi les servitudes prenaient fin par le non usage, et on voulait en général qu'il eût duré trente ans (3). Mais on n'admettait pas qu'il y eût non usage lorsque le propriétaire du fonds dominant se trouvait par force majeure dans l'impossibilité d'exercer sa servitude (4).

Les textes nous apprennent qu'en cas de contestation sur l'existence ou la nature d'une servitude, les tribunaux chargeaient des experts jurés de visiter les lieux contentieux et de faire leur rapport, le tout en présence des parties qui avaient le droit de les contredire. Dans certaines coutumes, ces jurés ou prud'hommes statuaient même sur la contestation, au lieu de donner un simple avis (5).

### § 8. — LES RENTES.

Il existait au moyen âge une foule de rentes foncières ou seigneuriales qui, sous des noms très variés, grevaient les diverses espèces de tenures, fiefs, censives ou autres. D'ailleurs toutes ces rentes étaient elles-mêmes immeubles, par cela même qu'elles portaient sur des immeubles et peu

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1043, t. II, p. 385.

(2) *Coutumes notoires*, n°s 108 et 174. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 38, p. 359.

(3) Beaumanoir, chap. 24, n° 15, t. I, p. 346. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 250, t. IV, p. 246.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 143.

(5) *Coutumes notoires*, n° 75. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 11, t. I, p. 45; F, n°s 408 et 876, t. II, p. 160 et 314; I, n° 350, t. III, p. 466.

importait que leurs redevances fussent en argent ou en nature. Les rentes seigneuriales établies en général sur les tenures roturières ou inférieures; mais parfois aussi sur certains fiefs, étaient nées des rapports que la féodalité établissait entre le seigneur et son vassal ou son tenancier; elles étaient perpétuelles; indivisibles, absolument irrachetables et jouissaient encore d'autres privilèges. Toutes ces rentes étaient, le plus souvent, des accessoires de diverses tenures. Mais, d'autres rentes, en grand nombre, naissaient du contrat de bail et faisaient l'objet principal de ce contrat; elles étaient très fréquentes, à cause de la prohibition du prêt à intérêt. Ceux qui avaient besoin d'argent et qui possédaient des immeubles, se procuraient des ressources en se faisant payer un capital en échange duquel ils constituaient une rente foncière sur tel ou tel de leurs biens. Le rôle d'emprunteur était donc joué par le propriétaire de l'immeuble, lequel recevait le capital de la rente et devenait le débi-rentier; celui qui avait donné le capital de la rente recevait en retour à perpétuité les arrérages de cette rente qui lui était due par l'immeuble. Le droit canonique autorisait cette stipulation, à condition que l'immeuble, débiteur de la rente, produisit des fruits; les canonistes admettaient que, dans ces circonstances, le contrat tenait plutôt de la vente de fruits que de la stipulation d'arrérages au profit du capital. D'ailleurs, cette combinaison présentait cependant aussi de sérieux inconvénients. En réalité, c'était l'immeuble qui empruntait et il en résultait que ceux qui ne possédaient pas d'héritages ne parvenaient pas à emprunter. De son côté le crédi-rentier ne pouvait pas exiger le remboursement du capital et cependant il était menacé du déguerpissement. Enfin, la rente était irrachetable à moins de stipulation contraire, mais le droit de rachat était soumis à prescription et en fait il ne s'exerçait pas. Il arrivait au contraire que les constitutions de rentes s'accumulaient sur un même immeuble.

C'était l'Église qui, au moyen âge, jouait le rôle de banquier de la propriété foncière et elle prêtait volontiers à charge de

renie sur les immeubles. Mais, de riches personnages, nobles ou bourgeois, plaçaient aussi souvent leur argent de cette manière dans les villes. De nombreux textes nous apprennent que les maisons étaient écrasées de rentes foncières et que les débiteurs ne trouvaient d'autre moyen de s'en délivrer qu'en abandonnant les immeubles ou en les laissant tomber en ruine (1). Le paiement des rentes devenait particulièrement difficile à cause des variations des monnaies et c'est en vain que les ordonnances essayèrent parfois d'y porter remède (2). Souvent aussi des contestations s'élevaient entre ceux qui étaient rentiers sur un même immeuble, et il n'était pas toujours facile de les trancher. Enfin, les cessions de rentes étaient la source de fréquentes stipulations. Malgré tout, on usait largement du bail à rente par cela même qu'il était le seul moyen licite de placer son argent; il avait aussi l'avantage d'être plus facilement accessible aux gens peu fortunés, car le preneur s'obligeait à payer chaque année une faible somme à titre d'arrérages, tandis qu'un acheteur doit l'équivalent de la valeur totale de la chose. En outre, ces arrérages ne portaient pas nécessairement sur de l'argent : ils pouvaient être dus en nature ou même consister dans une partie de la récolte. La rente présentait, de son côté, tous les avantages d'un immeuble; elle était elle-même immeuble et c'est ainsi que, sous le régime de communauté, elle restait propre, et qu'en matière de succession elle se transmettait comme un immeuble.

Tout immeuble, alleu, fief ou censive, pouvait être baillé à rente. Ce contrat s'appliquait le plus souvent aux immeubles roturiers et, en dernier lieu, il avait sur la vente l'avantage de ne pas donner ouverture au droit de mutation au profit du seigneur. De même, en cas de bail à rente d'un fief, le seigneur ne pouvait prétendre au profit de quint ni au

(1) Voy. *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, nos 115, 116, 135 à 145, p. 57, 59, 74 et suiv. Cpr. un article de Mossmann, dans la *Revue historique*, t. X, p. 60 et 65.

(2) Voy. par exemple, Ordonnances du 3 mai 1350 et du 26 octobre 1353, dans Isambert. t. IV, p. 562 et 684.

retrait féodal, à moins qu'il n'y eût adjonction d'une clause de rachat. Le bail à rente pouvait même porter sur des droits fonciers, tels que droit de justice, corvées, banalités et autres.

Dans le bail à rente, l'immeuble tout entier était aliéné, à charge par l'acquéreur de payer à perpétuité la rente. C'était à la fois un contrat réel et une aliénation et on appliquait à celle-ci les formalités ordinaires. Il en était autrement lorsqu'on constituait une rente sur un immeuble sans l'aliéner. Mais, même dans ce dernier cas, le consentement du seigneur était nécessaire pour la validité de la constitution de rente. Beaumanoir en donne pour raison qu'autrement les propriétaires de maisons en arriveraient à grever leurs immeubles de tant de rentes, qu'ils ne pourraient plus les payer et en seraient réduits à abandonner leurs héritages (1). D'autres coutumes ajoutaient que quand un homme de fief chargeait sa terre de rentes au point que celles-ci excédaient le tiers du revenu du fief, le seigneur de ce fief avait droit à foi et hommage des acquéreurs de ces rentes par *despié de fief* (2). En dernier lieu on admit que dans tous les cas où l'immeuble était fief ou censive, un droit serait payé au seigneur, à l'occasion de la constitution ou du rachat d'une rente, sous prétexte qu'il y avait là une aliénation tout au moins partielle de l'immeuble. Lors de la rédaction des coutumes, les représentants du tiers-état réclamèrent contre le paiement de ces droits et aussi contre le caractère des rentes qu'avait consacré la première rédaction de la coutume de Paris en s'inspirant du droit ancien. A cette époque on tendait à transformer le caractère de la rente. Sous l'influence du droit romain, on était porté à dire qu'elle était due par la personne et non pas par l'immeuble et que celui-ci était seulement tenu d'une garantie accessoire. Cette théorie, contenue en germe dans les écrits des glossateurs, fut développée d'abord par Du-

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 20, t. 1, p. 349.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1514. t. II, p. 547. — Sur le *despié de fief*, voy. ce que nous avons dit au t. IV, p. 358.

moulin et plus tard par Loyseau. On arrivait ainsi à supprimer les droits seigneuriaux.

Toute rente était en principe irrachetable au moyen âge. Ce sont seulement des bulles pontificales du xv<sup>e</sup> siècle qui ont, pour la première fois, déclaré licite la faculté de rachat, sans en faire une condition essentielle du bail à rente. Cette intervention du droit canonique s'explique par la parenté du bail à rente avec le prêt d'argent.

Plusieurs fois aussi, des ordonnances royales, dans le but de venir au secours des débiteurs, permirent le rachat des rentes, mais seulement dans les cas où elles avaient été cédées; en d'autres termes, le rachat n'était pas possible contre le crédi-rentier primitif ou son héritier, mais on l'autorisait contre les cessionnaires à titre particulier. Ainsi une ordonnance d'avril 1393 permit aux habitants de la ville et banlieue d'Amiens, de racheter les rentes dont leurs immeubles étaient grevés, toutes les fois que ces rentes étaient vendues et moyennant le prix de vente. L'ordonnance en donne pour raison que certaines maisons sont grevées de rentes outre mesure, que leurs propriétaires les laissent tomber en ruine, puis ensuite seulement déguerpissent (1). Des lettres d'octobre 1409, permirent aux habitants de Béthune d'exercer le retrait des rentes entre les mains des cessionnaires et, pour l'avenir, leur défendirent de grever leurs maisons de nouvelles rentes (2). Des lettres analogues furent rendues en juillet 1410 pour les habitants de Gournay (3). Mais ce furent là, comme on le voit, des mesures particulières à certaines villes et non pas des dispositions générales.

A Paris, les constitutions de rentes sur les maisons furent l'objet de dispositions qui montrent combien ces charges étaient lourdes, parfois même tout à fait insupportables. De bonne heure la coutume avait imposé au débi-rentier l'obli-

(1) Ordonnance d'avril 1393, dans le *Recueil du Louvre*, t. VIII, p. 637 et dans Isambert, t. VI, p. 729.

(2) *Recueil du Louvre*, t. IX, p. 492.

(3) *Recueil du Louvre*, t. IX, p. 520.

gation de garnir la maison d'une manière suffisante pour garantir le paiement de la rente. A défaut de ce paiement, le rentier pouvait procéder par voie de saisie gagerie, sans même avoir titre exécutoire, mais il devait le faire dans l'an et jour de l'échéance, sous peine d'être privé de ce privilège. Cette prescription n'aurait toutefois pas couru contre lui si la maison avait été vide de meubles (1). Mais les habitants de Paris n'étaient pas menacés d'amende pour défaut de paiement des cens (2). Lorsque le gage ne procurait pas au crédi-rentier le paiement de ces rentes, il avait le droit de faire vendre la maison aux enchères publiques; il pouvait même arriver qu'il en fût adjudicataire et alors il y avait confusion pour le principal de la rente, mais non pour les arrérages antérieurement échus dont il restait créancier (3). En 1343, les créanciers de rentes ou de cens établis sur des maisons de Paris, se plaignirent au roi de ce que les débi-rentiers multipliaient les rentes sur leurs maisons au point de ne plus pouvoir les acquitter. Ils en étaient, eux aussi, réduits à laisser leurs maisons tomber en ruine et à les abandonner. Une ordonnance de cette année décida que, dans ces circonstances, après mise en demeure devant le prévôt de Paris, d'acquitter leurs rentes, les débi-rentiers seraient privés de leurs maisons au bout d'un an (4). Cette ordonnance n'apporta pas remède au mal et celui-ci ne fit même que s'accroître pendant les dernières années de la guerre de Cent Ans. On en a la preuve par des lettres de Henri, roi d'Angleterre, du 27 mai 1424, publiées à Paris, au Parlement, au Châtelet et à son de trompe par les carrefours (5). Ces

(1) Voy. sur ces divers points, *Sentence du parloir aux bourgeois*, du 15 novembre 1297, dans *Le Roux de Lincy*, p. 137. — *Coutumes notoires*, n<sup>os</sup> 31, 36, 38 et suiv., 81, 837. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, p. 31, 316. — *Livre des constitutions du Châtelet*, n<sup>os</sup> 62, 63, 66, éd. Mortet, p. 72 et 76.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 24, p. 271.

(3) *Coutumes notoires*, art. 169. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 25, p. 277.

(4) Ordonnance de 1343, dans le *Recueil du Louvre*, t. II, p. 196 et dans *Isambert*, t. IV, p. 480.

(5) *Recueil du Louvre*, t. XIII, p. 49 et *Isambert*, t. VIII, p. 690.

lettres constatent que la bonne ville de Paris est le capital et principal lieu et siège souverain du royaume et que de tout temps, les autres nations l'ont entourée d'une considération spéciale, tant pour la bonne justice qui s'y rendait, qu'à cause de la demeure des rois de France. Mais, dans les quinze dernières années, la ville a été ravagée par les guerres, les luttes intestines, les famines, la peste. Déjà nombre de maisons étaient grevées de rentes excessives et pour se procurer des ressources, il avait bien fallu en créer de nouvelles, alors cependant que les loyers des maisons avaient diminué de moitié. Aussi la plupart de ces maisons étaient-elles en ruine et inhabitées. Pour porter remède à cet état lamentable, l'ordonnance veut qu'à l'avenir on ne puisse plus à Paris charger de rentes perpétuelles les maisons et autres héritages qu'au tiers de leur valeur, suivant l'estimation qui en sera faite par le prévôt de Paris. Elle ajoute qu'en outre, les propriétaires pourront toujours racheter les rentes dont leurs héritages seront grevés, toutes les fois que ces rentes seront aliénées, en remboursant le prix de vente aux cessionnaires. Enfin, comme les rentes étaient souvent garanties par des hypothèques et que des procès s'élevaient entre les créanciers hypothécaires sur leurs rangs respectifs, l'ordonnance introduit à Paris le système de publicité des pays de nantissement et veut que les créanciers viennent d'après les dates de leur nantissement. Une ordonnance du même prince, du 31 juillet 1428, établit un remède plus énergique, en déclarant les rentes rachetables, dans tous les cas, même contre les crédi-rentiers au profit desquels elles avaient été constituées et indépendamment de toutes aliénations. Elle fixa le rachat au taux du denier douze. On pouvait ainsi racheter toute la rente à la fois, si elle ne dépassait pas vingt sous parisis; autrement le rachat ne portait que sur le quart sans pouvoir dépasser vingt sous (1). Enfin, une dernière ordon-

(1) Pour plus de détails et sur la procédure du rachat, voy. l'ordonnance du 31 juillet 1428, dans le *Recueil du Louvre*, t. XIII, p. 135 et dans Isambert, t. VIII, p. 742.

nance du même prince, interdit de se porter adjudicataire d'immeubles grevés de rentes, si l'on ne prouvait pas par gens dignes de foi ou en fournissant caution, qu'on était en état d'acquitter les rentes des censives des maisons vendues à la criée (1). Plus tard des ordonnances royales qui n'appartiennent pas à notre période, améliorèrent définitivement la condition des débi-rentiers à Paris en décidant que les rentes établies sur les maisons de la capitale seraient rachetables (2).

Les rentes seigneuriales étaient indivisibles, mais, bien entendu, le seigneur pouvait renoncer à cette indivisibilité et quant aux rentes qui avaient un autre caractère, on les déclarait, au contraire, divisibles (3). Lorsqu'un héritage était vendu par un preneur à cens, l'acquéreur n'avait la saisine et possession qu'autant qu'on avait rempli les formalités de west et de dewest, notamment dans la coutume de Paris (4). Mais les simples achats de rentes n'étaient pas soumis aux formalités de west et de dewest, ni en Normandie et en Bretagne, aux modes de publicité qui y étaient organisés et de deux acheteurs de la même rente on préférait celui qui était en possession (5).

Le crédi-rentier était en possession de la rente par cela même qu'il avait touché les arrérages pendant un an. S'il tenait la rente d'une personne qui n'avait pas qualité pour la

(1) *Recueil du Louvre*, t. XIII, p. 174; Isambert, t. VIII, p. 777.

(2) Voy. Ordonnance de novembre 1441, Isambert, t. I, p. 86.

(3) *Coutumes nctaires*, n° 165. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 37, p. 364. — Desmares, *Décisions*, n° 276. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 1100 et suiv., t. II, p. 415. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 789.

(4) Voy. *Sentence du parloir aux bourgeois*, dans le Roux de Lincy, *Histoire de l'Hôtel de Ville*, p. 145, 146, 163, 164. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 23, p. 265. — Desmares, *Décisions*, n° 189. Au XVI<sup>e</sup> siècle, les formalités de west et de dewest étaient devenues facultatives. Voy. l'art. 82 de la coutume de Paris de 1580.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 1106 et 1110, t. II, p. 417 et 418. Il n'y avait pas non plus lieu à retrait lignager en cas de bail à rente, à moins que le preneur ne retournât argent. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 651, t. II, p. 238.

lui conférer, il acquérait cependant le droit à la rente par la prescription de dix ans, pourvu qu'il eût juste titre et bonne foi (1). En sens inverse, le crédi-rentier qui restait un an sans percevoir la rente perdait la possession et le débi-rentier qui avait possédé l'héritage pendant dix ans sans payer la rente, l'éteignait par prescription, à moins qu'il n'y eût bail à rente et qu'on eût fait mention de ce bail dans son contrat (2). Dans ce dernier cas la rente ne s'éteignait que par trente ans (3). La vente par décret ne purgeait pas le chef cens, par cela même qu'il était reconnaissant de la seigneurie, ni les rentes viagères, mais il éteignait les autres rentes perpétuelles ainsi que les arrérages des rentes viagères, à moins que le créancier n'eût fait opposition avant l'adjudication (4).

Tout débiteur d'une rente devait aller la payer à la maison du créancier, pourvu qu'il demeurât dans la même châtellenie (5).

Primitivement les seigneurs mettaient les héritages en leur nom pour le seul défaut de paiement des rentes ; mais au temps de Beaumanoir, l'usage contraire était général dans la plus grande partie du comté de Clermont. Ce jurisconsulte avait même fait tenir une assise où il avait été décidé qu'à l'avenir le défaut de paiement des rentes ne donnerait plus lieu qu'à une amende et qu'en cas de rente en blé ou en avoine, l'amende ne serait même pas encourue, mais qu'on pourrait enlever les portes et les fenêtres de la maison débitrice de la rente et saisir les meubles du débiteur. On appliquait ce système même

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1500, t. II, p. 541.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 867, t. II, p. 311. Voy. aussi sur la possession des rentes, *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 811, 898, 1018, 1022, 1026. L'auteur s'est inspiré du droit romain au point qu'il semble exclure en cette matière la règle *le mori saisit le vif*. Mais d'ailleurs les notions qu'il donne sur la possession des rentes sont fort obscures.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 880 et 882, t. II, p. 315.

(4) *Coutumes notoires*, n°s 122 et 140, Desmares, *Décisions*, n°s 223 et 272. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 15, n° 223. Les rentes pouvaient elles-mêmes se vendre par décret et on observait les mêmes formalités que pour les ventes forcées des immeubles corporels. Voy. Desmares, *Décisions*, n° 221.

(5) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 371.

au cas de défaut de paiement des surcens dus par les maisons, ce qui était très fréquent dans les bonnes villes. Mais, s'il s'agissait d'un surcen dû par une terre, on en saisissait la jouissance (1).

Pendant fort longtemps, le crédi-rentier, seigneur censier ou bailleur à rente, n'eut qu'une action personnelle pour se faire payer sa rente. On lui accordait cette action personnelle, non seulement contre le détenteur primitif de l'immeuble, mais même contre les sous-acquéreurs, pour les arrérages échus durant leur possession. C'est qu'en effet, par l'aliénation de l'immeuble, le débi-rentier originaire était déchargé, pour l'avenir, du paiement des arrérages à échoir; mais il continuait, bien entendu, à être tenu de ceux qui étaient arrivés à échéance pendant sa possession et qu'il n'avait pas acquittés. Quant aux sous-acquéreurs, le crédi-rentier ne devrait pas, d'après nos principes actuels, avoir action personnelle contre eux, car il n'a pas traité avec les successeurs à titre particulier du débi-rentier et, aujourd'hui, les successeurs à titre particulier ne sont pas tenus des dettes de leur auteur. Mais nos anciens jurisconsultes avaient autrement raisonné. Ils étaient partis de cette idée que tout acquéreur de l'immeuble connaissait l'existence de la rente et cela était surtout vrai à l'époque où les mutations d'héritages étaient entourées de mesures de publicité. Cette connaissance de l'existence de la rente était considérée comme impliquant nécessairement de la part de tout sous-acquéreur consentement à devenir le débiteur du crédi-rentier. L'action personnelle était donc légitime contre lui, mais, bien entendu, seulement pour les arrérages correspondant à sa possession. Quant aux arrérages antérieurement échus et non payés, ils ne pouvaient être réclamés aux sous-acquéreurs qu'autant qu'ils étaient garantis par l'action hypothécaire.

(1) Beaumanoir, chap. 24, n<sup>os</sup> 19 et 20, t. 1, p. 348. Voy. aussi *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 391. Il y est dit qu'à défaut de paiement de la rente le seigneur peut saisir les choses qui lui sont obligées; si le débi-rentier continue à ne pas payer pendant plusieurs années, il peut être privé du domaine.

Le crédi-rentier, pouvait, en effet, avoir à sa disposition une seconde action, une action réelle, l'action hypothécaire si un immeuble avait été affecté au paiement de sa rente (1).

Lorsqu'il y avait plusieurs crédi-rentiers sur le même immeuble, s'ils étaient tous hypothécaires, ils venaient naturellement dans l'ordre de leurs hypothèques et ils n'avaient à prouver aucune possession (2). Si les crédi-rentiers n'étaient pas des créanciers hypothécaires, on préférait ceux qui étaient en possession de leurs rentes à ceux qui ne l'étaient pas. Mais lorsque tous étaient de même condition, ils venaient ensemble au marc le franc, sans qu'on tint compte des dates d'établissement des rentes (3).

La rente constituant avant tout une charge d'un immeuble, il était permis, au possesseur de cet immeuble, de s'affranchir de cette charge en abandonnant en justice la propriété au crédi-rentier; c'était le déguerpissement. Il différait du délaissement hypothécaire actuel en ce qu'il ne portait pas seulement sur la possession, mais sur la propriété et en ce qu'il était permis au preneur primitif, bien qu'il fût débiteur personnel. Toutefois tout preneur originaire ou sous-acquéreur n'était autorisé à déguerpir qu'à la condition de payer tous les arrérages échus pendant sa possession et dont il était débiteur personnel, plus le terme suivant. En outre, il devait compte des détériorations et était tenu de remettre l'immeuble en bon état. En d'autres termes, il répondait de sa faute, mais non du cas fortuit. Le déguerpissement se faisait en justice en présence des crédi-rentiers ou eux dûment appelés et

(1) *Coutumes notoires*, nos 35 et 43. — Desmares, *Décisions*, n° 279. Plus tard suite, sous la période suivante, on admit une troisième action, l'action mixte contre le sous-acquéreur, pour l'obliger à renouveler le titre et à se charger du paiement des arrérages. Mais, aussi l'action personnelle ne fut plus accordée que contre celui qui avait promis de payer la rente.

(2) *Coutumes notoires*. — n° 29, Desmares, *Décisions*, n° 172.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1103, 1104, 1109, 1112, t. II, p. 416 et suiv. — Pour le cas de plusieurs acquéreurs d'une même rente, voy. *ibid.*, n° 1110, p. 419. Beaumanoir voulait qu'en cas de pluralité de surcens et d'impossibilité de les acquitter tous, on les payât en suivant l'ordre des dates de leur création, chap. 24, n° 20, t. I, p. 350.

après leur avoir payé les arrérages échus ainsi que le plus prochain terme à échoir (1).

Le preneur pouvait renoncer au droit de déguerpir : il fallait alors une clause expresse du contrat ; on l'appela de bonne heure clause *de fournir et faire valoir*. Mais, d'ailleurs, la coutume n'imposait aucune formule sacramentelle (2).

### § 9. — LES MODES D'ACQUÉRIR.

De tout temps on a admis l'occupation comme mode d'acquérir la propriété. C'est bien certainement le plus ancien procédé d'appropriation employé par l'homme et aujourd'hui encore des jurisconsultes, des économistes, des publicistes, pensent qu'il est la justification du droit de propriété (3). Mais si, à toutes les époques, la coutume ou la loi consacre l'occupation comme mode d'acquérir la propriété, cependant suivant les temps, elle en fait des applications très diverses. En général, l'occupation suppose une chose qui n'appartient à personne, soit qu'elle n'ait jamais été appropriée, soit que son ancien propriétaire l'ait abandonnée avec l'intention de renoncer à son droit. On acquiert ainsi par occupation le gibier à la chasse, le poisson à la pêche, les trésors enfouis ou cachés qu'on découvre, les épaves de toute nature et même le butin fait à la guerre (4). Toutefois, au moyen âge, ces solutions généralement consacrées par le droit romain, étaient loin d'être acceptées par les usages et par les mœurs.

(1) Beaumanoir, chap. 24, n° 10, t. 1, p. 343. — *Coutumes notoires*, nos 70, 96, 97, et 171. — Desmares, *Décisions*, n° 183. — *Grand Coutumier de France* liv. II, chap. 51, p. 317.

(2) *Coutumes notoires*, n° 95.

(3) C'est là, à notre avis, une doctrine souvent inexacte ; il est bien plus naturel et beaucoup plus juste d'expliquer le droit de propriété par le travail, comme nous l'avons établi ailleurs. Voy. *Éléments du droit français*, 2<sup>e</sup> éd., t. 1, p. 296 et suiv.

(4) Voy. § 12 et suiv. I, *De divisione rerum*, 2, 1. D'après une décision de l'empereur Adrien, le trésor appartient pour moitié à l'inventeur, et pour moitié au propriétaire sur le fonds duquel il a été trouvé. § 39, *ibid*. On ne sait pas bien exactement quelle était la législation antérieure. Voy. à cet égard Accarias, *Précis de droit romain*, t. 1, § 249, p. 594 de la 3<sup>e</sup> édition.

Le droit romain décidait que le droit de chasser appartenait à toute personne, mais on ne pouvait pas entrer sur le fonds d'autrui pour y poursuivre le gibier sans le consentement du propriétaire, ni même pour y prendre celui qu'on avait déjà tué (1). Les Francs et autres barbares, maîtres de la Gaule, conservèrent le principe du droit romain et reconnurent le droit de chasse à tous avec le consentement du propriétaire. Mais en fait les rois, les grands seigneurs, romains ou barbares, réservèrent à leur usage exclusif d'immenses territoires de chasse où il était interdit à toute personne de pénétrer sans leur permission, comme l'indiquent les noms mêmes de *garenne* et de *forêt*, employés pour désigner ces vastes espaces (2) qui comprenaient, non seulement les territoires propres aux seigneurs, mais encore ceux de leur tenanciers. Le droit réservé sur les premiers s'appelait *jus chaciandi* et celui qui s'exerçait sur les seconds *jus garennae* (3).

Pendant la première partie du moyen âge, cette situation ne fut pas changée. Sans doute, dans certaines contrées on voit, de très bonne heure, apparaître avec plus ou moins de rigueur, l'interdiction de chasser sur un territoire quelconque (4). Mais ce sont là de rares exceptions. En général, le droit de chasse appartient à tous, sauf sur les territoires réservés des garennes seigneuriales. Parfois le seigneur accorde sur tout ou partie de son territoire propre, le droit de chasse aux habi-

(1) § 12 et 14, 1, *De divisione rerum*, 2, 1. Celui qui aurait contrevenu à cette prohibition aurait été soumis à l'action d'injure et même, s'il avait commis un dommage, à l'action de la loi Aquilia. L. 13, § 7, L. 23, *De injuriis*, 47, 10. On discutait sur le point de savoir si celui qui avait blessé un animal en était dès ce moment propriétaire. Voy. L. 3, § 1, *De acquirendo rerum dominio*, 41, 1 et § 13, 1, *De divisione rerum*, 2, 1. Voy. sur le droit de chasse chez les Romains, un article dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XI, p. 311 et suiv.

(2) *Garena*, *varena*, vient du germain *waren* et signifie garder, réserver, défendre. De même le mot forêt, *foresta*, signifie un ban, une proscription et un terrain sur lequel on a prononcé ce ban, cette proscription, dans l'intérêt de la chasse. On n'est, d'ailleurs, pas d'accord sur le point de savoir si le mot forêt est d'origine allemande ou romaine. Voy. Littré, v°, *Forêt*.

(3) *Olim*, t. 1, p. 968, n° 12 et suiv. p. 83, n° 16. Cpr. Bonvalot, *Chasse et pêche dans le Rosemont*.

(4) Voy. par exemple coutume de Bigorre, art. 26, dans Giraud, t. I, p. 23.

tants de telle ou telle localité. Ainsi le sire de Coucy concéda aux habitants de Vervins, par la charte de 1163, le droit de chasse sur leur territoire et sur la forêt, ne se réservant qu'un quartier de la venaison tuée sur ses terres. La loi de Beaumont accorde aussi le droit de chasse aux habitants; mais lorsqu'une pareille concession n'a pas été faite, il est interdit de chasser sur le territoire réservé au seigneur, c'est-à-dire dans la garenne, sous peine d'encourir une amende de soixante sous (1).

Toutefois, on voit apparaître d'assez bonne heure, la tendance à réserver le droit de chasse aux nobles. Déjà une ordonnance du roi Charles le Bel, du 26 juin 1326, interdit aux non nobles de tendre des engins hors des garennes, à moins qu'ils ne puissent invoquer titre contraire, mais ce droit est en même temps reconnu aux gentilshommes pour chasser hors des garennes les lapins et les lièvres (2). Un peu plus tard, à la fin du xiv<sup>e</sup> siècle, le droit de chasse devint un privilège à peu près réservé aux nobles : une ordonnance de Charles VI, de janvier 1396, interdit la chasse à tous ceux qui n'étaient pas nobles ou bourgeois vivant de leurs possessions et rentes (3).

L'ordonnance cabochienne supprima ce privilège par une raison facile à deviner; mais on sait qu'elle fût elle-même révoquée et solennellement lacérée le 5 septembre 1413 et dès le commencement de la période suivante, les rois édictèrent des dispositions de plus en plus restrictives en matière de chasse et au profit des nobles. Ils ne firent d'ailleurs que suivre la tendance générale. On peut, pour s'en convaincre, se reporter aux dispositions de certains coutumiers, un peu anté-

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 158, éd. Viollet, p. 293. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 164, t. I, p. 166; C, n° 148, t. I, p. 347; F, n° 1403, t. II, p. 509. Pour le cas où celui qui est accusé d'un délit forestier jouit d'un droit d'usage dans la forêt, voy. Marnier, *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Echiquier de Normandie*, p. 43.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. I, chap. 4. — Cpr. Faider, *Histoire du droit de chasse* p. 412.

(3) Isambert, t. VI, p. 774.

rieurs à ces ordonnances. D'après les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, le droit de chasse est réservé à celui qui tient noblement et encore faut-il être au moins châtelain pour pouvoir chasser le gros gibier (1). Il semble bien aussi que les abus de la chasse aient fait introduire des dispositions nouvelles ou aggravé les anciennes. Ainsi d'après le *Livre des droitz et des commandemens*, celui qui chasse dans la garenne de son seigneur n'encourt plus une amende de soixante sous, mais la confiscation de tous ses meubles (2). Celui qui vole le lapin ou le gibier d'autrui, celui qui tend des pièges sans en avoir le droit, sont punis avec la dernière rigueur : on les menace de la pendaison (3). On rappelle l'interdiction de poursuivre le gibier sur le terrain d'autrui et on ajoute que la chasse est défendue pendant la nuit (4). Certaines dispositions sont mêmes édictées contre les seigneurs : il est interdit de peupler une garenne nouvelle sans la permission du suzerain. On indique parfois la distance de la garenne à partir de laquelle chacun peut, suivant le droit commun, poursuivre le gibier (5). Ces rigueurs augmenteront encore sous la période suivante et l'interdiction faite aux non nobles de se livrer au plaisir de la chasse s'aggravera également (6).

La législation de la pêche est à peu près semblable à celle

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1478, t. II, p. 532 : « Ung baron ou chastellain qui a forest peut chasser, tendre et thesurer à grosses bestes es boys qui soit à ses subgietz ou voisins situez à demye lieue de sa forest ou plus prestz, et peut empescher anx autres si ilz n'ont possession ou privilège d'y chasser. » Voy. aussi, I, n° 114, 218 et 219, t. III, p. 274 et 353.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 437, t. II, p. 50.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 113, t. III, p. 273.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 409, t. II, p. 160; I, n°s 218 et 219, t. III, p. 353; K, n° 169, t. IV, p. 91. Cpr. p. 341 et 365.

(5) Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 967, t. II, p. 268. On ne peut pas non plus augmenter sa garenne sans le consentement du souverain. *Ibid*, p. 91.

(6) Dans ses notes sur Bouteiller, Charondas nous apprend qu'il est « prohibé tant par les ordonnances royaux de l'an mil cinq cent seize et autres, que par quelques coutumes aux plebeias qu'on appelle roturiers, de chasser, à fin que par tel exercice qui ne leur est convenable, ils n'en soient destournez de leurs labours, mestiers et ouvrages ». Charondas sur Bouteiller, *Somme rural*, p. 442 de l'édition de 1621.

de la chasse. A l'origine, le droit de pêche appartenait à chacun dans les eaux courantes, et ce droit est encore consacré par des textes relativement récents (1). Mais, de bonne heure, les seigneurs se réservèrent des étangs naturels ou artificiels dans lesquels ils avaient seuls le droit de prendre du poisson. Celui qui aurait pêché dans l'étang de son seigneur aurait encouru la même peine que s'il avait chassé dans sa garenne, en général une amende de soixante sous (2). Les seigneurs se permirent des empiètements plus graves encore qu'à l'occasion de la chasse. Pour entretenir leurs étangs, ils détournèrent le cours des rivières et gardaient les eaux, au risque d'imposer un chômage forcé aux moulins. Le *Grand Coutumier de Normandie* contient toute une série de prescriptions destinées à empêcher ces abus et dont l'exécution est assurée par le sénéchal au nom du duc : celui qui possède un fief traversé par une rivière, peut employer l'eau selon son gré sur son domaine, mais à la condition de la rendre à la sortie à son cours naturel et de ne nuire à personne. Il est interdit de retenir au profit d'un étang, l'eau de la rivière, si ce n'est du soleil levant au soleil couchant, et dans les nouveaux étangs il est même défendu de la retenir pendant le jour; autrement les teinturiers, les tanneurs et les meuniers, éprouveraient un préjudice trop considérable (3). Malheureusement ces prescriptions restèrent propres à certaines provinces et tombèrent même en désuétude. Les seigneurs hauts justiciers finirent par prétendre qu'ils exerçaient un véritable droit de banalité sur les rivières traversant leur territoire (4). De même il fut admis qu'un gentilhomme ne pouvait interdire la pêche en eau courante sans le consentement du baron

(1) Voy., par exemple, coutume de Hainaut, chap. 133, art. 5 et 6; coutume de Gêrse, art. 66 et 69; coutume de Lorraine, art. 33 et suiv.

(2) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 158. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 164, t. I, p. 166; C, n° 148, t. I, p. 347; F, n° 1403, t. II, p. 509.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 10, éd. de Gruchy, p. 34 et 35.

(4) Cpr. Coutume de Troyes, art. 179; Châlons, art. 110; Vitry, art. 121; Nivernais, tit. 16, art. 2 et 3; Bourgogne, tit. 13, art. 2.

et celui des vavasseurs (1). Sous la période suivante, cet état de choses subit de graves changements. Le pouvoir royal essaya de mettre la main sur toutes les rivières, navigables ou non.

D'après la rigueur du droit et selon l'équité, le trésor aurait dû appartenir tout entier à l'inventeur : la solution du droit romain, qui en attribuait la moitié au propriétaire du terrain sur lequel il avait été trouvé, était déjà difficile à justifier. Celles des coutumiers du moyen âge sont encore ordinairement plus arbitraires et ne s'expliquent que par la cupidité des seigneurs. D'après une certaine coutume, le trésor, s'il est d'or, appartient exclusivement au roi ; s'il est d'argent, au baron ou au seigneur haut justicier ; s'il est d'un autre métal, à l'inventeur. Dans la cas où celui-ci garderait à son profit un trésor d'or ou d'argent, il encourrait la confiscation de ses meubles (2). En Normandie, tout trésor appartenait au duc, en quelque terre qu'il fût trouvé et si l'inventeur voulait cacher sa trouvaille, le duc avait le droit d'engager contre lui une procédure *per inquisitionem* (3). Bouteiller nous apprend que de son temps on attribuait une moitié du trésor au seigneur et l'autre à l'inventeur, mais que, suivant certains jurisconsultes, si le trésor était d'or, il devait aller au roi, s'il était d'argent, à l'inventeur seul (4).

Quant aux choses abandonnées ou égarées par leur propriétaire, elles auraient dû devenir la propriété du premier occupant. Mais les coutumes donnaient des solutions différentes et les attribuaient les unes aux seigneurs justiciers, les autres au souverain, c'est-à-dire au roi ou au grand vassal, tel que le duc de Normandie. Les *Assises de la cour des bourgeois* obligent celui qui a trouvé un animal égaré à le con-

(1) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 131, éd. Violette, p. 248. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 138, t. I, p. 151 ; C, n° 126, t. I, p. 334. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 469, t. II, p. 64.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1439, t. II, p. 518. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 454.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 18, éd. de Gruchy, p. 50.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 36, éd. de 1621, p. 437. Cpr. les observations de Charondas, p. 449.

duire au marché, à l'effet de rendre sa possession publique et de prévenir ensuite le véritable propriétaire; mais si celui-ci ne se fait pas connaître, l'animal appartient bien alors à celui qui s'en est emparé (1). C'est là une solution unique et tous les autres coutumiers adoptent un système bien différent : l'inventeur doit apporter ou conduire l'épave à son seigneur justicier ou au suzerain. Pendant un an et un jour, le véritable propriétaire peut la réclamer, à charge parfois de fournir une garantie pour le cas où une autre personne se présenterait et se dirait propriétaire. Mais, une fois l'an et jour écoulé, le bien appartient définitivement au seigneur qui en a reçu le dépôt (2).

Les épaves maritimes sont connues au moyen âge, sous les noms de *warech*, *woareth*, *warese*, et on donnait ce caractère à toutes les choses rejetées par la mer, le plus souvent à la suite d'un sinistre, même si le véritable propriétaire était prêt à les réclamer. Le *warech* appartenait, suivant les coutumes, au roi ou au seigneur suzerain, tel que le duc de Normandie ou encore au seigneur justicier, même si les naufragés venaient réclamer leur marchandise.

En France, le roi a exercé ce droit jusqu'au xv<sup>e</sup> siècle. Mais, en Angleterre, il a disparu beaucoup plus tôt. Dans les deux pays, les seigneurs prétendirent assez souvent exercer le droit de *warech*, ou, comme on disait encore, le droit de *lagan*, et ils le disputèrent plus d'une fois au roi (3). Mais, en réalité, le droit de *lagan*, comme l'a établi Pardessus, appartenait

(1) *Assises de la Cour des bourgeois*, chap. 259.

(2) Beaumanoir, chap. 69, n<sup>o</sup> 24 et 25, t. II, p. 495. — Delisle, *Recueil de jugements de l'Échiquier de Normandie*, n<sup>o</sup> 541. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 19, éd. de Gruchy, p. 51. — *Le Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 958, attribue les choses abandonnées au premier occupant; mais ce texte n'est qu'une copie maladroite du droit romain et un autre passage du même coutumier (n<sup>o</sup> 454), les donne, suivant le droit général de l'époque, au seigneur haut justicier.

(3) Voy. par exemple Bigelow, *Placita anglo-normannica*, p. 143. — Léopold Delisle, *Recueil de jugements de l'Échiquier de Normandie*, n<sup>o</sup> 450. — Boutaric, *Actes du parlement de Paris*, n<sup>o</sup> 269, t. 1, p. 343. — Cpr. Marnier, *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 164.

en général au roi dans les deux pays (1). Henri I<sup>er</sup> en adoucit les rigueurs en décidant que le bâtiment naufragé ne serait plus considéré comme une épave tant qu'il serait resté à bord une personne vivante. Plus tard, Henri II voulut que la cargaison fût rendue au propriétaire, pourvu qu'il fit valoir son droit dans les trois mois et, ensuite, le premier statut de Westminster a donné ce droit au propriétaire pendant un an et un jour (2). C'est aussi le système consacré par le *Grand Coutumier de Normandie* (chap. 17) : il accorde au propriétaire du *warech* le droit de le réclamer pendant un an et un jour; mais, au bout de ce temps, le *warech* qui n'a pas été revendiqué devient la propriété du seigneur du fief sur lequel il a été déposé, sauf exception pour les objets les plus précieux, tels que l'or et l'argent, la vaisselle de valeur, les *destriers*, c'est-à-dire les chevaux de main, les chiens de chasse, les oiseaux, l'ivoire, le corail, les pierres précieuses, l'écarlate ou cochenille, les fourrures, etc. Le duc de Normandie avait également droit à tout poisson jeté par la mer à la côte. En Angleterre, on attribuait au roi les baleines et les esturgeons pris au bord de la mer (3). De même des arrêts du parlement de Paris de 1254 à 1328, adjugent au roi des baleines échouées sur les côtes (4).

Quant au butin fait à la guerre, il semble bien qu'il ait été d'usage de le partager entre les vainqueurs d'après leur qualité et leur rang (5).

Le principe du transport de la propriété par le seul échange

(1) Voy. la dissertation de Pardessus, dans sa *Collection des lois maritimes*, t. I, p. 315. En sens contraire, Jobbé-Duval, *Etude historique sur la revendication des meubles en droit français*, p. 99.

(2) Voy. à cet égard, mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 68. Après la mort de Henri II on avait voulu prétendre que ce prince n'avait pas pu supprimer le droit de lagan, parce qu'il avait pris cette mesure sans le consentement des barons. — Cpr. Bigelow, *op. cit.*, p. 143. Ce qui est certain, c'est qu'il fallut s'y prendre à plusieurs reprises pour consacrer cette abrogation d'une manière définitive.

(3) Cpr. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 69. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 17, éd. de Gruchy, p. 50.

(4) Boutaric, *Actes du parlement de Paris*, t. I, p. 155 et 160.

(5) Voy. Garins Li Loherain, I, 184 et 185.

des consentements est tout moderne. Les anciennes législations et le droit romain lui-même exigeaient tout au moins une tradition, réelle ou feinte. Fort souvent même cette tradition devait être accompagnée de certaines solennités établies dans des buts assez divers, mais très généralement pour donner à l'aliénation une certaine publicité. Il est permis d'affirmer que, dans notre ancien droit et dès les premiers temps, la simple tradition a toujours suffi pour le transport de la propriété des meubles corporels (1), tout au moins de ceux qui ont une valeur ordinaire et servent aux usages de la vie journalière. Mais, dès la période franque, l'aliénation des immeubles était entourée de certaines solennités et la tradition s'y faisait de diverses manières, toutes symboliques, par exemple, en présence de témoins ou dans l'assemblée publique, par la remise de l'écrit constatant l'aliénation (2).

Parmi ces divers procédés déjà exposés, il en est deux qu'il faut rappeler parce qu'ils ont joué un rôle important dans la suite. D'une part, la tradition d'un immeuble avait lieu assez souvent à l'époque franque, *in mallo publico*. C'était dans l'intention certaine de lui donner une grande publicité et de marquer avec précision le jour où commençait le droit du nouveau propriétaire. D'autre part, les formules de l'époque franque nous parlent d'une tradition accompagnée de forma-

(1) Quant aux créances, voy. sur les titres au porteur au moyen âge un intéressant travail de Brunner, qui a été traduit en français, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 11 et 139. Voy. aussi plus loin le chapitre consacré aux obligations.

(2) Il ne faut d'ailleurs pas confondre, comme on le fait trop souvent, le système du transport de la propriété avec celui de la formation des contrats. Sans doute la vente est un contrat qui a le plus souvent pour objet un transport de propriété, mais il n'en est pas moins vrai que, même dans ce cas, les deux opérations peuvent et doivent être distinguées. En outre, il est un grand nombre de contrats qui ont des objets très divers et en sens inverse, la translation de propriété peut résulter d'actes autres que les contrats, par exemple de l'exécution d'un testament par l'héritier que le défunt a chargé de transférer la propriété au légataire, ou encore en cas de paiement, même d'une dette qui n'existe pas, ou même d'une donation, car celle-ci n'est pas à proprement parler, un véritable contrat. Aussi le droit romain ne lui a-t-il jamais donné ce caractère et le Code civil actuel continue-t-il à le lui refuser dans une certaine mesure.

lités impliquant de la part de l'ancien propriétaire l'intention d'abandonner son droit et, de la part de celui qui le remplace, celle de faire acte de propriété : c'est la tradition symbolique accompagnée de *vest* et de *devest*, c'est-à-dire de l'ensaisinement du nouveau propriétaire et de la dessaisine de l'ancien. Celui-ci commence par faire tradition symbolique, en présence de témoins, par exemple par la remise d'une motte de terre, d'une hache, d'une branche d'arbre, d'un sarment de vigne, de l'anneau d'une porte ou d'un fêtu de paille, en un mot d'un objet de peu de valeur représentant la chose vendue ou donnée (1). La tradition vaut par elle-même *vest*, investiture, mise en saisine, c'est-à-dire en possession et en propriété, du nouvel acquéreur; c'est ensuite seulement que l'ancien se dévêtit et renonce à son droit. Une telle manière de procéder paraît irrationnelle, mais elle n'en n'est pas moins très nettement indiquée par les textes (2). Ces formalités, déjà observées sous la période mérovingienne, furent encore pratiquées sous les Carolingiens, comme l'attestent les textes des Capitulaires: On les retrouve, enfin, dès le commencement de notre période, mais il s'est alors produit d'importants changements tenant à ce que le transport de la tenure ne saurait avoir lieu sans le consentement et la participation du seigneur dont elle relève. La tradition continue à se faire au moyen de symboles, comme le prouvent de nombreux textes, ordinairement en présence de témoins et elle est même constatée par écrit (3); elle se fait aussi *per chartam* (4). Mais, le trans-

(1) Voy. par exemple Rozière, *Formules* 255, 256, 273, 286, 287, 288, 289.

(2) De même dans le cas de la *chrenecruda*, le propriétaire commençait par investir ses parents de sa maison avant de la quitter. On pensait peut-être que pour pouvoir investir un autre d'un droit il fallait le posséder encore soi-même et qu'il en aurait été autrement si on avait commencé par y renoncer.

(3) *Cartulaire de Saint-Vincent de Mâcon*, chap. 26, 74, 117, 154, 185. — *Cartulaire de Cluny*, n° 219. — Pérard, *op. cit.*, p. 32. — Jean d'Ibelin, chap. 185. — Philippe de Navarre, chap. 27. — *Olim*, t. I, p. 759.

(4) Dans la pratique judiciaire du Languedoc, cette tradition *per chartam* s'appelait *bail de la cède*, c'est-à-dire remise de l'acte de cession. Voy. Tardif, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 57. Pour l'ensemble de cette question, Cpr. Brunner, *Zur Rechtsgeschichte der Römischen und Germanischen Urkunde*.

port de la tenure ne pouvant avoir lieu sans le consentement du seigneur, le dessaisissement précède l'investiture au lieu de la suivre comme sous la période précédente. Cet ordre est d'ailleurs plus logique et plus naturel. Le vassal ou le tenancier commençait par remettre le fief ou la tenure entre les mains de son seigneur; celui-ci en investissait ensuite l'acquéreur, en personne ou par un de ses officiers de justice, par exemple par son sergent. Le vassal devait donc d'abord perdre son fief, le censitaire sa censive, et le bien retournait pour un instant entre les mains du seigneur; c'était la formalité du *dévest*; par le *vest*, le seigneur transmettait ensuite la tenure à l'acquéreur, mais celui-ci n'aurait pas pu en prendre valablement possession de sa propre autorité (1). Nous voyons même des textes assez récents reconnaître au seigneur le droit de garder le bien pendant un certain délai, ordinairement sept jours pendant lequel il délibérait sur le point de savoir s'il devait investir l'acheteur ou garder le bien entre ses mains (2).

On exigeait aussi, tout au moins pour l'aliénation de certains biens, en général des biens de famille, le consentement des parents et ils devaient être prévenus de diverses manières. Nous verrons comment cette condition s'est altérée et s'est transformée en donnant naissance au retrait lignager. Quant au consentement du seigneur il s'est aussi transformé en retrait féodal et en certains droits de mutation pour les fiefs, en retrait seigneurial et aussi en droits de mutation pour les censives (3).

Les formalités symboliques d'investiture, après avoir été générales et obligatoires, devinrent facultatives dans certains pays et disparurent même dans d'autres. La formalité de la mise en saisine au moyen de l'ancienne investiture, se

(1) Jean d'ibelin, chap. 144, 185, 186. — Coutume de Hainaut, chap. 72 et suiv. — Coutume de Valenciennes, art. 54 et suiv. — Coutume de Lille, tit. I, art. 62 et suiv. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 99.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 852, t. II, p. 859.

(3) Voy. ce que nous avons dit sur ces divers points au t. IV, p. 326 et 400.

conserva plus longtemps pour les fiefs que les formalités analogues établies pour les censives. Toutefois on finit par admettre en général que les lettres de fief les remplaceraient (1).

Pour les censives, dès le xiv<sup>e</sup> siècle, la mise en saisine était devenue purement facultative et cette règle fut ensuite généralisée par la coutume de 1510 et par celle de 1580 (2). La première voulait que la taxe de douze deniers parisis due pour la mise en saisine fût toujours payée, qu'on eût ou non recouru à cette formalité, tandis que la coutume réformée de 1580 n'en exigea plus l'acquittement qu'autant qu'il y avait eu effectivement mise en saisine par le seigneur. Cette formalité était, en effet, utile sous plus d'un rapport et on comprend qu'elle ait été encore observée après qu'elle eût cessé d'être obligatoire. Elle faisait connaître d'une manière précise le jour où le nouvel acquéreur était entré en possession et rendait tout procès à peu près impossible à ce sujet. Or, cette prise de possession servait de point de départ aux délais des divers retraits. De même, celui qui avait obtenu la saisine pouvait intenter immédiatement les actions possessoires, même la complainte, sans être obligé d'attendre l'expiration d'un an et un jour.

La saisine allodiale s'était faite de tout temps directement de l'ancien au nouveau propriétaire, sans l'intervention d'aucun seigneur, par exemple, par la remise de la charte d'aliénation; mais, si cette aliénation était consentie par un non propriétaire, l'acquéreur ne devenait propriétaire que par l'effet de la prescription (3).

Pour les autres biens on appliqua le même système à partir du jour où la mise en saisine cessa d'être obligatoire.

(1) Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, t. I, p. 116. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 23.

(2) Coutume de 1510, art. 56; coutume réformée de 1580, art. 82. — Cpr. *Coutumes notoires*, n° 124. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 23. — Desmares, *Décisions*, 189. — On possède un certain nombre de décisions du *Parloir aux bourgeois*, relatives à l'ensaisinement des maisons situées dans la censive et seigneurie de ce Parloir. Cpr. Le Roux de Lincy, *Histoire de l'Hôtel de ville*, p. 145 et 163.

(3) *Livre des constitutions du Châtelet*, § 53.

Désormais la simple tradition, réelle ou fictive, suffit pour transférer la propriété; mais elle resta aussi toujours nécessaire. Ainsi, de deux acheteurs d'un même immeuble, celui-là devenait propriétaire auquel le bien avait été livré, même si son acte d'acquisition était le second en date, sauf recours en indemnité du premier acheteur contre le vendeur; celui-ci étant resté propriétaire malgré la première vente, avait pu transmettre la propriété au second acquéreur par la tradition (1). D'après l'ancienne coutume de Toulouse, lorsqu'un homme de corps a fait une donation sans l'assentiment de son seigneur et qu'il meurt avant d'avoir livré la chose donnée, le donataire ne devient pas propriétaire et le bien doit être attribué au seigneur. N'y a-t-il pas là à la fois un vestige de l'ancienne règle et une application de la nouvelle (2) ?

Par exception, les formalités de mise en saisine, de vest et de devest ou autres analogues, restèrent généralement obligatoires dans certaines provinces situées au nord de la France et qui prirent plus tard le nom de *pays de nantissement*, parce que la formalité de ce nantissement, c'est-à-dire de l'ensaisinement était nécessaire, non seulement pour acquérir la propriété, mais même pour obtenir une hypothèque.

D'après les anciens usages d'Artois, semblables sous ce rapport à ceux du Hainaut, on ne peut vendre son héritage provenant des ancêtres, qu'avec le consentement de son héritier, ou pour cause de pauvreté, ou pour en acheter un autre plus considérable. Dans le premier cas, le propriétaire, assisté de son futur héritier, se dessaisit du bien entre les mains de son seigneur, par le bâton ou par le rameau, et il lui indique le futur acquéreur. Le seigneur fait rechercher par ses hommes si l'on se trouve dans l'un des cas où l'aliénation est permise; il demande ensuite au vendeur s'il tient le prix pour reçu ou s'il a foi en la droiture de l'acquéreur. Puis il investit celui-ci en lui mettant le bâton en main en présence des hommes de la cour.

(1) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 93.

(2) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 147 et 148, éd. Tardif, p. 73.

Lorsque la vente a lieu pour cause de pauvreté, le vendeur doit affirmer sa misère sous serment avec trois cojureurs, devant les hommes du pays (1).

Ces formes s'appliquaient non seulement aux aliénations à titre onéreux de propres, mais aussi aux aliénations à titre quelconque, onéreux ou gratuit, des acquêts. De même, la constitution d'hypothèque avait lieu devant le seigneur justicier et si plus tard le créancier n'était pas payé, il pouvait, après épuisement des meubles et des cateux, s'adresser au seigneur pour que celui-ci saisit lui-même l'immeuble et le fit vendre (2).

La Picardie était aussi un pays de mise en saisine seigneuriale, à ce point que cette saisine était exigée même des héritiers, même du fils aîné, de sorte que celui-ci ne transmettait aucun droit à son propre héritier s'il n'avait pas obtenu cette saisine avant son décès (3).

À côté de la Picardie, le Vermandois doit être également placé parmi les pays de nantissement. On ne pouvait transférer aucune saisine, créer aucun droit réel de rente, d'hypothèque ou autre, qu'en observant certaines formalités de justice (4). Bouteiller nous apprend aussi que le Vermandois est un pays de nantissement, ainsi que la Châtellenie de Lille et le Hainaut (5). D'ailleurs, dans la suite, les formalités de mise en saisine en justice furent remplacées par de simples inscriptions prises sur un registre du greffe (6).

Le droit municipal de certaines villes conserva aussi parfois l'ancien système de l'investiture et de la mise en saisine, d'autrefois le transforma. Ainsi, dans la ville de Metz, la *vesture* était une tradition par acte de l'autorité publique, à l'effet de

(1) Voy. *Anciens usages d'Artois*, tit. 22, 24 et 29.

(2) *Anciens usages d'Artois*, tit. 22, art. 1 et 6. — *Coutume d'Artois*, art. 75.

(3) Marnier, *Anciens coutumiers de Picardie*, p. 11, 39, 58, 107, 108.

(4) Voy. à cet égard, *Coutumes des pays de Vermandois*, éd. Beauteemps-Beaupré, nos 77, 78, 79.

(5) *Somme rural*, liv. 1, tit. 25, éd. de 1621, p. 138. Cpr. l'édition de 1486, fol. 39, col. 1. Cpr. *Coutume de Cambrai*, tit. V, art. 1.

(6) *Coutumes du gouvernement de Péronne, Montdidier et Roye*, art. 260. Cpr. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 190.

fixer le jour de la prise de possession; elle se faisait jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle par maire et échevins (1). Il y avait une vesture en fief, une vesture en alleu et une vesture en censive, suivant la nature du bien. Ces solennités ont ensuite disparu à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle et ont été remplacées par celles de la *prise de ban*. La procédure de cette prise de ban s'appliquait aussi à toutes sortes de biens, fiefs, alleux, censives. Elle consistait dans une déclaration solennelle de la mise en saisine; il y avait chaque année trois bans à quatre mois d'intervalle l'un de l'autre. Ce nouveau moyen de mise en saisine avait sur la vesture l'avantage d'être entouré d'une plus grande publicité et il a été observé à Metz jusqu'au jour où il a été remplacé par le régime hypothécaire de la coutume de Paris.

#### § 10. — PRESCRIPTION.

Un dernier mode d'acquérir la propriété, c'est la prescription ou, comme disaient les Romains, l'usucapion. Cette institution avait passé du droit romain dans la législation de l'Eglise, mais dans les lois des Barbares il semble bien que la prescription ait été d'une application tout à fait exceptionnelle, sauf en ce qui concerne les Gallo-Romains. La constitution générale de Clotaire II, de §60, parle bien de la prescription de trente ans, mais seulement au profit des clercs et des *provinciales*, c'est-à-dire des Gallo-Romains (2). Un décret de Childébert II mentionne pour un certain cas, la prescription de dix ans appliquée aussi bien aux meubles qu'aux immeubles et admet d'une manière générale la prescription de trente

(1) Voy. sur cette question Prost, *Étude sur le régime ancien de la propriété, la vesture et la prise de ban à Metz*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1880, t. IV, p. 1, 301, 572, 701. La vesture avait lieu en aine et en fonds lorsqu'elle portait sur la pleine propriété; le mot aine désignait les constructions et le mot fonds désignait le sol. Voy. Prost, *op. et loc. cit.*, p. 40. Une formule latine parle de la vesture *in inant et transfudo*. Suivant M. Prost, cette seconde formule serait synonyme de la première. Mais à notre avis, elle désigne surtout les fonds libres; *inantis* est synonyme de *vacuus* Voy. Zeumer, *Formulae*, à l'index *hoc verbo*.

(2) Constitution de Clotaire, cap. 13, Boretius, 19.

ans sans distinguer entre les Romains et les Barbares (1). La prescription de trente et un ans, indiquée par un diplôme de 630, paraît au contraire limitée aux *provinciales*. Le capitulaire de 801 ne mentionne la prescription que pour les ecclésiastiques (2). Plus tard Louis le Débonnaire essaya d'attaquer la prescription d'un an du droit germanique, mais nous verrons bientôt qu'il n'a pas réussi (3). La loi des Visigoths et celle des Burgondes avaient seules adopté la prescription romaine d'une manière générale; les autres lois barbares paraissent l'avoir purement et simplement repoussée (4).

Mais dans les pays où le droit romain se maintint, la prescription romaine persista également. Le *Brachylogus* nous en parle très longuement et nous la présente telle qu'elle existait dans le dernier état du droit romain (5). Il admet l'usucapion de trois ans avec juste titre et bonne foi pour les meubles, mais il l'exclut à l'égard des meubles des mineurs, de ceux qui sont affectés à un service divin, des meubles litigieux, des choses volées, à moins que le vice résultant du vol n'ait été purgé par un retour des biens entre les mains du véritable propriétaire. Sous les mêmes conditions, il autorise la prescription des immeubles par dix ans entre présents et vingt ans entre absents (6). A défaut de prescription avec juste titre et bonne foi, le *Brachylogus* reconnaît la prescription de trente ans qui, sans rendre propriétaire, permet au possesseur de repousser l'action en revendication. Les textes du moyen âge des pays de droit écrit mentionnent aussi la prescription du droit romain. Ainsi l'ancienne coutume de Toulouse en parle sans prendre même la peine d'indiquer sous quelles conditions elle se réalise, preuve manifeste qu'elle entend

(1) Décret de Childebert II, cap. 3, Boretius, 15.

(2) Baluze, I, p. 537.

(3) Cap. de 819, cap. 9, dans Behrend, *Lex salica*, p. 115.

(4) Loi des Visigoths, X, 2, 4. — Loi des Burgondes, tit. 79, dans Pertz, *Leges*, III, 566.

(5) *Brachylogus*, lib. II, tit. 9, 10, 11, éd. Böcking, p. 41 et suiv.

(6) Il applique aussi la prescription de 10 à 20 ans aux meubles, mais par suite d'une erreur évidente qu'on peut même attribuer à un copiste.

purement et simplement s'en référer au droit romain. Elle rappelle seulement un principe général du droit féodal suivant lequel le vassal ne peut pas prescrire contre son seigneur (1). De même la charte consulaire d'Arles, de 1142, a soin, dans un de ses premiers articles, de mentionner la prescription de trente ans pour les biens laïques et celle de quarante ans pour les biens ecclésiastiques.

Mais dans les pays de coutume, cette prescription romaine par trois ans pour les meubles, par dix, vingt, trente ans pour les immeubles, eut beaucoup de peine à s'introduire.

Elle se heurtait à l'ancienne prescription germanique par le très court délai d'un an qui était fort populaire et d'une application tout à fait générale. Nous avons vu précédemment qu'au bout d'un an et un jour on acquérait pour les immeubles la vraie saisine, c'est-à-dire à la fois la possession et la propriété. Ce délai d'origine germanique s'appliquait encore dans d'autres circonstances très diverses. La faculté de retraire se prescrivait par un an et un jour; au bout de ce temps, le plus proche parent du vendeur était privé du droit d'exercer le retrait lignager, le seigneur du droit d'user du retrait seigneurial. Dans certaines provinces, on devenait serf par la prescription d'an et jour, c'est-à-dire par la résidence pendant ce temps sur une terre de mainmorte (2), et cette règle se maintint dans plusieurs parties de la Bourgogne et de la Franche-Comté, jusqu'à la Révolution (3).

En sens inverse, dans un grand nombre de localités, lorsqu'un serf était demeuré un an et un jour sur un territoire étranger en jouissant de la liberté et sans être revendiqué par son seigneur, il acquérait par prescription la qualité d'homme libre (4). Le délai d'un an s'est toujours maintenu en principe dans notre ancien droit pour l'exercice des ac-

(1) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 136.

(2) Cpr. Laurière, sur le livre 1<sup>er</sup> des *Établissements de Saint Louis*, chap. 96.

(3) Chassin, *L'Église et les derniers serfs*, p. 80.

(4) Voy. par exemple, *Coutume de Vitry-le-François, avec Commentaire de Charles de Saligny*, p. 341. — Dupré, *Études sur le servage dans le Diémois*, p. 143.

tions possessoires (1) et le Code de procédure actuel (art. 23), exige encore en général que la possession ait duré au moins un an pour qu'elle soit protégée par les actions possessoires. Quant à la propriété, l'ancienne prescription d'un an et un jour se maintint fort longtemps; elle persista jusqu'à l'époque où le droit romain triompha définitivement et elle s'appliquait même parfois aux meubles, bien qu'en général on acquit la propriété de ces choses par le seul fait de la possession, même si on avait traité avec une personne qui n'était pas propriétaire (2). Les statuts municipaux de certaines villes mentionnent formellement l'acquisition de la propriété par la prescription d'un an; telles sont les chartes des communes de Troyes, de Pontoise, de Saint-Quentin. Le délai d'an et jour s'est maintenu jusqu'à la dernière heure dans notre ancien droit, pour la prescription des immeubles dans la coutume de Bretagne, mais complété par certaines mesures de publicité destinées à empêcher les surprises aux dépens du véritable propriétaire contre lequel cette prescription courait (3).

Cette courte prescription n'offrait pas de graves inconvénients alors qu'il s'agissait de coutumes ou de législations s'appliquant à un territoire restreint. Mais on ne tarda pas à remarquer que ce délai d'un an était singulièrement bref. Aussi les statuts municipaux d'un certain nombre de villes le modifièrent et admirèrent un temps intermédiaire entre l'année germanique et les dix à vingt ans du droit romain. La charte de la coutume d'Amiens, rédigée en 1190, établit par son art. 36 l'acquisition des immeubles par la prescription de sept ans. Dans les coutumes d'Anjou, du Maine, de Tours, du Lodunois, on pratiquait le tènement de cinq ans, c'est-

(1) Cpr. le *Livre des constitutions du Châtelet de Paris*, § 53, éd. Mortet, p. 61. Cet auteur paraît croire, à tort toutefois, que l'action possessoire s'applique aux meubles comme aux immeubles.

(2) Voy. par exemple, *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 19, éd. de Gruchy, p. 51.

(3) Coutume de Bretagne, art. 269. — Cpr. Desjardins, *De l'aliénation et de la prescription des biens de l'État*, p. 100.

à dire la libération, au bout de ce temps, des rentes, hypothèques et autres charges réelles dont l'immeuble était grevé depuis moins de trente ans, pourvu que l'acquéreur de l'immeuble l'eût possédé pendant cinq ans au moins libre de ces charges. Cette prescription de cinq ans faisait même acquérir la propriété, mais elle ne courait pas contre les droits seigneuriaux, lesquels, on s'en souvient, étaient imprescriptibles, ni contre les rentes foncières.

A la fin de notre période, c'est la prescription par dix à vingt ans qui l'emporte dans l'Anjou, le Maine, le Poitou, même au point de vue de la libération des charges réelles, et bien que dans certains textes on constate encore des traces de la vieille prescription d'an et jour, preuve manifeste de la lutte qui s'était élevée en cette matière entre le droit romain et les vieilles coutumes germaniques.

*Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* ne parlent que de la prescription par dix, vingt, trente ans ou parfois, mais rarement, de la prescription d'an et jour (1). Au contraire la coutume de Touraine, de 1461, maintint le système du tènement de cinq ans. La coutume de Loudun conserva aussi l'extinction des charges réelles par la possession de cinq ans, mais elle consacra en outre, pour l'acquisition des immeubles, les prescriptions romaines par dix, vingt, trente ans (2). Bouteiller nous parle encore de jurisconsultes qui, tout en admettant le système du droit romain sur l'usucapion, préféraient au délai de dix ans celui beaucoup plus court de quatre ans (3).

Ces délais intermédiaires entre la prescription germanique d'un an et un jour et la prescription romaine par dix à vingt ans, ont-ils été introduits dans l'intention d'étendre le délai du droit germanique, ou en vue de restreindre celui du droit romain?

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 341, t. I, p. 601; F, n° 868, 1119, t. II, p. 311 et 422; I, n° 383, t. III, p. 490; L, n° 238, t. III, p. 242. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 483, 496, 569, 590, 670, 711, 765, 993.

(2) Coutume de Loudun, tit. 20.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 48, p. 584.

Ce qui est certain, c'est que déjà dans Beaumanoir l'influence romaine est manifeste aux dépens des anciennes coutumes. Selon son habitude, Beaumanoir se garde bien de nous dire qu'il reproduit le droit romain et cependant il en adopte purement et simplement les principes. Dans la coutume de Beauvoisis, le possesseur d'an et jour est sans doute encore protégé par les actions possessoires, mais on lui refuse les actions pétitoires. En d'autres termes, on a abandonné la coutume germanique suivant laquelle la propriété était acquise par l'an et jour. Beaumanoir nous dit que de son temps il faut pour usucaper avoir une saisine paisible de dix ans avec titre, de trente ans sans titre (1). Il ne parle pas du délai de vingt ans entre absents mais, c'est là une pure omission de sa part. De même il passe sous silence la condition de bonne foi. Il est néanmoins certain pour nous qu'il l'exigeait ; peut-être n'en parle-t-il pas précisément parce qu'elle était réglée par le droit canonique plutôt que par le droit romain, ou parce qu'il y avait antagonisme entre ces deux législations depuis le jour où le concile de Latran avait exigé la bonne foi pendant toute la durée de la possession.

La prescription de dix, vingt, trente ans, est mentionnée dans des chartes angevines, dans les *Etablissements de Saint Louis*, dans le *Livre de justice et de plet*, mais c'est encore là une époque de lutte, car les *Etablissements de Saint Louis* donnent au possesseur d'an et jour une action qui garantit sa saisine, ce qui pourrait bien comprendre encore la propriété et la possession (2). Dans le *Livre des constitutions du Châtelet de Paris*, on relève la même tendance : il y est parlé de la prescription par dix ans entre présents, par vingt ans entre absents, avec juste titre et bonne foi ou par la tenue d'un an et un jour, sans que le praticien indique comment les deux systèmes se combinent ou s'ex-

(1) Beaumanoir, chap. 8, n° 9, t. I, p. 139.

(2) *Etablissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 31. — *Livre de justice et de plet*, p. 128, 142, 254, 264, 265, 270, 271. Voy. toutefois sur la prescription d'un an, p. 86, 93, 108, 109, 116, 118, 128, 150, 152, 154, 155, 271, 304, 305.

cluent. Nous avons déjà relevé que Bouteiller, tout en acceptant la prescription par dix à vingt ans, rappelle que certains jurisconsultes préfèrent celle de quatre ans. Cependant les autres coutumiers de son temps et même ceux d'une époque un peu antérieure commencent à adopter franchement la prescription romaine et ne mentionnent plus celle du droit germanique que dans des circonstances tout à fait rares et exceptionnelles. C'est ce qui a lieu notamment dans l'ancienne coutume de Paris. Dans ces coutumes le possesseur d'un immeuble en acquiert la propriété par prescription de dix ans entre présents; de vingt ans entre absents, pourvu qu'il ait juste titre et bonne foi et que sa possession ne soit pas vicieuse (1). Le maire de Poissy ayant admis dans un jugement la prescription d'an et jour au commencement du xiv<sup>e</sup> siècle, sa décision fut infirmée par jugement du prévôt de Paris et en dernier lieu par arrêt du parlement, du 3 avril 1322 (2).

Les jurisconsultes ne s'accordaient pas sur le point de savoir ce qu'il fallait entendre par *présents* et par *absents*. On admettait généralement que le véritable propriétaire et celui qui prescrivait contre lui, étaient présents s'ils demeuraient dans le même diocèse, absents s'ils appartenaient à des diocèses différents; mais dans la suite, on remplaça le diocèse par le baillage (3). Bouteiller se borne à définir les présents ceux qui demeurent dans la même contrée, sans préciser davantage (4).

On acquérait ainsi par la prescription de dix à vingt ans, non seulement la propriété des immeubles, mais encore des droits réels sur les mêmes biens, par exemple un usufruit. En sens inverse, cette même possession par dix à vingt ans,

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 198. — Desmares, *Décisions*, n° 231. — Voy. aussi *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XV, p. 171.

(2) Cpr. Buche, *Essai sur l'ancienne coutume de Paris*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. VIII, p. 335.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, t. I, p. 131. — Loysel, *Institutes coutumières*, n° 707. — Laurière, sur l'art. 116 de la coutume de Paris.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 20 et 47, p. 141 et 577.

si elle avait eu lieu sans exercice des charges réelles de la part de ceux qui y avaient droit, conférait au nouveau propriétaire la franchise de l'héritage; en d'autres termes, les charges réelles étaient éteintes comme le droit de propriété, notamment les rentes, les hypothèques, les servitudes personnelles (1). Les banalités elles-mêmes n'échappaient pas à la prescription, mais elles étaient soumises à des délais spéciaux, en général au délai de quarante ans (2). Quant aux servitudes, nous avons vu que la plus grande divergence existait dans les coutumes sur le point de savoir si elles pouvaient s'acquérir ou s'éteindre par prescription. Mais le cens continua à être imprescriptible vis-à-vis du censitaire par le seigneur censier. L'acquéreur d'un héritage grevé de cens ne pouvait donc s'en libérer ni par la prescription de dix à vingt ans ni par aucune autre prescription (3). On avait éprouvé des doutes sur le point de savoir si le tiers acquéreur pouvait prescrire la libération de la rente dont son immeuble était grevé lorsque le débiteur continuait à en acquitter régulièrement les arrérages entre les mains du crédi-rentier. Celui-ci étant régulièrement payé n'avait rien à demander au tiers acquéreur et ne pouvait être accusé de négligence, il semble même qu'il restait en possession de sa rente. Aussi un arrêt du Parlement de Paris décida que dans ces circonstances le tiers acquéreur de l'immeuble ne pouvait pas le libérer de la rente par prescription. Mais d'un autre côté on observait que ce tiers acquéreur était en possession de la liberté de l'héritage et qu'il n'était même pas injuste de faire courir contre le crédi-rentier la prescription libératoire, car celui-ci avait à sa dispo-

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 199. — Desmares, *Décisions*, nos 106, 122. — *Coutumes notoires*, nos 99, 130, 152. Cpr., art. 114 de la coutume de Paris. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, nos 99 et 102. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 341, t. I, p. 601; F, n° 868, 1119, t. II, p. 311 et 422; I, n° 383, t. III, p. 496; L, n° 238, t. IV, p. 242. — *Livre des droiz et des commandemens*, nos 711 et 765. — Cf. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XV, p. 17.

(2) Voir plus loin, à la fin du paragraphe.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 199. — *Coutumes notoires*, n° 125.

sition un moyen de l'interrompre, l'action en reconnaissance ou en déclaration de son droit contre le tiers acquéreur. Cette solution était seule exacte, aussi finit-elle par prévaloir (1).

Pour les meubles, le délai de la prescription était de trois ans, conformément au droit romain, en quelque lieu que fussent domiciliés le véritable propriétaire et celui qui prescrivait contre lui. Mais cette prescription des meubles, à la différence de celle des immeubles, fut toujours très généralement repoussée pendant notre période. L'auteur du *Livre des droitz et des commandemens* essaie bien de l'introduire dans le pays pour lequel il écrit, mais il reconnaît que la coutume est contraire (2). Sous la période suivante, nombre de coutumes importantes, (telles que celles de Bourgogne, de Paris, de Touraine, de Ponthieu, d'Artois, passèrent purement et simplement sous silence cette prescription des meubles par trois ans; d'autres la rejetèrent formellement, mais pour en établir une de cinq, dix ou vingt ans (3). Enfin, parmi les coutumes qui consacrèrent la prescription des meubles par trois ans, les unes admirèrent les conditions du droit romain, tandis que les autres en établirent de nouvelles; il en résulta de grandes incertitudes dans la pratique et bien des divergences parmi les jurisconsultes.

Mais à la fin du moyen âge on était généralement d'accord pour admettre que la prescription des immeubles par dix à vingt ans et celle des meubles par trois ans, supposaient juste titre et bonne foi; autrement on n'acquerrait la propriété qu'au

(1) Desmares, *Décisions*, n° 309; *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 31, p. 318. — L'art. 115 de la coutume de 1580 consacra aussi ce dernier système, mais avec une restriction : il ne voulut pas que la prescription pût courir contre le crédi-rentier lorsque celui-ci avait une juste cause d'ignorer l'aliénation.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 956. Cpr. n°s 51 et 697. — Voy. encore sur cette prescription des meubles par trois ans, *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 98. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n°s 287 et 288, t. I, p. 563; F, n° 856, t. II, p. 303; I, n°s 323 et 324, t. III, p. 441; L, n° 237, t. IV, p. 242.

(3) Coutume de Boulonois, art. 120; Nouvelle coutume de Bretagne, art. 284; Coutume de Valenciennes, art. 94.

bout de trente ans, qu'il s'agit de meubles ou d'immeubles. De plus la bonne foi était nécessaire pendant toute la durée de la possession, conformément au droit canonique qui, sous ce rapport, l'avait emporté sur le droit romain (1).

C'était au défendeur actionné en revendication, à affirmer sous serment qu'il possédait avec titre et il devait offrir d'en faire la preuve s'il invoquait la prescription de dix à vingt ans; en cas de prescription de trente ans, et d'une manière plus générale, toutes les fois que la contestation portait sur la possession à son profit, le défendeur devait offrir de prouver cette possession par témoins (2).

D'ailleurs la prescription était interrompue par la demande en justice ou, pour parler plus exactement, à partir de la contestation en cause (3).

Il existait certaines personnes privilégiées contre lesquelles la prescription était suspendue. Ainsi elle ne courait pas contre les mineurs et ce bénéfice s'étendait même aux majeurs lorsque ceux-ci se trouvaient avec eux en état d'indivision (4). Toutefois on sait que dans certaines coutumes la minorité cessait à quatorze ans pour les roturiers et à vingt et un ans pour les gentilshommes, mais alors on admettait parfois qu'ils étaient soumis à partir de cet âge à la prescription de trente ans, sans être menacés par celle de dix à vingt ans, laquelle ne pouvait être invoquée que contre les seigneurs de vingt-cinq ans (5). D'un autre côté on admettait volontiers que si la prescription avait commencé à courir contre un majeur, elle continuait ensuite contre son ayant

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 123. — *Livre des droitz et des commandemens*, t. I, p. 231. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 287, 288, 296 et suiv., t. I, p. 563; F, n<sup>os</sup> 856 et suiv., 872 et suiv., 880 et suiv., t. II, p. 308, 313, 315; I, n<sup>os</sup> 323 et suiv., 333 et suiv., t. III, p. 441; L, n<sup>o</sup> 237, t. IV, p. 242.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 102, 496, 686.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 420, 466, 766.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 199. — *Bouteiller, Somme rural*, liv. I, tit. 47, p. 580 et tit. 92, p. 896.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 305, 316, t. I, p. 574 et 581; F, n<sup>os</sup> 866, 870, 878, t. II, p. 311, 312, 314; I, n<sup>os</sup> 344, 354, t. III, p. 459; L, n<sup>o</sup> 247, t. IV, p. 245.

cause, même s'il était mineur (1). La prescription n'était pas non plus possible entre cohéritiers et, d'une manière plus générale, entre communistes; tant que durait l'indivision (2). Certains auteurs ont prétendu que la prescription ne courait pas contre les femmes mariées, du moins dans certaines coutumes. Mais il suffit de se reporter aux anciens textes pour se convaincre que cette proposition ainsi formulée est beaucoup trop générale. Quelques textes supposent la femme mineure et ils ont pour objet de faire remarquer que, malgré le mariage et la puissance du mari, la prescription restera suspendue. Mais cet effet est une conséquence de la minorité (3). D'autres textes parlent, il est vrai, de certaines prescriptions qui ne peuvent pas courir contre la femme pendant le mariage, mais ils ont tous en vue des cas où, si la prescription courait et amenait l'éviction de la femme, celle-ci aurait une action contre son mari; tel serait le cas où le mari aurait aliéné un immeuble de sa femme sans en avoir le droit. Tout ce qu'on peut déduire de ces textes, c'est donc que la prescription est suspendue pendant le mariage contre la femme, mais seulement dans les cas où cette prescription serait de nature à lui donner une action récursoire contre son mari; dans les autres cas, la prescription court contre la femme mariée aussi bien que contre toutes autres personnes (4).

Au contraire, la prescription n'est pas admise contre les absents ni contre les prisonniers, mais il va sans dire qu'il faut entendre ici par absents ceux qui ont disparu sans donner de leurs nouvelles et non pas les personnes domiciliées dans un autre diocèse ou dans un autre bailliage (5).

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 720, t. II, p. 167.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 148, t. I, p. 470; I, n° 180, t. III, p. 320; *Livre des droiz et des commandemens*, n° 753, t. II, p. 189.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 590, t. II, p. 113.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 307, t. I, p. 575; I, n° 345, t. III, p. 460; L, n° 249, t. IV, p. 246.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 865, t. II, p. 311. — Bou-teiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 47, p. 580. — On a parfois oublié de faire cette distinction, ce qui a produit des erreurs. C'est le cas de l'auteur du *Livre des droiz et des commandemens*, n° 77, t. I, p. 353.

Certaines personnes, sans échapper à toute prescription, profitaient de délais particulièrement longs. Ainsi on n'admettait que la prescription de trente ans contre le roi, de quarante ans contre l'Église de France, de cent ans contre l'Église de Rome (1). Cette règle n'était pas d'ailleurs absolue bien qu'elle fût très générale. Quelques coutumiers autorisaient, suivant les cas, la prescription de trente ans ou celle de quarante ans contre l'Église de France (2). Bouteiller décidait qu'il n'y avait lieu à aucune prescription contre le roi, le prince du lieu, l'Église, les villes, les pupilles, les expatriés (3). Les hommes d'un seigneur ne pouvaient s'affranchir de sa banalité que par la prescription de quarante ans et cette prescription ne commençait à courir qu'à partir du jour où ces hommes avaient opposé une contradiction à son droit (4).

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 8, p. 199. Cpr. Laurière, sur l'art. 123 de la coutume de Paris.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 309 et 310, t. I, p. 576; F, n<sup>os</sup> 860, 866, 873, t. II, p. 309; I, n<sup>os</sup> 347 et 348, t. III, p. 463; L, n<sup>o</sup> 243 t. IV, p. 243.

(3) *Somme rural*, liv. I, tit. 47, p. 580.

(4) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 998 et 1032. — *Ancienne coutume d'Anjou et du Maine*, I, n<sup>o</sup> 32, t. III, p. 197; L, n<sup>os</sup> 17 et 18, t. IV, p. 147. On se rappelle que le cens et la dime étaient imprescriptibles; mais la prescription pouvait atteindre le surcens et la quotité de la dime. Voy. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 31, p. 64 et suiv. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. IV, tit. 2, art. 3. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 115.

## CHAPITRE XVI.

### Les biens dans leurs rapports avec la famille.

#### § 1<sup>er</sup>. — LA COMMUNAUTÉ ENTRE ÉPOUX ET LES AUTRES RÉGIMES DES PAYS DE COUTUME.

Peu de questions ont été plus discutées parmi les historiens du droit que celle de l'origine de la communauté (1). César mentionne parmi les Gaulois une convention matrimoniale très curieuse qui, par certains côtés, implique la notion d'association. Mais ce régime était-il général en Gaule? Il ne le dit pas et, dans tous les cas, les anciennes coutumes gauloises ont rapidement disparu devant le droit romain; aussi les documents postérieurs aux Commentaires de César, ne parlent plus de cette convention (2). Il est vrai que Bouhier a autrefois vu l'origine de la communauté dans le droit romain; mais les textes qu'il cite n'ont aucun rapport avec cette institution : les uns se réfèrent au mariage avec *manus*, les autres au droit de succession qui existait entre époux. Rien ne s'opposait, à la vérité, à ce qu'un contrat ordinaire de société fût passé entre mari et femme, comme entre toutes autres personnes; mais il aurait existé alors, entre ces époux, une société de droit commun et non une association d'une nature particulière et les textes relatifs à ce contrat sont si rares qu'on peut bien affirmer que les Romains y recouraient fort peu (3). Si la communauté venait du droit romain, elle

(1) Voy. ce que nous en avons déjà dit dans le t. III, p. 213.

(2) Ajoutons que, d'après certains historiens, il s'agirait, dans le texte de César, d'une libéralité et non d'une communauté. Voy. notre t. I, p. 111.

(3) La loi 16, § 3, *De alimentis*, D. XXXIV, 1, parle d'une *societas omnium bonorum* entre mari et femme, mais cette société ne présente aucune particularité. — On cite aussi la *laudatio de Thuria*, mais à tort, car s'il résulte de

devrait se rencontrer surtout dans les pays de droit écrit; or, ce sont précisément les pays de coutume qui l'ont pratiquée et ceux de droit écrit qui ne l'ont pas connue.

On ne trouve pas davantage la vraie notion de la communauté chez les Germains. Tacite nous apprend sans doute que ces barbares associaient leurs femmes à leurs travaux et à leur sort, mais il s'agit là d'une communauté de conditions et non de biens.

D'autres savants, au lieu de remonter aux Gaulois, aux Romains ou aux Germains, donnent à la communauté une origine relativement récente : ils l'attribuent au droit canonique. Certes l'Église a exercé une influence considérable sur la formation de ce régime de biens entre époux, mais c'est en vain qu'on chercherait son organisation dans les textes du droit canonique; on ne l'y trouverait pas.

Un autre système moins fragile propose de voir l'origine de la communauté entre époux dans les communautés taisibles qui furent si fréquentes au moyen âge et formèrent un des traits caractéristiques de la vie des campagnes. Ces communautés taisibles étaient d'abord usitées parmi les serfs. Il n'est pas impossible qu'elles aient aussi existé parmi les gens libres de petite condition : des parents ou même des amis vivaient en commun et les familles ainsi unies partageaient les bénéfices comme les dépenses. Après l'affranchissement des serfs, ces associations se maintinrent entre bourgeois et roturiers. S'il était ainsi permis aux serfs ou aux roturiers, le plus souvent parents entre eux, de mettre leurs biens en commun, à plus forte raison une semblable association devait-elle être autorisée entre mari et femme. Il est donc tout naturel, dit-on, que les communautés taisibles des villages aient fait naître le régime de la communauté entre époux. Aussi constate-t-on des ressemblances remarquables entre

ce texte que chacun des époux soignait les biens de l'autre, et qu'ils agissaient souvent en commun; il y est aussi dit très formellement qu'en droit chacun des époux avait sa fortune propre. Voy. Girard, *Textes de droit romain*, p. 701 et 702 et *Revue internationale de l'enseignement*, année 1889, p. 234. — Accarias, *Précis de droit romain*, t. I, n<sup>os</sup> 132 et 164.

ces deux sortes d'associations. Une communauté taisible ne se formait, dans un village, qu'autant qu'il y avait eu vie en commun pendant un an et un jour. Or, la même condition est exigée par certaines coutumes pour la formation de la communauté entre époux. Il y a plus, la communauté est subordonnée à l'existence du mariage pendant un an et un jour s'il s'agit d'époux roturiers, et cette condition disparaît si les époux sont nobles, précisément parce que les communautés taisibles ne se formaient pas entre nobles(1). De même, on a admis sans difficulté que la communauté continuerait malgré le décès de l'un des époux, si la vie en commun persistait aussi entre le survivant et les héritiers de l'époux prédécédé. N'est-ce pas là une véritable communauté taisible? De même encore, pendant longtemps, les femmes roturières ne furent pas admises à renoncer à la communauté; ce droit ne fut reconnu qu'aux femmes nobles, précisément parce qu'il n'existait pas de communauté taisible entre nobles.

Bien que ce système soit très séduisant au premier abord, cependant il ne nous semble pas tout à fait exact. Il est vrai que les communautés taisibles étaient plus générales qu'on ne le dit parfois; elles n'existaient pas seulement dans le Nivernais et les pays voisins; Beaumanoir en parle très longuement dans son chapitre consacré aux compagnies. Cependant il faut bien reconnaître que la communauté entre époux, comparée aux communautés taisibles, était beaucoup plus générale. Elle formait le droit commun de la France du centre et du nord. Si elle était née des communautés taisibles, elle aurait dû n'exister, tout au moins pendant un certain temps, que dans les pays où l'on rencontrait des sociétés de ce genre. En outre, ces sociétés taisibles n'existaient qu'entre roturiers ou entre serfs, tandis que la communauté entre époux nous est présentée comme une institution commune aux nobles et aux roturiers. On a contesté cette solution, tout au moins pour les premiers temps, en prétendant

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 619 et 624, t. II, p. 22 et 230; L, n<sup>o</sup> 280, t. IV, p. 261.

qu'à l'origine la communauté existait seulement entre roturiers et que ce serait seulement dans la suite qu'elle se serait étendue aux nobles. Dans ce système, la moitié des meubles et acquêts attribuée à la femme par les coutumiers du moyen âge ne serait, pour la veuve noble, qu'un gain de survie (1). Mais cette distinction, proposée entre les nobles et les roturiers, ne nous paraît reposer sur aucun fondement. Beaumanoir traite de la communauté formée par le mariage comme d'une institution commune aux nobles et aux roturiers, et cependant il ne manque pas de faire cette distinction lorsqu'elle existe; ainsi il a soin de dire que la communauté continuée entre l'époux survivant et les enfants du premier lit, n'a lieu qu'entre gens de poeste. Les anciens coutumiers de l'Anjou et du Maine mentionnent la communauté entre époux sans s'occuper de leur qualité. Un texte du XIII<sup>e</sup> siècle décide même que l'époux survivant prend la moitié des acquêts en propriété et la moitié en usufruit et que celle-ci à sa mort fait retour aux héritiers du prédécédé (2). D'autres textes de l'Anjou et du Maine parlent de la communauté comme d'une institution commune à tous (3). En vain a-t-on dit que le droit de renonciation réservé à la femme noble implique à son profit, en cas de survie, un droit de succession et non de communauté. Il est vrai que dans certaines parties de la France, notamment dans la coutume de Paris, le droit de renoncer à la communauté fut, pendant un temps plus ou moins long, réservé aux femmes nobles, et le *Grand Coutumier de France* prétend même expliquer ce privilège en disant qu'il date de l'époque des croisades et qu'il tient à ce que les maris des femmes nobles se ruinaient dans ces guerres lointaines (4). Mais cette explication est fort

(1) Voy. en ce sens, Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 287.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 28, t. I, p. 48.

(3) Ainsi dans le texte C, n° 8, t. I, p. 191, il en est question sous une rubrique qui concerne la femme noble. De même le texte de 1411 (E, n° 221, t. I, p. 523) distingue la noble et la roturière pour fixer la quotité de leur douaire et les confond ensuite pour déterminer leur part aux meubles.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 41, p. 376.

contestable et il est permis d'ajouter que dans d'autres contrées le droit de renonciation a toujours été commun à la femme noble et à la femme roturière. Il faut aussi écarter de la controverse une ordonnance de Philippe-Auguste, rendue à Pont-de-l'Arche, en 1219, et aux termes de laquelle les parents de la femme prédécédée sans enfants, n'ont aucune part aux conquêts (1). Cette ordonnance a, en effet, été rendue pour la Normandie, pays où n'existait pas le régime de communauté. On doit aussi considérer comme une disposition spéciale et exceptionnelle celle de l'ancienne coutume de Champagne (tit. XII) qui accorde à la veuve noble survivante la totalité des meubles à titre de gain de survie.

Sans doute il existe plus d'une ressemblance entre la communauté conjugale et les associations taisibles, et il arrive même aux anciens jurisconsultes de les rapprocher volontiers (2). On peut aussi admettre sans difficulté que les communautés taisibles ont exercé une certaine influence sur la communauté entre époux, ce qui expliquerait la persistance de la communauté après la dissolution du mariage. De même les textes, surtout les plus récents, exigent souvent entre roturiers que le mariage ait duré un an et un jour pour la formation de la communauté, et ce qui prouve bien qu'il s'agit encore là d'un emprunt fait aux sociétés taisibles, c'est d'abord que cette condition est demeurée étrangère aux nobles qui, en effet, ne pouvaient pas vivre en société taisible, et surtout qu'elle est omise par les textes les plus anciens (3).

(1) *Recueil du Louvre*, t. I, p. 38.

(2) Voy. par exemple Beaumanoir, chap. 21, n° 2 et chap. 23, t. I, p. 303 et 323.

(3) Nous verrons bientôt en effet qu'à l'origine, tout au moins dans certaines coutumes, la communauté se formait immédiatement, entre roturiers aussi bien qu'entre nobles. — Sur les divers points exposés au texte, voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 616, 619, 624, t. II, p. 227 et suiv.; L, n° 279 et 280, t. IV, p. 261. — Sur la question de savoir comment les choses se passaient entre roturiers, lorsque le mariage n'avait pas duré un an et un jour, voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 624, t. II, p. 230; L, n° 283, t. IV, p. 260.

Mais cette influence de la communauté taisible sur la communauté entre époux n'autorise pas à dire que celle-ci soit fille de celle-là. La communauté taisible donnait la sécurité aux associés, évitait à ses membres certaines redevances, notamment le droit de mainmorte en cas de décès, en même temps qu'elle assurait au seigneur le recouvrement exact de ce qui lui était dû. La communauté entre époux a été inspirée par des considérations bien différentes : elle s'est formée lentement, sous l'influence de l'Église et surtout par le développement de germes qui existaient dans les lois barbares ou dans certains usages de l'époque franque.

Plusieurs lois barbares accordaient à la femme survivante un avantage sur les acquisitions réalisées pendant le mariage par le mari : la loi ripuaire lui donnait le tiers des acquêts et cette disposition, comme beaucoup d'autres de la même loi, s'est étendue à tous les Francs. Ainsi s'expliquent les formules très générales qui accordent cet avantage à la femme. La loi des Saxons consacra aussi ce système en élevant même la part de la femme du tiers à la moitié. Il est également admis par un capitulaire de 821 (1). Sans doute la femme n'a droit à cet avantage qu'autant qu'elle est survivante et tout gain de survie est, par sa nature même, exclusif de la notion de communauté. Mais il est juste d'ajouter qu'il conduit cependant et tout naturellement à cette notion. Si la femme a droit à une part sur les acquêts en cas de survie, c'est évidemment parce qu'elle a contribué à les faire entrer dans le ménage. Mais alors pourquoi ne pas lui reconnaître un droit dès le moment même de l'acquisition? Aussi certaines formules paraissent bien admettre ce droit et ainsi apparaît déjà, surtout dans des actes de donation et de testament, la notion d'une sorte de communauté entre mari et femme. C'est un premier progrès. Mais cette communauté existe plutôt en fait qu'en droit. Elle se retrouve dans les

(1) Voy. sur ces divers points notre t. III, p. 216 et 217, où il est également parlé de la loi des Visigoths.

actes des particuliers, mais elle n'est pas encore dans la loi (1).

L'Église a aussi en cette matière exercé une influence très énergique, ne serait-ce que par la considération dont elle a entouré le mariage et par la faveur qu'elle a toujours témoignée aux femmes. Il ne faut toutefois pas ici tomber dans l'exagération de ceux qui disent qu'elle a créé le régime de communauté. Une décision du pape Urbain III, de l'an 1195, provoquée par la résistance d'un mari qui ne voulait pas restituer la dot après la dissolution du mariage, porte que le mari doit non seulement rendre cette dot, mais encore partager les acquêts avec sa femme. Mais cette décision n'a pas consacré une solution nouvelle : elle a simplement appliqué une coutume existante.

D'ailleurs ce régime des biens a été très lent à se former et on peut dire qu'il n'a été définitivement constitué qu'à l'époque de la rédaction des coutumes. On chercherait en vain dans Beaumanoir et même dans Bouteiller un exposé complet de la communauté, tandis que le douaire y est traité avec ampleur et méthode. Du temps de ces jurisconsultes, la communauté n'est encore qu'une institution en voie de formation à laquelle les hommes de loi n'ont pas adapté un ensemble de principes nets et précis (2).

Les premières traces légales de la communauté apparaissent dans les chartes d'affranchissement des communes. La charte de la ville de Laon (1128), suppose l'existence de la communauté chez les bourgeois. Comment expliquer autrement le partage dont elle parle entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé? De semblables traces se trouvent aussi dans la charte d'Amiens (1190) et dans les *Assises de la cour des bourgeois*.

(1) Nous nous bornons à renvoyer aux développements donnés dans la période franque, t. III, p. 216. Voy. par exemple Marculfe, lib. II, form. 17, Zeumer, p. 86.

(2) Pour trouver dans des coutumiers ou dans des textes législatifs un véritable exposé de la communauté, il faut aller jusqu'à la fin de notre période ou au commencement de la suivante. Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 616 et suiv., t. II, p. 227; L, n° 279, t. IV, p. 261. — *Coutume de Lorris*, éd. Tardif, n°s 193 et suiv., p. 41.

La condition de la cohabitation pendant un an et un jour pour la formation de la communauté entre époux roturiers apparaît très nettement dans les textes de la seconde partie de notre époque, notamment dans la coutume de Paris et dans les coutumes de l'Anjou et du Maine (1). Cette condition ne fut toutefois jamais imposée aux époux nobles, probablement, comme on l'a déjà dit, parce qu'il leur était défendu d'entrer dans des communautés taisibles (2). En outre, pendant la première partie de notre époque, elle était également étrangère aux roturiers. Beaumanoir nous dit très nettement, en termes généraux, que la communauté n'exige pas la cohabitation d'an et jour et qu'elle commence avec le mariage (3). Fallait-il alors que l'union conjugale eût été consommée ou suffisait-il qu'elle eût été contractée? La première solution n'était pas douteuse pour le douaire et elle a même été longtemps observée à travers les siècles. Il est probable que par analogie on a aussi, pendant quelque temps, exigé la cohabitation pour la formation de la communauté, et cette législation primitive a laissé des traces dans diverses coutumes, surtout à l'étranger, notamment à Groningue, en Alsace, en Allemagne (4), mais elle a de bonne heure disparu en France.

Au XIII<sup>e</sup> siècle, la communauté était nécessairement légale ou, si l'on préfère, coutumière, et elle existait de plein droit, mais on pouvait l'écartier par un accord formel, soit avant, soit même pendant le mariage (5). On ne connaissait pas la communauté conventionnelle. Le mari était le chef de cette

(1) Desmares, *Décisions*, n° 247. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 624 et 822, t. II, p. 230 et 296.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 619, t. II, p. 223; L, n° 280, t. IV, p. 261.

(3) Beaumanoir, chap. 21, n° 2, t. 1, p. 303 : « Chascun set que compagnie se fait par mariage, car si tost comme mariages est fes, le bien de l'un et de l'autre sont commun par le vertu du mariage ».

(4) Van der Marck, *Institutiones juris civilis privati*, Groningue, 1761, p. 232. — Silberrad, *De acquæstu conjugali secundum jus... argentinense*, Strasbourg, 1771, p. 36. — D'Agon de Laconterie, *Ancien statutaire d'Alsace*, p. 58. — Stobbe, *Handbuch des deutschen Privatrechts*, t. IV, p. 120, note 12. — Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 667.

(5) Voy. Archives nationales. *Accords*, X, 1 c. 72.

communauté légale; on la considérait même comme une sorte de conséquences nécessaire de sa puissance. Beaumanoir y comprenait les meubles des deux époux et les fruits des immeubles (1). Quant à ceux-ci ils étaient propres s'ils avaient été acquis avant le mariage ou s'ils provenaient de succession, ou encore s'ils avaient été donnés par des ascendants. Les immeubles acquis pendant le mariage, soit par le mari seul, soit par les deux époux conjointement, étaient-ils déjà communs à cette époque? Beaumanoir les appelle à plusieurs reprises des conquêts (2). Mais il n'est pas certain cependant qu'ils fussent communs au même titre que les meubles et c'était peut-être plutôt des propres appartenant par moitié à chacun des époux. Dans la suite on admit sans difficulté que ces biens étaient communs (3). Les biens donnés ou légués par toutes autres personnes que des ascendants, étaient réputés acquêts et tombaient à ce titre dans la communauté, à moins d'une stipulation contraire. Il faut en dire autant des dons faits à l'occasion du mariage (4).

Conformément à l'usage général du temps, les dettes étaient considérées comme charges des meubles et tombaient à ce titre, dans la communauté, sans qu'il y eût lieu de distinguer si elles étaient ou non antérieures au mariage, si elles provenaient du mari ou de la femme (5).

Le mari était seigneur et maître de la communauté qui se trouvait à son entière discrétion.

Si le mari dissipe la communauté, la femme, au temps de

(1) Beaumanoir, chap. 21, n° 2, t. I, p. 303. — Desmares, *Décisions*, n° 161. — *Coutumes notoires*, n° 19. — *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 581, 911, 929, 930, 937. — Desmares, *Décisions*, n°s 26 et 145. — Arrêt du parlement du 5 novembre 1317, Boutaric, *Actes du parlement*, t. II, n° 5049. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 3, règle 393.

(2) Beaumanoir, chap. 12, n° 3, chap. 14, n°s 20 et 29, t. I, p. 180, 234, 243.

(3) Voy. par exemple *Coutumes notoires*, n° 194. — L'héritage vendu à réméré par le mari avant le mariage, et racheté par lui avec l'argent commun depuis le mariage, était-il conquêt? Cette controverse fait l'objet de la question 84 de Jean Le Coq.

(4) *Coutumes notoires*, n° 183. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. IV, tit. 4, règle 657.

(5) Desmares, *Décisions*, n° 247.

Beumanoir, n'a pas le droit de se plaindre, même dans ce cas, et de demander la séparation de biens qui n'existe pas encore (1). Aussi si le mari commet un crime entraînant confiscation, le seigneur a le droit de s'emparer de tout l'actif de la communauté; mais il va sans dire qu'il ne peut pas prendre les biens de la femme, ni même, au temps de Beumanoir, les conquêts immeubles, parce qu'à cette époque ces conquêts étaient plutôt des propres par moitié que des biens de communauté (2). Même après la séparation de corps, la communauté continuait et restait entre les mains du mari qui devait seulement une pension alimentaire à sa femme.

Mais cependant il ne faudrait pas croire qu'à cette époque la femme fût complètement sacrifiée au mari. Et d'abord on vient de voir que les conquêts immeubles étaient, au temps de Beumanoir, de véritables propres par moitié. N'est-il pas permis de conclure de là que le mari n'avait pas le droit de les aliéner seuls et qu'il lui fallait le consentement de sa femme? Beumanoir ne le dit pas expressément, mais c'est la conséquence nécessaire de son système qui refuse à ces conquêts immeubles la qualité de biens communs au même titre qu'aux meubles. Le mari ne pouvant même pas aliéner seul ses immeubles propres, à cause du douaire de sa femme, les tiers ne traiteront en sécurité avec lui qu'autant que la femme interviendra à l'acte pour renoncer à son douaire (3).

En réalité, le mari n'est donc maître absolu que des meubles; il en dispose librement, aussi bien par acte gratuit que par acte à titre onéreux, même s'ils viennent de sa femme. Lorsque les acquêts immeubles furent aussi, dans la suite, considérés comme de véritables biens communs, le

(1) Beumanoir, chap. 21, n° 2, t. I, p. 303. — Les *Assises de Jérusalem* permettent toutefois dans ces circonstances à la femme de reprendre son douaire, c'est-à-dire son apport. *Cour des bourgeois*, chap. 171 et 172, t. II, p. 116.

(2) Aussi Beumanoir, en s'occupant du droit de confiscation du seigneur ne parle-t-il que des meubles de la communauté. Chap. 30, n° 99, et chap. 21, n° 2, t. I, p. 453 et 303.

(3) Beumanoir, chap. 21, n° 2, t. I, p. 303. — De son côté la femme ne peut pas aliéner ses immeubles propres, sans le consentement de son mari, à cause de son incapacité.

mari en eût alors la libre disposition entre vifs (1). A cause de mort et par testament, il ne pouvait disposer que de la moitié des biens communs qui devaient lui revenir à la dissolution de la communauté (2).

Sur les propres de sa femme, le mari avait, en sa qualité de seigneur et maître de la communauté, un droit d'administration et de jouissance. Il ne pouvait donc pas les aliéner ni les grever de charges réelles sans le consentement de sa femme et, à vrai dire, en pareil cas, c'était plutôt la femme qui aliénait avec le consentement de son mari (3).

Le mari exerçait toutes les actions relatives aux biens de la communauté; il avait aussi les actions possessoires des propres de sa femme, mais il ne pouvait pas, sans son concours, intenter les actions pétoires et, par réciprocité, celui qui voulait agir à l'occasion d'un immeuble de la femme, devait mettre en cause les deux époux (4).

Quant à la femme, par cela même qu'elle était frappée d'incapacité par l'effet du mariage, elle ne pouvait passer valablement aucun acte relatif à ses biens, sans le consentement de son mari (5). En outre, elle participait comme commune à tous les contrats passés par son mari, lequel avait ainsi le droit de l'obliger d'une manière absolue (6).

(1) *Coutumes notoires*, n° 175. — Desmares, *Décisions*, n° 152. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 911, 929, 930, 937. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 646 et 648, t. II, p. 237. — Bonvalot, *Les plus générales coutumes du duché de Lorraine*, p. 101 et 102.

(2) Desmares, *Décisions*, n° 70. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 2, règle 121. — *Coutume de Lorris*, art. 195.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 322. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 308, 483, 581. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 307, t. I, p. 375; I, n° 345, t. III, p. 460.

(4) *Coutumes notoires*, n°s 161 et 176. — Desmares, *Décisions*, n° 20. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 884 et 911.

(5) Desmares, *Décisions*, n° 289. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 19 et 95, t. I, p. 46 et 59; B, n° 159, t. I, p. 164; C, n° 145, t. I, p. 345; F, n°s 47, 55 et suiv., 795, t. II, p. 51, 53, 287; K, n°s 57 et 58, t. IV, p. 64; L, n° 428, t. IV, p. 324; N, n° 38, t. IV, p. 528. — *Livre des constitutions du Châtelet*, § 39, éd. Mortet, p. 53.

(6) *Coutumes notoires*, n° 94. — C'est seulement en 1580 qu'on énonce dans la coutume de Paris la règle d'après laquelle le mari ne peut pas obliger sa femme au-delà de son émolument dans la communauté, voy. l'art. 228.

Lorsque le mari était empêché ou absent, rien ne s'opposait à ce que son consentement fût remplacé par l'autorisation de justice; mais celle-ci ne pouvait jamais être demandée pour vaincre le refus du mari (1). Par réciprocité, en cas d'absence de la femme et si des biens lui advenaient par succession, le mari pouvait, à charge de donner caution, les recueillir pour elle et intenter les actions qui les concernaient (2).

Peu importait la cause de l'absence de la femme, que ce fût un pèlerinage ou la mauvaise conduite. La femme ne jouissait en réalité d'une certaine capacité qu'autant qu'elle était marchande publique; elle pouvait alors, dans les limites de son commerce, s'obliger, aliéner, plaider, sans le consentement de son mari (3).

En retour de ces droits sur la communauté, le mari était grevé de certaines obligations, notamment de l'entretien de sa femme et de celui de ses enfants et, quant aux immeubles de sa femme, il était tenu des charges qui pesaient sur tous les usufruitiers, notamment il devait faire rachat, foi et hommage (4).

Au temps de Beaumanoir, la théorie des récompenses n'était pas encore formée et celle des remplois était tout à fait inconnue. Aussi pouvait-il arriver, à la dissolution de la communauté, que l'égalité du partage produisit des résultats tout à fait iniques. Cette dissolution ne pouvait résulter que de la mort de l'un des deux époux, la séparation de biens n'existant pas encore. Si la femme précédait, ses héritiers prenaient sa part, preuve manifeste qu'il ne s'agissait plus d'un simple droit de survie, lequel aurait été personnel à la femme et n'aurait pas profité à ses héritiers (5).

(1) *Grand Coutumier de France*, lib. II, chap. 32, p. 323.

(2) *Livre des constitutions du Châtelet*, § 25 et 80, éd. Mortet, p. 45 et 84.

(3) Desmares, *Décisions*, n<sup>os</sup> 76 et 289.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 55, t. I, p. 417; I, n<sup>o</sup> 70, t. III, p. 232; L, n<sup>os</sup> 86 et 89, t. IV, p. 182. — *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 485.

(5) Voy. Beaumanoir, chap. 21, n<sup>o</sup> 2 et chap. 30, n<sup>o</sup> 99, t. I, p. 303 et 452. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 143, éd. Viollet, t. II, p. 274.

Le partage par moitié entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé portait aussi bien sur le passif que sur l'actif. Dans l'ancienne coutume de Paris, cet actif comprenait tous les meubles et les conquêts immeubles. Quant au passif, il se composait de toutes les dettes antérieures ou postérieures au mariage, contractées par les deux conjoints ou par l'un d'eux. La communauté était donc universelle quant aux dettes tandis qu'elle ne l'était pas pour les biens (1). Mais on ne comprenait pas dans les dettes de la communauté les frais funéraires, par cela même qu'ils étaient nés après sa dissolution; on les mettait à la charge des héritiers du défunt (2).

Pendant la dernière partie de notre période, nous voyons apparaître la séparation de biens judiciaire. La femme a le droit de la demander, si son mari est dissipateur, soit à la justice d'Église, soit à la justice laïque. On permet même aux époux de substituer la séparation de biens au régime de communauté, mais il semble que cette séparation de biens conventionnelle devait être reçue en justice (3).

(1) Voy. *Coutumes notoires*, nos 15, 19, 83, 168. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 322.

(2) Desmares, *Décisions*, n° 181. — *Coutumes notoires*, n° 70.

(3) C'est ce qui résulte bien de la pièce suivante qui se trouve aux Archives nationales, X, 1, c. 72. « Comme certain descord fust meuz tant en la court de l'Église comme en la court de Parlement entre Étienne Le Févre, taincturier, d'une part, et Jehanne sa femme... pour occasion de ce que la dicte Jehanne disoit que le dit Étienne estoit gasteur et dissipeur de biens et que depuis que ycelle Jehanne l'avoit fait citer en la court de l'Église à Sens en cas de séparation, et le dit Etienne disant le contraire, disoit que bien et loyaument il avoit soustenu les héritages de la dicte Jehanne, les avoit mis en aussi bon estat ou meilleur comme ils estoient au jour du mariage de lui et d'elle, disant oultre qu'il n'estoit pas gasteur ne dissipeur de biens, car à son sceu ycelle estoit aussi bien meublée comme elle estoit au jour qu'il l'espousa et avec ce avoit fais de beaux acquestz et ne lui avoit aucune chose vendu du sien... Néanmoins pour oster tous plaiz et matières de descords, icelles parties, s'il plaist à la court, sont d'accord en la manière que s'ensuit: C'est assavoir que les dictes parties seront séparés de biens tant meubles comme héritages et d'un commun accord en la main de l'official de Sens et avec ce tous leurs biens meubles qui au jour de la dite citation estoient communs et jusques à présent seront rapportez pour estre partiz égaument et en avoir chacun sa moitié, et en seront les parties chacune en droit soy creues par leurs sermens... Item aussi seront toutes les debtes qui estoient dues au dit Estienne

Telles étaient les principales règles de la communauté d'après l'ancienne coutume de Paris, celles de Beauvoisis, de l'Anjou et du Maine. On aura remarqué que cette communauté en voie de formation manque souvent de règles précises. Mais le plus grave reproche qu'on puisse lui adresser, c'est sans contredit de consacrer l'omnipotence du mari sur les meubles. La femme a parfois, il est vrai, le droit de renoncer à la communauté, mais il existe aussi sur ce point quelques confusions dans les textes de ces anciennes coutumes. Dans celle de Paris notamment, les femmes nobles sont seules autorisées à renoncer à la communauté; ce bénéfice n'appartient pas aux roturières; encore faut-il ajouter que cette renonciation à la communauté ne fut pas comprise à l'origine de la même manière qu'aujourd'hui. Il s'agissait plutôt d'un privilège reconnu à la femme noble de renoncer aux meubles pour se soustraire au paiement des dettes. Nous avons, en effet, maintes fois constaté que, d'après de très anciens usages, les meubles seuls répondaient des dettes. Dès lors, en renonçant à ces meubles, la femme noble se dégageait de l'obligation de payer sa part du passif (1) et néanmoins elle gardait son droit à la moitié des conquêts immeubles. Cette dernière solution finit par paraître d'autant plus choquante que les immeubles, eux aussi, répondaient maintenant des dettes. Cependant en 1396, nous voyons encore à Paris, la renonciation de la femme noble limitée à ses anciens effets (2). Mais trois années plus

et à la diete Jehanne au jour de la dite citation rapportez par serment d'une partie et d'autre et partiz égaument moitié à moitié les debtes que icelles parties devaient paravant la dite citation et jusques au jour d'icelle seront paiés moitié à moitié.... Item et, en oultre, veulent et consentent ycelles parties que tous les conquestz faiz entre eulx durant le dit mariage soient et demeurent au dit Estienne dès maintenant comme son propre héritage... Cette pièce est du 18 août 1396.

(1) *Olim*, t. II, p. 210. — *Le Coq, Questions*, n° 131. — *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 172, p. 89. — Tel est aussi le système de l'Anjou. Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 946, t. II, p. 338.

(2) *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 192, p. 89.

tard, la renonciation prend une forme beaucoup plus générale devant le prévôt de Paris (1). Enfin, la coutume de 1510, art. 115, exigea que la renonciation portât aussi sur les conquêts immeublés (2). D'ailleurs cet article ne parle encore de renonciation qu'au profit de la femme noble. Mais bientôt, sous l'influence de Dumoulin, entre la première et la seconde rédaction de la coutume, la jurisprudence étendit le bénéfice de la renonciation à la femme roturière et l'art. 237 de la réformation de 1580 confirma définitivement ce nouvel usage (3).

Dans les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, le droit de renonciation était également réservé à la femme noble et refusé à la femme roturière (4).

Le *Grand Coutumier de France* essaie de trouver une raison pour limiter le droit de renonciation aux femmes nobles. Il dit qu'à l'origine ce droit leur fut réservé à l'occasion des croisades : les seigneurs se ruinaient dans ces guerres lointaines et il n'était pas juste d'obliger les femmes à payer les dettes qu'ils avaient contractées à cette occasion (5). Mais cette explication ne se trouve dans aucun autre coutumier et elle est même implicitement repoussée par Beaumanoir. Ce grand jurisconsulte paraît bien, en effet, accorder dans le Beauvoisis le droit de renonciation à toutes les femmes, sans distinguer entre les roturières et les nobles (6). Cette solution ne saurait nous surprendre, car elle est encore consacrée ailleurs,

(1) Voy. *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 47, p. 21.

(2) Pour plus de détails sur ce point voy. Guilhaumez, *Le droit de renonciation de la femme lors de la dissolution de la communauté dans l'ancienne coutume de Paris*, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XLIV, p. 489. La même modification a été opérée en Bretagne au XV<sup>e</sup> siècle par une constitution du duc Jean II (art. 22). Cpr. Morice, *Mémoire pour servir de preuves à l'histoire de Bretagne*, t. II, col. 1058 et 1059.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 2, règle 113.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 162, t. I, p. 483; F, n° 946, t. II, p. 338; I, n° 193, t. III, p. 334; L, n° 127, t. IV, p. 201.

(5) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 41, p. 375.

(6) Chap. 13, nos 9 et 21.

notamment dans l'art. 57 de l'ancienne coutume de Berry (1).

Cette renonciation à la communauté devait se faire dans une forme solennelle. La femme était tenue d'assister en personne à l'ensevelissement du corps de son mari; elle jetait sa ceinture, sa bourse et ses clefs sur la fosse. Ces solennités avaient pour objet de donner une grande publicité à la renonciation, d'éviter toute espèce de doute sur les intentions de la veuve et peut-être aussi d'inspirer à la femme de sérieuses réflexions avant de prendre ce grave parti (2). En jetant ses clefs, la femme affirmait son intention de ne pas continuer l'administration des biens, et elle rendait sa ceinture avec sa bourse pour indiquer qu'elle ne retenait rien des biens communs, car autrefois les femmes portaient leur argent non seulement dans leur bourse qu'on appelait aumônière, mais encore dans leur ceinture (3). Ces solennités étaient prescrites à peine de nullité. Jeanne de Navarre ayant renoncé, après le décès du roi de Navarre; par l'intermédiaire de procureurs, cette renonciation ne fut pas considérée comme régulière et il fallut obtenir du roi des lettres du 11 novembre 1393 pour la valider, comme si elle avait été faite en personne à l'enterrement du corps de son mari (4). Toutefois, si par suite de circonstances quelconques, on ne pouvait pas savoir à quelle époque le mari serait enterré, la veuve était admise à renoncer en justice; à Paris elle déposait sa ceinture, sa bourse et ses clefs sur le bureau du prévôt (5).

(1) *Ancienne coutume de Berry*, art. 57 : « L'on tient que là où le mariage fait par coutume du pays sans convenance expresse, la femme est douée de la moitié des héritages de son mari, et prend après la mort de son mari, elle ou ses hoirs, la moitié des conquêts et des meubles, et paye la moitié des dettes; ou se il ne lui plaît, elle renonce aux meubles, conquêts et dettes, après la mort de son mari, et se tient à son héritage, de par son chef mouvant. »

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 41, p. 376. — Le Coq, *Questions*, n° 131. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 2, règle 30. — *Ancienne coutume de Bourges*, art. 3. — Monstrelet, *Chronique*, liv. I, chap. 18 et 139.

(3) Pasquier, *Recherches de la France*, liv. IV, chap. 8. — Laurière, *Glossaire*, v<sup>is</sup> Ceinture et clef.

(4) D'Achery, *Spicilegium*, t. III, p. 721 et 722.

(5) *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 47, p. 21 et n° 172, p. 89. — Cpr. mon travail sur le *Châtelet de Paris*, p. 16.

On admettait bien que la femme renonçante pouvait enlever certains meubles à son usage, mais comme des abus s'introduisirent dans diverses localités, il fut décidé que, sous peine d'être déchue du bénéfice de sa renonciation, elle ne pourrait rien emporter, si ce n'est son lit et ses vêtements (1).

De bonne heure, les particuliers nobles ou roturiers furent les premiers à reconnaître l'insuffisance de la coutume quant à la protection due à la femme, et dans les contrats de mariage on insérait des clauses destinées à garantir son existence pour le cas où elle survivrait à son mari. Relevons seulement les deux clauses les plus fréquentes : tantôt le mari donnait par contrat de mariage à sa femme une somme d'argent, avec stipulation que cette somme lui resterait propre, serait inaliénable et déposée au Temple ou qu'elle servirait à acheter à la femme un immeuble qui serait ensuite inaliénable (2); tantôt on adoptait une convention qui a, dans la suite, pris le nom de clause de reprise d'apport franc et quitte (3).

Il pouvait arriver que la dissolution du mariage n'amenât pas celle de la communauté. Beaumanoir parle déjà de la continuation de la communauté entre le conjoint survivant et les héritiers du conjoint prédécédé. Cette continuation résultait tout simplement de ce que les héritiers, ordinairement les enfants, même majeurs, restaient avec le survivant et vivaient en commun avec lui. Au temps de Beaumanoir, ces *compagnies*, suivant l'expression du jurisconsulte, étaient très fréquentes

(1) Beaumanoir, chap. 13, n° 21, t. 1, p. 222 — Coutume d'Amiens, art. 101.

(2) Le Coq, *Questions*, n° 83. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 321. On discutait sur le point de savoir quel était le droit de la femme lorsque le mari mourait avant d'avoir déposé cette somme au greffe ou avant de l'avoir convertie en immeubles. Les uns prétendaient que la femme était créancière de son mari, mais qu'elle devenait en même temps débitrice de cette dette pour moitié comme de toutes celles de la communauté, de sorte qu'il y aurait eu confusion partielle. D'autres prétendaient que la femme devait prélever la totalité de la somme sur les biens de son mari, comme si elle avait déjà été déposée au Temple, et c'est cette seconde solution qui prévalut, probablement parce qu'elle était la plus favorable à la femme.

(3) Desmares, *Décisions*, n° 129.

entre parents rapprochés, même en ligne collatérale et résultaient de la vie en commun « à un pain et à un pot, un an et un jour, puisque li meuble de l'un et de l'autre sont melle ensamble (1). »

Il était tout naturel qu'on permit aux parents ce qui était autorisé même entre non parents. A la ville comme à la campagne, on voyait des roturiers et même des serfs mettre leurs meubles en commun et vivre ensemble; au bout d'un an et d'un jour, il y avait société taisible entre eux. On comprendra sans peine que ces associations devaient être très usitées entre membres d'une même famille. Beaumanoir nous révèle même une fraude assez fréquente pour le cas où un parent en avait recueilli un autre par charité, par exemple, un oncle son neveu; parfois, au bout d'un certain temps, l'assisté soutenait qu'il était entré en compagnie, bien qu'il n'eût rien apporté. Pour éviter ce danger, il fallait avoir soin de déclarer devant le seigneur, en présence de deux ou trois témoins parents, qu'on recevait sous son toit tel autre parent par pure charité, pour le tirer de la misère et nullement à titre d'associé (2). Il n'y avait pas, en effet, compagnie lorsqu'une des personnes vivant en commun n'avait rien apporté et cela était vrai même pour l'enfant qui vivait avec ses parents (3); du moment qu'il n'avait rien apporté, il n'avait pas le droit de se dire associé. Certaines coutumes allèrent même dans la suite plus loin encore, et n'admirent de société taisible entre les père et mère et leurs enfants, qu'autant que ceux-ci s'étaient mariés et continuaient à vivre avec leurs parents. Les mêmes coutumes décidaient qu'aucune société taisible ne pouvait s'établir entre un mineur et ceux qui l'avaient recueilli sans avoir sur lui aucune autorité; aussi, à sa majorité, ce mineur pouvait-il réclamer ses biens. Mais s'il ne le

(1) Beaumanoir, chap. 21, n° 5, t. I, p. 305. Voy. aussi *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 29, p. 12.

(2) Beaumanoir, chap. 21, n° 5, t. I, p. 305.

(3) Beaumanoir, chap. 21, n° 22, t. I, p. 314.

faisait pas, au bout d'un an et un jour il devenait compagnon (1).

Lorsque le survivant des époux se remariait, la communauté, en vertu des principes précédents, pouvait continuer avec le nouveau conjoint, les héritiers du conjoint prédécédé et l'époux remarié. Cette communauté se formait même au bout d'un an et un jour dans les coutumes qui restèrent fidèles au système primitif, quels que fussent les héritiers de l'époux prédécédé, enfants, majeurs ou mineurs, ou parents collatéraux (2). Mais, de bonne heure, d'autres coutumes n'autorisèrent la communauté continuée qu'autant que les héritiers du défunt étaient ses enfants; peu importait, d'ailleurs, qu'ils fussent majeurs ou mineurs. C'est précisément sous cette seconde forme qu'apparaît la communauté continuée dans le *Grand Coutumier de France* (3). Il y a mieux : dans les coutumes qui n'avaient plus admis la société taisible entre les parents et leurs enfants, qu'autant que ces enfants étaient majeurs et mariés, on autorisa la communauté taisible entre le survivant des père et mère remarié, son nouveau conjoint et l'enfant même non marié, né d'un précédent mariage, précisément parce que le nouveau conjoint était un étranger pour cet enfant d'un précédent lit; mais cette communauté taisible ne commençait qu'après l'expiration d'un an et d'un jour à partir de la majorité de l'enfant (4).

Beaumanoir ne connaît pas toutes ces restrictions; il admet

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 345 et suiv., t. I, p. 603; F, n<sup>os</sup> 618, 620, 621, 626, t. II, p. 228.

(2) Montargis, chap. 9, art. 3. — Berry, tit. 8, art. 19. — Bourbonnais, art. 270. — Bassigny, art. 55. — Orléans, art. 216. — Châteauneuf-en-Thimerais, art. 70. — Metz (ville), VI, 9.

(3) *Grand Coutumier de France*, lib. II, chap. 40, p. 361. — Cambrai, tit. 7, art. 11. — Poitou, art. 234. — Le *Grand Coutumier de France* étant le premier texte qui parle de la communauté continuée pour la coutume de Paris, on en a parfois conclu que cette coutume ne la connaissait pas avant cette époque. Voy. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 370. — Ce qui est certain, c'est que cette communauté continuée n'était pas encore connue à Paris au XIII<sup>e</sup> siècle. Voy. le texte que cite Choppin sur la coutume de Paris, liv. II, tit. I, n<sup>o</sup> 31.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 345 et suiv., t. I, p. 603; F, n<sup>os</sup> 618, 620, 621, 626; t. II, p. 228 et suiv.

la communauté continuée par cela seul que les enfants du premier lit, malgré le second mariage du parent survivant, continuent à vivre en communauté avec lui et son nouveau conjoint, au lieu de demander le partage. Il y a même mieux : Beaumanoir ne parle pas de la condition d'an et jour, pas plus qu'il ne le fait pour la communauté entre époux. Mais il reconnaît à l'enfant du premier lit le droit de se retirer à volonté de cette communauté continuée et d'emporter alors les héritages qu'il tient du parent prédécédé et le tiers des meubles et conquêts de la communauté. Celle-ci comprenait en effet trois classes d'associés qui devaient se partager également l'actif et le passif. Si le parent survivant se remariait une seconde fois, les enfants des deux premiers mariages pouvaient rester en communauté avec lui et son troisième conjoint. Il y avait dans ce cas deux communautés continuées. La première correspondait à la durée du premier mariage et comprenait, comme on l'a vu, trois parts : une pour les enfants du premier mariage, la seconde pour le parent survivant, la troisième pour le nouveau conjoint. La seconde communauté, au contraire, comprenait quatre espèces d'associés et se partageait par conséquent, actif et passif, en quatre portions : la première pour les enfants du premier mariage, la seconde pour ceux du second mariage, la troisième pour le parent survivant, la quatrième pour le troisième conjoint (1). Mais ces diverses communautés successives ne comprenaient que les conquêts et les meubles ; les enfants de chaque lit gardaient les héritages de leur auteur prédécédé.

Ces communautés continuées, comme aussi celles qui pouvaient exister entre parents quelconques, étaient étrangères aux nobles, précisément parce qu'elles constituaient de véritables sociétés taisibles et que ces sociétés étaient interdites

(1) Beaumanoir, chap. 21, n° 8, t. I, p. 307. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 366. — Cpr. art. 242 de la coutume de Paris. — Voy. aussi *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 625, t. II, p. 230; L, n° 284, t. IV, p. 263.

aux gentilshommes. Elles auraient, en effet, tenu en échec les principes les plus importants du droit féodal. Comment, par exemple, le vassal aurait-il pu concilier ses devoirs envers le seigneur, avec ses devoirs envers les associés ? Même dans le cas où les enfants d'un premier mariage continuaient à vivre avec le parâtre ou avec la marâtre, il ne pouvait se former aucune compagnie, à cause des droits de bail ou de garde (1).

Dans la suite, cette communauté continuée fut complètement dénaturée. On perdit de vue la cause de son origine, surtout dans la coutume de Paris où les sociétés taisibles avaient disparu dès le xvi<sup>e</sup> siècle, et la communauté continuée ne fut plus appliquée qu'à titre de peine contre l'époux survivant qui négligeait de faire inventaire, et s'il existait des enfants mineurs. Il résultait de là que les acquisitions faites par ce conjoint survivant, au lieu de lui rester propres, tombaient encore dans la communauté, comme si le mariage n'avait pas été dissous. Cette communauté continuée, ainsi complètement transformée, s'étendit tout naturellement des roturiers aux nobles (2).

Telle qu'elle vient d'être exposée, la communauté est celle de l'ancienne coutume de Paris et de quelques pays voisins. Ce régime est devenu, dans la suite, de droit commun et a passé en dernier lieu dans notre Code civil (3). Dans d'autres parties de la France, ou le long de ses frontières du nord et de l'est, la communauté était souvent organisée sur des bases différentes et ne se partageait pas par moitié. Dans quelques coutumes de la Lorraine, la femme avait seulement droit à un tiers et le mari prenait les deux autres tiers (4).

(1) Beaumanoir, chap. 21, n<sup>o</sup> 9, t. I, p. 308. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 617, t. II, p. 228.

(2) Coutume de Paris de 1510, art. 118. — Coutume de Paris de 1580, articles 240 et 241.

(3) D'après la charte d'Amiens de 1191, la communauté se compose aussi des meubles et acquêts et l'actif se partage également par moitié. Même système dans l'ancien usance de Saintes, art. 49 et 55. — Cpr. Bèchet, *Usance du siège présidial de Saintes*, éd. de 1701, p. 64, 77, 98.

(4) Bonvalot, *Coutumes du duché de Lorraine*, p. 47, note 1 et p. 95. Chez

Dans d'autres coutumes, la communauté était universelle ; elle comprenait tous les biens des deux époux, présents ou futurs, meubles ou immeubles et à la dissolution elle se partageait de diverses manières : tantôt la femme obtenait la moitié (1), d'autres fois elle n'avait droit qu'au tiers (2), parfois même sa part était réduite au quart (3). Cette communauté universelle existait surtout dans les villes du nord, à Tournai (4), Arras (5), à Daours (6), dans une grande partie de l'Alsace (7), en Hollande, en

les Lombards, au X<sup>e</sup> siècle, la part de la femme est réduite au quart. Voy. Acte de 995, dans le *Codex diplomaticus Cavensis*, t. III, n<sup>o</sup> 476, p. 25.

(1) Voy. par exemple un acte de 1171 ou 1174 qui consacre cette règle pour la ville d'Ypres, dans Diegerick, *Inventaire des Chartes et documents appartenant aux archives de la ville d'Ypres*, t. 1, p. 302.

(2) C'est ce qui se produit dans un assez grand nombre de localités en Alsace. Voy. d'Agon de Laconterie, *Ancien statutaire d'Alsace*, p. 56 et suiv., 140 et suiv. Cette attribution du tiers à la femme vient probablement des anciennes coutumes germaniques qui, on s'en souvient, admettaient cette quotité pour le droit de survie.

(3) C'est ce qui a lieu en Italie, chez les Lombards.

(4) Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 76, éd. de 1621, p. 468.

(5) *Coutume locale de la ville d'Arras*, art. 12, dans le Recueil intitulé *Coutume locale de la loy, banlieue et échevinage d'Arras*, Paris, 1746, p. 37.

(6) Bouthors, *Coutumes locales du bailliage d'Amiens*, t. 1, p. 308.

(7) D'Agon de Laconterie, *Ancien statutaire d'Alsace*, op. et loc. cit. Dans la basse Alsace, la ville de Strasbourg avait adopté dès le XII<sup>e</sup> siècle la communauté d'acquêts avec réserve des apports mobiliers et immobiliers. A la dissolution, une fois les dettes payées et les reprises opérées, l'actif se partageait entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé. Mais, par tradition de la loi ripuaire (t. XXXVII), on donnait au mari les deux tiers et à la femme un tiers. Le survivant avait toutefois droit, à titre de préciput, à quelques meubles de la communauté ; la femme prélevait un vêtement complet, ses linges, voiles, bijoux et quelque vaisselle ; le mari son habillement, sa monture, son équipement militaire, agricole ou industriel. Ce régime de la coutume de Strasbourg avait été adopté par un grand nombre de communautés de la basse Alsace : Benfeld, Roufach, Roderen, Rorschwir, Chatenoy, le comté de Bar, Marmoutiers, le Koscherberg, Obernai, Molsheim, Reichstett, Saint-Nabord, Ribeauvillé, etc. Dans la haute Alsace, la ville de Colmar et les autres villes impériales avaient, à partir de 1278, adopté le système de Cologne, qui consistait à réunir tous les biens des deux époux en une seule masse pendant le mariage, et à les diviser à la dissolution en deux lots comprenant l'un les meubles et l'autre les immeubles. L'époux survivant prenait tous les meubles et il avait l'usufruit des immeubles dont la nue propriété passait aux enfants ; mais s'il n'était pas né d'enfants du mariage, il prenait alors les immeubles comme les meubles et si les enfants, après avoir recueilli la nue propriété, venaient à mourir avant leur auteur, sans avoir fait de testament, celui-ci recueillait

Suisse (1), en Danemark (2), en Allemagne (3) et même en Portugal (4). On la rencontre aussi en Auvergne (5).

A côté de ces systèmes généraux des coutumes, certains pays se signalaient par des particularités plus ou moins remarquables. Dans l'Orléanais, l'Anjou, la Touraine, la communauté était en général organisée de la même manière que dans la coutume de Paris. Toutefois, à la dissolution, il existait un certain avantage au profit de l'époux survivant. Les acquêts se partageaient par moitié mais le conjoint survivant obtenait, outre la pleine propriété de sa moitié, l'usufruit de celle de l'époux prédécédé. Ce droit d'usufruit de l'époux survivant était-il subordonné à l'absence d'enfants du mariage, ou bien s'exerçait-il dans tous les cas? Certains auteurs pensent que les textes sont en contradiction sur ce point, les uns accordant le droit d'usufruit d'une manière absolue, les autres le subordonnant à l'absence d'enfants (6). A notre avis, les textes ont été mal compris : ils accordent l'usufruit au survivant d'une manière absolue, qu'il y ait ou non des enfants du mariage. Seulement ils ajoutent ensuite qu'à la mort du survivant les choses se passeront différemment selon qu'on se trouvera dans le premier ou dans le second cas ; dans l'un, les enfants, héritiers du survivant comme ils l'étaient du prédécédé, prendront tous les acquêts, en ce sens qu'ils acquerront la propriété de la moitié du survivant maintenant

lait alors, par voie de succession, cette nue propriété. Voy. Bonvalot, *Coutumes du Val d'Orbey*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. X, année 1864, p. 516.

(1) Arnold, *Zur Geschichte des Eigenthums in den deutschen Städten*, p. 167.

(2) Dareste, *Les anciennes lois du Danemark*, dans le *Journal des savants*, année 1881.

(3) Voy. Arnold, *op. cit.*, p. 164.

(4) Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 139.

(5) Jean Barbier et son *Viatorium juris*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1873, p. 224 et 225.

(6) Dans le premier sens, *Anciennes coutumes d'Anjou*, A, n° 28, t. I, p. 48. Dans le second sens, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 191, t. I, p. 505. On prétend aussi que les diverses leçons des *Établissements de Saint Louis* sont en contradiction sur ce point, et M. Viollet pense que l'absence d'enfants est une condition de l'existence de l'usufruit. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 140, t. II, p. 269.

décédé et que l'usufruit de l'autre moitié viendra rejoindre leur nue propriété. Dans le second cas, au contraire, à défaut d'enfants, la moitié des acquêts du survivant maintenant décédé, passe à ses héritiers, tandis que l'usufruit de l'autre moitié va aux héritiers du conjoint mort le premier. En d'autres termes, les textes s'occupent de l'existence des enfants pour régler la question de savoir à qui vont les acquêts à la mort du conjoint survivant, et nullement dans l'intention de faire de l'absence d'enfants une condition de l'usufruit du survivant (1).

En Artois, la communauté n'existait qu'entre époux nobles et sur les meubles et cateux ; on en excluait tous les immeubles, même ceux acquis pendant le mariage. A la dissolution de la communauté, la femme noble pouvait réclamer, outre son douaire, la moitié de la communauté, à condition de payer aussi la moitié des dettes, ou renoncer à cette communauté (2). Le régime de la communauté ne fut étendu à la femme roturière que par la coutume d'Artois de 1509 (art. 104 et suiv.), et les acquêts immeubles ne tombèrent dans cette société entre époux qu'en vertu de la coutume de 1544 (art. 161). On voit que le droit de l'Artois est resté plus longtemps fidèle aux anciennes traditions du droit germanique qui limitaient la femme à des gains de survie.

En Normandie, il existait aussi un régime tout spécial dont l'origine soulève encore aujourd'hui bien des controverses. Ce régime se composait de plusieurs droits de natures diverses. En premier lieu, la femme survivante prenait une part des meubles (3). Mais c'était là un simple gain de survie et

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 191, t. I, p. 505 : « Le acquetz faiz entre homme et femme durant leur mariage, le sourvivant a droit de les tenir moitié comme son propre héritage, et l'autre moitié comme usufruit et à viaige. Et après le décès du sourvivant, ilz se départiront entre les héritiers du premier trespasé et les héritiers du sourvivant, s'il n'y avait enfans. »

(2) *Anciens usages d'Artois*, tit. 33. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 97, éd. de 1621, p. 943.

(3) Cette part fut fixée par la coutume de 1583, art. 392 et 393, à un tiers s'il y avait des enfants nés du mariage, à la moitié s'il n'y avait pas d'enfants, et

non une portion de communauté; ce qui le prouve, c'est que si la femme précédait, ses héritiers n'obtenaient pas cette part de meubles. D'où venait ce droit? Était-il emprunté aux lois scandinaves, avait-il une origine germanique, ou bien encore était-il né spontanément sur le sol normand, de la coutume du pays? Toutes ces opinions ont été soutenues (1). Nous inclinons vers l'origine germanique: ce droit ressemble singulièrement au douaire et aussi au droit de succession que la loi des Ripuaires (tit. 34) accordait à la femme en cas de décès du mari; seulement la coutume normande le limitait aux meubles parce que sa tendance générale était de concentrer les immeubles entre les mains des hommes.

Pour les tenures en bourgage, c'est-à-dire pour les immeubles urbains situés dans l'enceinte des villes et des bourgs, la coutume normande consacrait un autre système: les tenures de cette nature, acquises par le mari pendant le mariage, se partageaient à la dissolution de l'union conjugale, en deux moitiés, l'une pour l'époux survivant, l'autre pour l'époux prédécédé représenté par ses héritiers. Il ne s'agissait donc plus là d'un gain de survie, ni d'un droit de succession, mais d'une véritable part de communauté et cette communauté est déjà consacrée par le *Grand Coutumier de Normandie* (2).

On a aussi beaucoup discuté sur l'origine de cette communauté limitée aux tenures en bourgage. Il est bien probable qu'elle est née spontanément dans les villes de la Normandie, comme dans les autres villes du nord, et à la même époque, c'est-à-dire vers le XII<sup>e</sup> ou XIII<sup>e</sup> siècle, pour donner satisfaction aux besoins des marchands et des industriels. Mais il ne fut

on assimilait à ce dernier cas celui où les filles étaient déjà dotées. A partir de la rédaction de 1583, la femme eut aussi, sur les conquêts immeubles, une part en usufruit, déterminée par les mêmes articles.

(1) Voy. Houard, *Anciennes lois des Français*, t. 1, p. 303; Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 646; Colin, *Le droit des gens mariés dans la Coutume de Normandie*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1892, t. XVI, p. 460.

(2) Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 31 et 100, éd. de Gruchy, p. 97, 244. — Terrien, *Commentaire du droit civil observé au pays et duché de Normandie*, liv. VII, chap. 7, p. 235 et suiv.

jamais question de l'appliquer aux autres tenures, à cause de la rigueur toute particulière du régime féodal en Normandie.

Quant aux biens de la femme, ils étaient soumis, dans cette province, à un régime tout à fait remarquable. Les meubles devenaient, par le fait même du mariage, la propriété du mari, à charge par lui de payer les dettes. Les immeubles demeuraient la propriété de la femme, mais le mari en avait la jouissance. Toutefois ils étaient absolument inaliénables, à la différence des meubles. L'aliénation consentie même d'un commun accord par le mari et la femme, aurait été entachée de nullité. Ce curieux régime a, aujourd'hui comme autrefois, excité la curiosité des jurisconsultes. Quelques-uns ont pensé que les Normands avaient inventé ce régime matrimonial (1). M. Laferrière se prononce encore en faveur des origines scandinaves, mais son opinion est très généralement repoussée, car elle ne repose que sur des conjectures (2). D'après de récents travaux, cette condition des biens de la femme serait tout simplement celle de la dot romaine; le régime dotal des Romains aurait donc pénétré jusqu'en Normandie (3). Nous avons déjà précédemment affirmé que ce régime des biens de la femme est né du rapprochement des institutions anglaises et normandes et un nouvel examen de la question nous confirme dans cette solution (4). Sans doute, la loi romaine des Visigoths a été copiée en Normandie dès la première moitié du ix<sup>e</sup> siècle, mais il nous paraît tout à fait conjectural de conclure de là que le droit romain, et en particulier le régime dotal, étaient observés dans cette province. Nous avons montré ailleurs qu'on s'occupait beaucoup du droit romain, dès la première moitié

(1) Voy., par exemple, Cauvet, *L'organisation de la famille d'après la coutume de Normandie*, p. 25.

(2) Voy., outre le passage déjà cité de cet auteur, le tome VI, p. 640.

(3) C'était déjà l'opinion des anciens jurisconsultes normands et elle vient d'être adoptée de nouveau par MM. Viollet et Colin : voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., p. 797 et Colin, *Le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XVI, p. 430 et suiv.

(4) Voy. notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 284 et suiv.

du moyen âge, en Normandie comme en Angleterre, dans les écoles et dans les monastères, mais qu'on n'en faisait aucun cas dans la pratique. Pour prouver que le régime dotal des Romains et celui des Normands n'ont absolument rien de commun, il suffit de les rapprocher. Chez les Romains, les meubles de la femme ne sont pas nécessairement dotaux et quand ils le sont, ils n'entraînent pas de droit obligation pour le mari de payer les dettes. En Normandie, le mari acquiert de droit la propriété des meubles de sa femme, à charge de supporter les dettes; mais d'ailleurs il peut ensuite librement disposer de ces biens (1). Ces principes dérivent manifestement du *mundium* germanique. Les immeubles propres de la femme ont sans doute pendant une première période aussi appartenu au mari (2), puis on décida qu'ils demeureraient la propriété de la femme; le mari en avait la jouissance, mais il ne pouvait pas les aliéner, même avec le consentement de sa femme. Sous ce rapport encore, le droit normand différait essentiellement du droit romain. En effet si la dot romaine avait passé en Normandie, elle aurait dû y être soumise aux principes du droit romain, tels qu'ils sont consacrés par la loi des Visigoths, notamment par les *Commentaires* de Gaius et par les *Sentences* de Paul. Or, d'après le droit romain la dot ne comprenait pas tous les biens de la femme, à moins qu'il n'existât une *conventio in manum*, mais seulement ceux qu'elle se constituait ou qui lui étaient donnés en dot; le mari devenait d'ailleurs propriétaire des biens dotaux; mais d'après la loi Julia il ne pouvait pas les aliéner sans le consentement de sa femme; avec ce consentement, l'aliénation était permise, peut-être même la constitution d'hypothèque (3). Or, dans le droit

(1) Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 100, éd. de Gruchy, p. 241.

(2) Il y a des traces de ce premier système dans le *Grand Coutumier de Normandie*, éd. de Gruchy, chap. 100 : « Car dès ce que la femme est en la pooste de son mari, il peut faire à sa volonté de elle, et de ses choses, et de son héritage » (p. 241).

(3) Ce dernier point est controversé. Voy. sur ces diverses questions, Gaius, *Commentaire* II, § 62 et 63; Paul, *Sentences*, liv. II, tit. 21, B, § 2; pr. J, *Quibus alienare licet*, II, 8; L. 4, *De fundo dotali*, XXIII, 5. C'est seulement la lé-

normand, on relève des principes absolument opposés : le mari ne devient plus comme aux temps primitifs propriétaire des immeubles dotaux; il ne peut pas les aliéner, même avec le consentement de sa femme et celle-ci, à la mort du mari, aurait toujours le droit de les revendiquer contre les tiers (1). Mais l'action donnée à la femme est toute spéciale au droit normand, c'est le *bref de mariage encombré* (2), action possessoire de la nature de la réintégrande, par laquelle la femme se fait rendre l'immeuble aliéné, à la condition d'agir dans l'an et jour (3). Ce bref donne lieu à une procédure archaïque et purement coutumière. Comment aurait-on pu y encadrer des principes de droit romain? On ne procède pas avec cet art au moyen âge.

Chez les Romains, à l'époque classique, certaines personnes avaient le devoir de constituer une dot; en premier lieu et toujours, le père, et, dans certaines hypothèses, la mère, et l'exécution de cette obligation considérée comme une conséquence de l'*officium pietatis* pouvait, depuis Caracalla, être poursuivie en justice (4). Mais la femme n'était pas obligée de se doter elle-même et ses frères n'étaient pas tenus de cette obligation (5).

gislation de Justinien, on le sait, qui a défendu au mari d'aliéner et d'hypothéquer le fonds dotal, même avec le consentement de la femme, en même temps que pour terminer une controverse elle a étendu l'inaliénabilité aux immeubles dotaux situés dans les provinces, Const. 1, § 15, *De rei uxoriæ actione*, V, 13.

(1) Voy. *Très ancien coutumier de Normandie*, chap. 4, p. 3, et chap. 80, n° 5, p. 84. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 100, éd. de Gruchy, p. 241.

(2) Le mot *bref* est manifestement emprunté au droit anglais et le mot *mariage* signifie *maritagium*.

(3) Sauf à l'acheteur à se retourner en garantie contre les héritiers du mari. Voy. *Très ancien coutumier de Normandie*, chap. 4, § 3, p. 3. Les textes postérieurs ont permis à la femme d'agir après l'an et jour par l'action pétitoire. Voy. coutume de 1583, art. 537. Mais il semble bien que ce droit lui ait toujours appartenu.

(4) L'obligation de doter la fille n'incombait peut-être au père, à l'époque de la loi Julia qu'autant qu'il avait puissance sur sa fille, mais il est certain que dans la suite elle lui fut imposée même au profit de la fille émancipée. L. 71, *De evictionibus*, XXI, 2. — L. 19, *De ritu nuptiarum*, XXIII, 2. — L. 6, *De colationibus*, XXXVII, 6. — L. 1, § 10, *Si quid in fraudem patroni*, XXXVIII, 5. — Const. 7, *De dotis promissione*, V, 11. — Nouvelle 97, chap. 5.

(5) Les textes invoqués en sens contraire n'ont aucun rapport avec cette question; ils supposent qu'une fille ou son frère est en curatelle et ils autorisent le

Bien différent est le système des Normands : tous les biens de la femme sont acquis à son mari, certainement les meubles en propriété, probablement aussi à l'origine les immeubles en propriété. Quant à l'obligation de doter, on voit bien que les praticiens ont essayé de l'imposer au père (1); mais cette tentative échoua complètement. Les textes sont formels pour constater que le père peut, s'il le veut, doter sa fille, mais qu'il ne saurait y être contraint (2). Ils n'imposent cette obligation qu'aux frères vis-à-vis de leurs sœurs; c'est ce qu'ils appellent le *mariage avenant*, c'est-à-dire une dot convenable; leur silence vis-à-vis du père est tout à fait significatif (3).

curateur du frère à doter la sœur ou la fille elle-même; ils ajoutent que la fille peut forcer son curateur à lui fournir une dot. L. 12, § 3 et L. 52, *De administratione tutorum*, XXVI, 7. — L. 32, § 2, *De condicione indebiti*, XII, 6. — Const. 1, *De dotis promissione*, V, 11. — Const. 9, *De administratione tutorum*. V. 37.

(1) Voy. Marnier, *Etablissements et coutumes, assises et arrêts de l'Echiquier de Normandie*, p. 181. — Cpr. Warnkönig, *Französische Staats- und Rechtsgeschichte*, t. II, appendice, p. 109.

(2) De là est même venu le dicton normand : « Le père doit un mari à sa fille et rien de plus. »

(3) Voy. par exemple le chap. 10 et le chap. 80 du *Très ancien coutumier de Normandie*, éd. Tardif, p. 10 et 83. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 84. Cette théorie du mariage avenant est une curieuse particularité du droit normand qui tient au régime des successions. Comme les filles étaient exclues par les fils dans les successions en ligne directe et les sœurs par les frères dans les successions collatérales, en retour on leur reconnaissait un certain droit à une dot. On voit que nous sommes bien loin du droit romain. La fille mariée du vivant de ses père et mère ne pouvait rien réclamer dans leur succession, qu'elle eût été ou non dotée. Lorsque les parents consentaient à doter leurs filles, ils ne pouvaient pas donner plus du tiers à toutes leurs filles réunies et aucune fille ne pouvait obtenir plus que le fils le moins prenant. Si la fille avait reçu moins, elle ne pouvait rien réclamer et si elle avait reçu plus, ses frères avaient le droit de la faire réduire. Toutefois le père pouvait, dans la nouvelle coutume de Normandie, au moyen de la réserve à partage ou à succession, donner à la fille qu'il avait mariée sans la doter le droit de prendre son mariage avenant, c'est-à-dire sa dot du tiers dans la succession, non pas comme héritière, mais comme créancière de son frère. La fille non mariée au décès de ses parents ne pouvait, jusqu'à un certain âge, se marier qu'avec le consentement de son frère, mais elle avait le droit d'exiger de lui son mariage avenant à tout âge. Sous l'empire de la nouvelle coutume, ces solutions se sont développées et précisées. Voy. Le Poittevin, *Des droits de la fille ou du mariage avenant dans la Coutume de Normandie*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*,

Chez les Normands, on répute dotaux, non seulement les immeubles qui sont donnés à la femme en vue du mariage, ou qu'elle possédait avant cette époque, mais encore tous ceux qu'elle peut acquérir dans la suite à un titre quelconque (1).

Ce système rigoureux parut fort gênant et les praticiens essayèrent de l'améliorer en déclarant valable l'aliénation faite par le mari, à la condition que la femme eût donné son consentement. Cette solution rencontra toutefois des résistances; elles sont attestées par un arrêt de règlement du parlement de Normandie, de l'année 1511, « pour ce que puis aucun temps en ce pays et ressort de la cour, les juges praticiens et avocats estoient en grande difficulté de la forme et manière d'entendre, interpréter et juger les brefs de mariage encombré contenu en la coutume du pays; aussi en grande incertitude de la validité ou invalidité des contracts et aliénations que les maris font des biens de leurs femmes, de leur consentement et les dites femmes de l'autorité et consentement de leurs maris. » La cour décide : que le bref de mariage encombré est une

p. 257, 562, 636. Cpr. Colin, *Le droit des gens mariés dans la coutume de Normandie*, dans la même revue, t. XVI, p. 430.

Nous retrouvons aussi cette théorie du mariage avenant dans les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine; cela ne saurait nous étonner. Nous avons maintes fois constaté que, sous le rapport de l'organisation de la famille et des successions, il y a de frappantes analogies entre les droits normand, anglais et angevin. D'après les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine, le père gentilhomme ne peut pas donner à sa fille plus qu'un mariage avenant, c'est-à-dire plus d'une part de fils le moins prenant et sans que cette part puisse jamais dépasser le tiers, mais rien ne s'oppose à ce que le père gentilhomme donne moins à sa fille, et du moment qu'elle a été dotée, même médiocrement, elle ne peut rien réclamer à ses frères dans la succession paternelle. Si le père meurt sans avoir doté sa fille, son frère est tenu de la doter et de lui donner un mariage avenant; si le mari consent à recevoir moins, la femme ne peut pas se plaindre pour le moment, mais à la dissolution du mariage, la femme survivante ou ses enfants, si elle est prédécédée, auront le droit de réclamer la différence entre ce qui a été donné et le mariage avenant. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, nos 2 et 3, C, nos 2 et 3, t. I, p. 70 et 197. Il est manifeste qu'au premier de ces textes il faut ajouter une négation..

(1) Voy. sur ce dernier point Terrien, liv. VIII, éd. de 1578, p. 267 et 268. Certains auteurs veulent que, parmi les immeubles successoraux on n'attribue au mari que ceux des successions en ligne directe; mais par sa généralité, le texte de Terrien contredit formellement cette solution. *Le Grand Coutumier de Normandie*, chap. 100, éd. de Gruchy, p. 243, ne parle pas des biens provenant des ascendants pour exclure les autres.

voie possessoire tenant de la réintégrande, donnée à la femme pour se faire restituer, dans l'an et jour du décès de son mari, la possession des biens dont elle a été dessaisie, soit par aliénation de son mari, sans son consentement, soit par sa propre aliénation, sans le consentement de son mari; que l'action doit être refusée si le mari, du consentement de sa femme ou la femme de l'autorité de son mari, a consenti les aliénations; que ces solutions s'appliquent à tous les immeubles de la femme, antérieurs ou postérieurs au mariage et quelle que soit la cause qui les ait fait acquérir à la femme (1). Le droit normand s'est ainsi développé en sens contraire du droit romain : celui-ci avait d'abord permis au mari l'aliénation des immeubles dotaux avec le consentement de sa femme et l'avait ensuite interdite, même avec ce consentement; celui-là, au contraire, commence par défendre l'aliénation, même avec le consentement de la femme et la permet ensuite sous cette condition. On ne saurait s'étonner de cette divergence si l'on se rappelle la véritable origine du régime normand. Elle remonte à ce principe germanique du *mundium* qui confondait la personne et les biens de la femme dans la personne et les biens du mari. Ce principe s'était fortement établi en Normandie; il a aussi passé en Angleterre (2) et s'est enfin maintenu dans les pays où s'est fait sentir l'influence anglo-normande (3). Dans le droit le plus ancien, le mari, par tradition du *mundium* et par l'effet de la suppression de la personnalité de la femme, acquérait tous les biens de celle-ci et il est resté des traces de cette législation archaïque (4). Mais on ne

(1) Voy. cet arrêt dans Terrien *op. et loc. cit.*, Cpr. le *Stilè de procéder en pays de Normandie*, de 1515, au titre de *mariage encombré*. Voy. l'édition gothique du *Grand Coutumier*, Rouen, 1539, Fol. 77, verso. — Cpr. Coutume de Normandie de 1583, art. 538, 539, 540, 542; coutume de Bretagne, art. 438; coutume d'Anjou, art. 510.

(2) Nous nous bornons à renvoyer sur ce dernier point à l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 284 et suiv.

(3) Voy. par exemple *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 648, t. II, p. 237.

(4) C'est ce droit primitif qu'on retrouve dans les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 648, t. II, p. 237.

tarda pas à constater que cette suppression pouvait n'être que temporaire : c'est ce qui se produisait si la femme survivait à son mari; elle reprenait alors sa personnalité et ses biens. On en arriva à refuser au mari la propriété des immeubles de sa femme et l'ancien système ne fut maintenu que pour les meubles. Mais la suppression de la personnalité de la femme pendant le mariage n'en continuait pas moins à produire ses effets : la femme ne pouvait pas aliéner, même avec le consentement de son mari et le mari ne le pouvait pas davantage, même avec le consentement de sa femme. C'est bien cette situation que résume très nettement le Grand Coutumier de Normandie lorsqu'il dit : « Car dès ce que la femme est en la pooste de son mary, il peut faire à sa volonté de elle, et de ses choses, et de son héritage : et ne peut (elle) riens vendre tant comme il vive, ne encombrer en derrière de luy qu'il ne puisse rappeler (1). »

L'atténuation du régime du *mundium* a produit, comme disent volontiers certains historiens, un *doublet* : tandis qu'elle a donné naissance en Normandie, à une sorte de régime dotal, elle a produit ailleurs le système de la communauté universelle.

Dans l'ancienne coutume de Hainaut, la femme était soumise à son mari, à ce point, nous dit un ancien texte, qu'elle n'avait ni pouvoir, ni vouloir; la personne de la femme disparaissait dans celle du mari et la coutume rédigée en 1534 ne donne pas encore au mari le droit d'autoriser la femme à passer les actes de la vie civile. N'y a-t-il pas là aussi une singulière analogie avec ce que nous avons rencontré en Normandie et en Angleterre (2) ?

(1) *Grand coutumier de Normandie*, chap. 100, éd. de Gruchy, p. 241. Par le mot *chose*, le Grand Coutumier a en vue les meubles. Quant aux héritages, les explications qu'il donne dans la suite du chapitre, atténuent l'assimilation faite entre les meubles et les immeubles. « Se aucun vend l'héritage de sa femme qui lui est échu de ses ancesseurs ja soit ce que elle n'en eust la saisine, elle aura, dedens l'an et le jour de la mort de son mary la saisine que il luy encombra, etc. » éd. de Gruchy, p. 241 et 243. De même on lit dans le chap. 15 (éd. de Gruchy, p. 45). « Femmes mariées ne peuvent rien avoir pour elles que tout ne soit à leurs maris. »

(2) Voy. Dumees, *Histoire et éléments du droit français pour les provinces*

Il y a lieu de rapprocher du droit Normand l'ancienne coutume de Bordeaux, où l'autorité maritale était organisée avec une rigueur exceptionnelle. Le mari était juge des causes de sa femme, sauf appel au maire et du maire au sénéchal (1). C'était, suivant certains historiens, un vestige d'une coutume primitive, et à notre avis, un effet de l'influence anglaise. Vis-à-vis de son mari et même à l'égard des tiers, la femme était placée dans un état d'incapacité absolue; elle ne pouvait pas disposer, même par testament, de ses biens et n'avait pas le droit de déposer en justice (2). Il paraît également que l'ancienne coutume de La Rochelle ou de l'Aunis donnait au mari un droit absolu sur les biens de sa femme. Elle décidait en effet que si un mari, indigène ou étranger, avait, par négligence ou par prodigalité, perdu sa fortune, il pouvait ensuite aliéner tous les biens de sa femme. Cette coutume fut soumise au pape Honorius III en 1223 par le maire et les bourgeois de La Rochelle, et le pape l'ayant déclarée vicieuse pour le for de la conscience, elle tomba en désuétude même dans la pratique (3). Toutes ces dispositions des coutumes du littoral de l'Océan s'inspiraient, comme celle de la Normandie, de la législation anglaise qui supprimait presque complètement la personnalité juridique de la femme mariée; mais elles avaient en France un caractère exceptionnel et on peut dire qu'en général, parmi nous, au moyen âge, la condition de la femme mariée était bien meilleure qu'en Angleterre.

*du ressort du parlement de Flandre*, 1 vol. in-12, 1753. — Dans son *Histoire du droit français* (t. VI, p. 14), Laferrière affirme, mais sans donner aucune preuve à l'appui, qu'il s'agit là d'une vieille tradition celtique.

(1) *Las costumaz de la vilà de Bordeu*, art. 64.

(2) *Las costumaz de la vilà de Bordeu*, art. 66 et 68. D'après la *Chronique bourdeloise* de 1359 (publiée par Tillet, p. 17), le mari qui tue sa femme dans un accès de colère, n'encourt cependant aucune peine s'il fait ensuite preuve d'un repentir sincère et solennel.

(3) Ciron, *Opera in jus canonicum*, p. 208. Cf. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 258. Le pape Honorius III réprova aussi une autre coutume de l'Aunis qui autorisait la femme à prendre la moitié des acquêts, bien qu'elle eût violé la foi conjugale.

## § 2. — LE RÉGIME DOTAL ET LES AUTRES RÉGIMES DE PAYS DES DROIT ÉCRIT.

Dans les pays du Midi, ce fut le régime dotal du droit romain qu'on continua à observer. Les chartes consacrent la distinction entre les biens dotaux et les biens paraphernaux (1). Ceux-ci restaient entre les mains de la femme qui en avait l'administration et la jouissance, de même qu'elle en exerçait les actions en justice (2). Toutefois, sous l'influence du droit coutumier, la femme était incapable; aussi ne pouvait-elle contracter ou aliéner qu'avec le consentement de son mari (3). En outre, tous les biens étaient considérés comme dotaux lorsqu'il n'existait pas de constitution spéciale de dot (4). Or, les biens dotaux étaient placés entre les mains du mari qui en avait l'administration et la jouissance. La propriété de ces biens était-elle au mari ou à la femme? Il ne semble pas que la question ait été tranchée avec netteté. La coutume de Toulouse paraît conférer la propriété au mari (5), tandis que Masuer, plus tard, affirme très nettement que les biens dotaux appartiennent à la femme (6). D'ailleurs, avant la renaissance du droit romain, on observait en France l'inaliénabilité de la loi Julia et non celle de Justinien. En d'autres termes, le mari avec le consentement de sa femme, et d'une manière plus exacte, les deux époux conjointement pouvaient aliéner ou hypothéquer les biens dotaux. Mais on exigeait volontiers que ce consentement fût confirmé par un serment ou par l'approbation des parents (7). C'est seulement dans la

(1) Voy. Vaissète, *op. cit.*, t. II, n° 193, année 1048.

(2) A Bordeaux cependant les paraphernaux sont administrés par le mari. Voy. Tessier, *Traité de la société d'acquêts*, p. 7 et 8.

(3) Voy. par exemple Vaissète, *op. cit.*, t. I, n° 83, année 862.

(4) Masuer, *Practica forensis*, IX, 11. — Coutume d'Auvergne, XIV, 9; Coutume de la Marche, XXI, 305.

(5) Ancienne coutume de Toulouse, 2<sup>e</sup> partie, tit. 6, art. 87, éd. Tardif, p. 94.

(6) Masuer, *Practica forensis*, XIV, 22.

(7) Tardif, *Le droit privé d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 82. — Statuts de Salon de 1293, dans Giraud, t. II, p. 254. — Coutume de Montpellier, art. 14. — Ancienne coutume de Bordeaux, art. 114. — Coutume de Villeneuve de Berg. art. 18, dans le *Recueil du Louvre*, t. XII, p. 394.

suite et sous l'influence du droit romain de Justinien que s'introduisit la prohibition d'aliéner ou d'hypothéquer, même avec le consentement de la femme. Ce droit de Justinien n'a toutefois jamais pu pénétrer dans le Béarn. Les fors de Béarn nous apprennent que ce pays avait adopté le régime dotal du droit romain avec les garanties données par la loi Julia. Cette législation avait passé des Codes de Théodose et d'Alaric dans les coutumes de Béarn et dans celles de Toulouse. Ainsi en réalité, chacun des deux époux gardait son patrimoine; le mari avait l'administration et la jouissance de la dot, mais il ne pouvait pas aliéner les biens dotaux ni les hypothéquer sans le consentement de sa femme. De même il lui était interdit d'affranchir les hommes qui vivaient servilement sur la terre dotale. Dans la suite, et malgré l'influence du droit romain de Justinien, les fors de Béarn en restèrent à ce système et ne consacèrent jamais l'inaliénabilité absolue, ou, en d'autres termes permirent toujours l'aliénation avec le consentement de la femme (1). Il y avait cependant dans le droit de ce pays quelques particularités, de sources autres que le droit romain. Ainsi la femme ne pouvait pas tester sans le consentement de son mari (2).

Il n'était pas rare dans les pays du Midi, que le régime dotal fût combiné avec le système d'une communauté moins étendue que celle des pays du Nord. Dans l'ancienne coutume de Toulouse, les biens acquis pendant le mariage par les deux époux, tombaient en communauté et se partageaient par moitié à la dissolution du mariage entre l'époux survivant et les héritiers du conjoint prédécédé.

Il y avait donc, dans la coutume de Toulouse une véritable communauté d'acquêts qui se combinait avec le régime dotal, mais le mari jouissait vis-à-vis de sa femme, d'un avantage appréciable sur les biens de cette communauté : s'il survivait, on lui attribuait, outre sa part, l'usufruit de la moitié dévolue aux héritiers de sa femme. Celle-ci n'aurait

(1) *Fors de Béarn*, art. 219, 256.

(2) *Fors de Béarn*, art. 261.

pas eu le même avantage en cas de survie. La coutume donne pour raison de cette différence qu'il y a lieu de présumer que la somme déboursée pour le prix des acquêts a été exclusivement prise dans le patrimoine du mari (1).

La coutume de Toulouse présentait encore d'autres particularités remarquables. Elle aussi avait emprunté le régime dotal de la loi romaine des Visigoths (2), par conséquent le régime dotal de la loi Julia qui permettait au mari d'aliéner et d'hypothéquer avec le consentement de sa femme. En outre, à moins de convention contraire, en cas de prédécès de la femme, le mari survivant gardait la dot. On lui attribuait même tous les effets mobiliers qui avaient été donnés à sa femme à l'occasion de son mariage. Si au contraire la femme survivait, elle recouvrait sa dot, à moins qu'elle n'eût été condamnée pour adultère. Enfin la femme jouissait d'une véritable hypothèque légale pour la restitution de sa dot, la délivrance de ses avantages matrimoniaux et le paiement de la provision qui lui était nécessaire pour vivre jusqu'au jour de cette délivrance (3).

Ces explications sur le régime des biens entre époux ne seraient pas complètes si on ne rappelait pas l'application du sénatus-consulte Velléien, et si on omettait de les rapprocher des gains de survie.

### § 3. — LE DOUAIRE (4).

Les lois des Barbares contiennent déjà d'assez nombreuses dispositions en faveur des femmes mariées et des veuves. La

(1) Ancienne coutume de Toulouse, art. 92.

(2) Voy. Loi des Visigoths, III, 3, 13.

(3) Voy. Ancienne coutume de Toulouse, art. 88, 103, 108, 109, 110, 113, 114, 116.

(4) Cpr. sur le douaire *Li droit et lis coutumes de Champagne et de Brie*, chap. XII, dans le *Coutumier général de Richebourg*, t. III, p. 211 ; Livre de Jean d'Idelin, chap. 187 et 188, dans les *Assises de Jérusalem*, t. I, p. 279 et suiv. ; Livre de Geoffroy-le-Tort, chap. XVI et LXV, *ibid.*, t. I, p. 419 et 467 ; *Clef des Assises de la haute cour*, §§ 229, 230 et 269 ; *Livre au roi*, chap. XXI, *ibid.*, t. I, p. 620 ; *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 18, 21, éd. Viollet, t. II, p. 27 et 31, liv. I, chap. 117 et 139, *ibid.*, t. II, p. 210 et 267 ; Beau-

constitution de dot faite par le mari à sa femme, probablement facultative dans l'ancienne Germanie, mais bien distincte à cette époque du prix d'acquisition du *mundium*, s'est peut-être ensuite fusionnée avec cette dernière institution et est dans tous les cas devenue obligatoire. On sait que le mari devait aussi à sa femme le *morgengab*, mais parfois ce don était venu d'avance comme la dot et alors les deux libéralités du mari se confondaient en réalité l'une avec l'autre. D'ailleurs, le *morgengab*, à la différence de la dot, n'eut jamais aucun caractère obligatoire dans aucune loi barbare. Sa fusion avec la constitution de dot faite par le mari au profit de sa femme, s'accomplit très probablement sous l'influence de l'Église qui généralisa la coutume de fixer le montant de ces libéralités avant le mariage. C'est sous cette influence qu'on en arriva à ne plus parler que d'un seul don appelé *dotulitium*, *doarium*. Déjà dans certaines lois barbares et dans les Capitulaires, la transformation de ces libéralités d'origine germanique faites à l'occasion du mariage par le futur époux, est en voie de s'accomplir. Mais il n'est pas toujours facile d'en suivre les différentes étapes, et cependant il est tel caractère du douaire qu'on ne peut pas s'expliquer si l'on ne remonte à ces vieux usages. Comment comprendre la condition de cohabitation entre le mari et la femme pour que celle-ci ait droit à son douaire, si ce n'est par la persistance des usages germaniques relatifs au *morgengab*, confirmés par l'Église qui ne considérait pas un mariage comme irrévocable tant qu'il n'avait pas été consommé? Les lois barbares les plus récentes et les Capitulaires imposaient au futur époux l'obligation de

manoir, chap. 13, t. I, p. 212. Ancienne coutume de Normandie, chap. 101 et 118, éd. de Gruchy, p. 246 et 300; Ancienne coutume d'Artois, tit. XXXII, à XXXV, éd. Tardif, p. 82; Coutume de Lorris, chap. 14, p. 53. Nous ne citons pas ici les coutumiers anglais, on les trouvera dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, avec les développements relatifs au douaire dans ce pays et sur lesquels nous nous sommes dispensé de revenir dans le présent ouvrage. Voy. t. II, p. 290; t. III, p. 220; t. IV, p. 310. Cf. Rimasson, *Essai historique sur la législation du douaire dans le droit germanique*, dans la *Revue de législation ancienne et moderne*, année 1870-1871, p. 373 et suiv.

doter sa femme devant le porche de l'Église; le plus souvent, le montant de la dot ou douaire était fixé par le futur époux, de l'avis du curé, des parents et des amis communs. Comme c'était un devoir pour le mari de doter sa femme, on admit sans difficulté, dans certaines lois barbares, qu'à défaut de convention, il existerait une dot ou douaire légal (1). La loi ripuaire fixe cette dot légale à cinquante *solidi* que la veuve prendra dans la succession de son mari. La loi des Alamands admet le même principe et fixe la dot à quarante sous; la loi des Bavaois, tout en acceptant le douaire légal, a soin de ne pas en régler le montant et se borne à prévenir le juge qu'il doit varier selon la condition du mari (2). La loi des Francs ne parle pas de cette obligation, précisément à cause de l'ancienneté de sa rédaction et il est même possible qu'il n'en soit pas non plus question dans la loi des Bourguignons. Mais ni la loi des Bavaois ni celle des Alamands, ne nous disent si cette dot légale constitue un droit de survie. La loi des Ripuaires est au contraire très nette sur ce point : les droits de la femme sur la dot légale sont subordonnés à sa survie. Elle acquiert même encore sous cette condition d'autres avantages, le tiers des acquêts et son morgengab (3).

Ce douaire légal, c'est-à-dire imposé au mari à défaut de constitution formelle et sous condition de survie, resta-t-il propre aux Ripuaires, ou bien devint-il de bonne heure géné-

(1) Nous avons vu en quel sens il faut entendre au point de vue de la validité du mariage, la règle du concile d'Arles de 524 : *Nè sine dote conjugium fiat*, reproduite par la loi des Visigoths, III, 1, 9.

(2) Loi des Ripuaires, XXXVII, §§ 1 et 2; loi des Alamands, LV, § 2; loi des Bavaois, VII, 14, 2. — Quant aux Capitulaires qui parlent de l'obligation de constituer une dot, ils appartiennent sans doute à la collection de Benedictus Levita, mais il ne faut jamais perdre de vue que malgré la fausseté de la plupart des Capitulaires de cette compilation, on peut y retrouver un grand nombre d'usages de l'époque. Voy. notamment, liv. VI, cap. 133 et liv. VII, cap. 105, 179, 389. Cpr. aussi Pardessus, *Loi salique, capita extravagantia*, 7.

(3) Loi des Ripuaires, tit. XXXVII, § 2 : « *Si autem per seriem scripturarum nihil contulerit (maritus), si virum supervivet, quinquaginta solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul conlaboraverint sibi studeat evindicare, vel quicquid ei in morgangeba traditum fuerat, similiter faciat* ».

ral? En d'autres termes, quelle est l'origine de notre douaire coutumier c'est-à-dire de celui auquel la femme a droit en cas de survie à défaut de convention matrimoniale expresse? Si l'on en croit Beaumanoir, le douaire coutumier aurait été créé pour la première fois en France par une ordonnance de Philippe-Auguste, de 1214, qui le fixa à la moitié des biens possédés par le mari au jour du mariage (1). Déjà autrefois Loysel avait admis cette explication et il enseignait que le douaire coutumier n'existait pas avant l'ordonnance de Philippe-Auguste (2). De nos jours, cette opinion a été acceptée par quelques historiens; ils reconnaissent volontiers qu'auparavant l'Église imposait déjà le douaire au mari et que cette circonstance a pu faire croire à l'existence d'un douaire coutumier avant l'ordonnance de Philippe-Auguste. Elle ne suffisait pourtant pas à créer un douaire coutumier: celui qui était imposé par l'Église n'en restait pas moins conventionnel.

Nous ne pouvons partager cette opinion. A notre avis, le douaire coutumier est antérieur de plusieurs siècles à l'ordonnance de Philippe-Auguste; il a sa source dans les lois barbares et dans l'action de l'Église. On ne peut en nier l'existence dans la loi des Ripuaires qui est formelle sur ce point; mais il est fort probable que d'autres lois barbares, notamment celle des Bavares, celle des Alamans, en fixant le montant de la dot légale, avaient aussi en vue un douaire, bien qu'elles n'aient pas parlé formellement de la condition de survie. Ce qui est certain, c'est que le douaire légal ou coutumier existait en Angleterre, en Normandie, en Sicile, à Naples avant l'ordonnance de Philippe-Auguste (3). On trouve aussi des chartes du XI<sup>e</sup> siècle qui attribuent à la femme, à titre de douaire, la moitié des immeubles de son mari. Enfin il ne faut pas perdre de vue l'action de l'Église en cette ma-

(1) Beaumanoir, chap. 13, n° 12, t. I, p. 216.

(2) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 1, règle 1.

(3) Voy. Lois de Henri I<sup>er</sup>, chap. 70. — Glanville, lib. VI, cap. 1. Nous renvoyons pour plus de détails sur ce droit anglo-normand à ce qui a été dit dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 291. On y verra aussi que l'ordonnance de Philippe-Auguste ne s'appliqua pas en Normandie.

tière et il est facile d'admettre qu'elle a contribué à la formation d'un droit coutumier du douaire, longtemps avant l'ordonnance de 1214 (1). Le seul objet de celle-ci a été de fixer la quotité du douaire pour le cas où il n'existait pas de conventions matrimoniales. Cette question avait probablement soulevé plus d'une difficulté à cause de la variété des coutumes, et aussi peut-être à raison des résistances de la féodalité. Avant l'ordonnance de 1214, le douaire coutumier était très généralement du tiers sur les fiefs et de la moitié sur les autres biens. Dans la loi des Ripuaires, le douaire légal, on l'aura remarqué, portait seulement sur une somme d'argent. Lorsqu'on en arriva ensuite à l'étendre aux immeubles, cette innovation dut rencontrer de la part de la féodalité plus d'une résistance, par cela même qu'elle faisait tomber des immeubles chargés du service militaire entre les mains des femmes. Aussi s'explique-t-on que dans un certain nombre de coutumes le douaire portait seulement sur le tiers des fiefs, tandis qu'il s'élevait à la moitié des censives. C'est cette différence que Philippe-Auguste se proposa de faire disparaître : il attribua à la femme la moitié des immeubles du mari, fiefs ou autres, à titre de douaire ; mais d'ailleurs cette ordonnance ne fut pas appliquée dans certaines coutumes qui maintinrent le douaire du tiers sur les fiefs. L'existence même de cette quotité ne prouve-t-elle pas aussi que le douaire coutumier est antérieur à l'ordonnance de Philippe-Auguste (2) ?

Le douaire avait été imaginé pour assurer l'existence de la femme après la dissolution du mariage, sans qu'elle fût même obligée de changer son genre de vie ; comment la femme aurait-elle vécu après la mort de son mari et comment aurait-elle pu assurer son existence pendant le mariage, alors qu'elle

(1) Nous donnerons une seule preuve de cette influence de l'Église sur le droit du douaire : la plupart des dispositions contenues à ce sujet dans le *Livre de justice et de plet* (p. 217 et suiv.) sont empruntées à la loi canonique.

(2) Voy. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 137, éd. Viollet, t. I, p. 263. — Arrêt de 1264, dans Boutaric, n° 890, et plus tard, coutume d'Anjou, art. 299, et coutume de Bretagne, art. 336.

était placée sous l'autorité de son mari et qu'elle supportait surtout la charge des enfants (1)?

Il va sans dire que la femme légitime avait seule droit au douaire, mais encore faut-il supposer un mariage valable (2). D'ailleurs, peu importait la durée du mariage; le douaire était dû même si l'union n'avait pas duré un an et un jour, tandis que la formation de la communauté était ordinairement soumise à cette condition (3).

Dans certaines coutumes, le douaire était dû, par extension et à titre de peine, soit par le ravisseur au profit de la personne enlevée, soit même par celui qui ayant eu commerce avec une fille refusait ensuite de l'épouser (4). Mais, sauf ces particularités, le douaire supposait toujours un mariage valable. Il fallait même que le mariage eût été consommé par la cohabitation, ce qu'on exprimait en disant : *au coucher la femme gagne son douaire* (5). C'est seulement à partir de la fin du xv<sup>e</sup> siècle que cette condition cessa d'être exigée : la femme eut désormais droit au douaire par cela seul qu'il y avait eu bénédiction nuptiale (6). On a longtemps dit que cette condition tenait à ce que le douaire était considéré comme un *pretium virginitalis*, mais il suffit, pour faire tomber cette expli-

(1) On lit dans le *Livre de justice et de plet*, p. 219 : « Cause de doaire est perdurable à la persone de la feme, et à ses heirs qui istront de celui mariage. Il appartient au juige que les femmes aient lor doaire sauf, par maintes resons ; por ce qu'ele est de povre porvéance de sa vie ; l'autre si est, por ce qu'ele est serre au seignor, et por ce qu'ele a dolor d'enfantement plus que sire n'a ».

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 218 et 219. — *Anciennes Coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 220, t. I, p. 523.

(3) *Anciennes Coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 751, t. II, p. 273.

(4) *Anciennes Coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1319, t. II, p. 488. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 226.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 219. — Beaumanoir, chap. 13, n° 25, t. I, p. 221. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, p. 249, de l'éd. de Gruchy : « Se l'homme meurt après ce qu'il a prins femme, ains qu'ils ayent couché ensemble en ung lit, la femme n'aura point de douaire ; car au coucher ensemble gaigno femme son douaire, selon la coustume de Normandie ». — « Item par la coustume de France, la femme gagne son douaire quant elle a jeu avec son mari en lit seule, en lui acédant et autrement non ». Manuscrit français de la Bibliothèque nationale, n° 18419, fol. 86. Voy. aussi Laurière sur l'article 248 de la coutume de Paris, éd. de 1777, t. II, p. 256.

(6) Voy. Laurière, sur l'art. 248 de la Coutume de Paris, II, p. 255. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 3, règle 3. Voy. cependant Coutume de Chartres, art. 52.

cation, d'observer que les veuves remariées avaient droit au douaire comme les autres femmes. Il est bien plus probable que cette condition s'est maintenue longtemps, sous l'influence de l'Eglise, qui n'a jamais considéré le mariage comme irrévocable tant qu'il n'est pas consommé par la cohabitation.

Le douaire ne pouvait pas porter sur la couronne de France, sur les comtés, duchés ou baronnies, à cause de l'indivisibilité du royaume et de ces grandes seigneuries (1). En règle générale, on excluait aussi du douaire certains donjons et forteresses, mais sur ce dernier point il y avait divergence dans les coutumes. On admettait volontiers que le douaire ne grevait pas les châteaux jurables et rendables, c'est-à-dire ceux que les vassaux étaient tenus de mettre à la disposition de leur seigneur en cas de guerre (2). Dans le Beauvoisis, le douaire s'étendait même sur les châteaux et forteresses, sauf exception pour ceux qui étaient au chef-lieu du comté (3). Dans d'autres coutumes, le mari ne pouvait pas constituer douaire sur son principal hébergement sans le consentement de son héritier, mais la femme avait droit à un équivalent égal au tiers de cet hébergement (4). Ailleurs encore, tout en décidant que la femme ne pouvait pas prétendre au douaire sur les châteaux et lieux fortifiés, on obligeait l'héritier à l'indemniser au moyen d'autres biens du mari (5). De même dans l'Anjou et le Maine, le douaire ne s'étendait pas aux choses données au mari et à ses hoirs par le roi ou le baron à raison de son service (6). Les termes de la donation étaient strictement interprétés et on pensait que si la femme avait exercé son douaire, la volonté

(1) Jean d'ibelin, *Assises de la haute cour de Jérusalem*, 177. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 3, règle 1.

(2) *Coutume de la septaine de Bourges*, art. 59.

(3) Beaumanoir, chap. 13, nos 8 et 19, t. I, p. 215 et 221.

(4) Coutume de Poitou, art. 162. Cpr. *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 62.

(5) Coutume d'Amiens, art. 121; Coutume de Bar, art. 1.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 121, t. I, p. 139; C, n° 113, t. I, p. 323. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 115.

du donateur n'aurait pas été rigoureusement observée (1).

D'ailleurs sauf ces restrictions, les femmes nobles avaient droit au douaire comme les roturières et il importe de bien s'entendre sur le sens de ces termes; car la quotité du douaire coutumier ou légal, n'était pas la même pour les unes et pour les autres dans un grand nombre de coutumes. On a dit souvent qu'il fallait s'attacher à la qualité du mari : la veuve du roturier avait le douaire roturier; la veuve du noble le douaire du noble; or le mariage avec un noble anoblissait la femme roturière et la femme noble ne perdait pas sa noblesse pour avoir épousé un roturier. Toutefois il nous paraît plus exact de dire qu'il fallait s'attacher à la qualité des terres, et ainsi la veuve, noble ou roturière, avait droit à ce que l'on appelait le douaire de la gentillefemme sur les fiefs et au douaire de la femme coutumière sur les autres biens. D'après les *Assises de Jérusalem*, le douaire des femmes nobles porte sur la moitié des fiefs, tandis que celui des roturières comprend tous les biens que possédait le mari au jour du mariage (2). De même, d'après les *Etablissements de Saint Louis*, la gentillefemme n'obtient en douaire que le tiers de la terre de son mari, tandis que la femme coutumière en prend la moitié (3). Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* reproduisent les mêmes solutions (4). L'ancienne coutume de Normandie, plus précise dans ses termes, distingue le fief de la tenure en bourgage. Sur le premier, le douaire est du tiers, sur le second, de la moitié (5). On a déjà remarqué que le douaire

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 97. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 121, t. I, p. 139.

(2) *Assises de la haute cour*, 179. — *Assises de la cour des bourgeois*, 186.

(3) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 16 et 137, éd. Viollet, t. II, p. 25 et 263.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 42, t. I, p. 87; B, n° 7, 8, 10, 14, 143, t. I, p. 72 et suiv.; C, n° 7, 8, 10, 132, t. I, p. 191 et suiv.; E, n° 214, 215, 221, t. I, p. 519 et suiv.; F, n° 730 à 732, t. II, p. 265; I, n° 238 à 241, 246, 253, t. III, p. 370.

(5) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247 et 248. Elle a droit à cette moitié même sur les bourgages acquis pendant le mariage, par exception à la règle que le douaire porte seulement sur les immeubles pos-

sur les fiefs était toujours le moins étendu, parce que le régime féodal ne voyait pas avec faveur une institution qui mettait un fief entre les mains d'une femme. Philippe-Auguste avait voulu que le douaire coutumier sur les biens nobles s'élevât à la moitié; mais ce qui vient d'être dit prouve que son ordonnance n'avait pas été partout suivie (1). Dans la prévôté et vicomté de Paris, les prescriptions de Philippe-Auguste avaient été acceptées. Le douaire coutumier des nobles ou autres était de moitié (2). C'est aussi la quotité qu'on retrouve dans Beaumanoir (3) et dans l'ancienne coutume d'Artois (4). La coutume de Reims fixait aussi la quotité du douaire légal à la moitié et la femme avait en outre le droit de garder les dons que son mari lui avait faits le jour et le lendemain du mariage. Cette dernière disposition rappelle le morgengab germanique, qui, à Reims, ne s'était pas confondu dans le douaire (5). Cette coutume de Reims, très probablement sous l'influence du droit canonique que faisait prévaloir l'archevêque, seigneur temporel, était tout particulièrement favorable aux femmes. Il n'en était pas de même de la coutume d'Angoulême; celle-ci accordait sans doute un douaire de moitié à la femme noble, mais elle refusait tout douaire à la roturière et ne lui

liés au moment du mariage. Voy. aussi *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier*, p. 61 et 62.

(1) D'ailleurs l'ordonnance de Philippe-Auguste ne se limitait pas aux pays d'obéissance, mais concernait tout le royaume. Voy. Beaumanoir, chap. 13, n° 12, t. 1, p. 216.

(2) *Coutumes notoires*, n° 59. — Cpr. *Olim*, t. IV, p. 346. — *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 46, p. 21.

(3) Beaumanoir, chap. 13, nos 2 et 12, t. 1, p. 213 et 216.

(4) *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXXII, n° 1, p. 82 de l'éd. Tardif : « Gentils femme ou autre, qui a eu mari a gentil homme ou a autre, post tant qu'il ait tenu fiefs, en toute le terre qui tient en fiefs et dont il est en soi et en hommage de signeur, au jour et à l'heure qui va de vie a mort, ele, après sen deciet, i avra le droite moitié pour cause de douaire, par le coustume d'Artoys, contre l'iretier, en tous esplois et en toutes values, queles que les soient ».

(5) Voy. première coutume générale de Reims, commentée par Girard de Montaçon, chap. 7 et 8, dans Varin, *Archives administratives de Reims*, t. I, p. 609. On y verra aussi que la femme pouvait opter entre ce douaire, ses reprises et ses libéralités, d'une part, ou, si elle le préférerait, tous les acquêts réalisés pendant le mariage et la moitié des propres du mari, si celui-ci lui avait laissé tous ces biens.

concédaient qu'un don en argent appelé *ocle*, *quasi osculi pretium* (1).

Il ne faudrait pas croire que ce douaire de la femme fixé à la moitié embrassât tout le patrimoine du mari. En principe, il ne portait à l'origine que sur une partie des biens immeubles possédés par le mari au moment de son mariage. Si l'on s'en rapporte à Beaumanoir, tel était le système consacré par l'ordonnance de Philippe-Auguste de 1214 (2). Mais en limitant ainsi le douaire aux biens que le mari possédait au jour du mariage, on risquait dans certains cas de laisser la femme sans ressources; il suffit de supposer que le mari ne possédait aucun bien à l'époque de la célébration de son mariage. Aussi admit-on de bonne heure que la femme pourrait exercer son douaire sur les biens qui adviendraient au mari au cours du mariage, par succession ou donation en ligne directe descendante (3). Telles furent en principe les deux espèces de biens sur lesquels portait le douaire; sur les uns et sur les autres, il était tantôt de moitié, tantôt du tiers, suivant les distinctions déjà faites (4). Ainsi le douaire ne grevait pas les biens venant de succession col-

(1) Voy. Vigier, *Coutumes du pays et duché d'Angoumois*, art. 47. Cette liberté, sorte de douaire imparfait, avait été probablement empruntée à la loi romaine des Visigoths. On y lit, en effet, lib. III, tit. 5, art. 5 : « Si ab sponso rebus sponsæ donatio, interveniente osculo, ante nuptias, illum vel illam mori contigeret dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere precipimus ».

(2) Beaumanoir, chap. 13, n° 12, t. I, p. 216 : « La generale coustume des douaires de ce que le feme emporte le moitié de ce que li hons a au jor qu'il l'espouse, si comme j'ai dit dessus, si commença par l'establisement le bon Roi Phelippe, roi de France, li quels regnoit en l'an mil deus cens et quatorze ». Voy. aussi *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247. — *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 46, p. 21.

(3) Beaumanoir, chap. 13, n°s 13 et 14, t. I, p. 216 et 217. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 322. — Desmares, *Décisions*, n° 175. — *Coutumes notoires*, n° 51. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 3, règle 2. Ce jurisconsulte attribue à tort cette innovation à Eudes de Sens, avocat de la fin du XIV<sup>e</sup> siècle; elle est beaucoup plus ancienne.

(4) Voy. les textes précités. Cpr. Desmares, *Décisions*, n° 215. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 219.

latérale. Ces biens, en effet, tombaient en communauté et le douaire ne pouvait s'exercer que sur les biens propres du mari (1). Plus tard on admit aussi que, dans le cas où le mari ne possédait rien au jour du mariage, la femme aurait droit à un douaire sur les biens du père, de la mère ou de l'aïeul de son mari prédécédé, lorsque le père, la mère ou l'aïeul auraient consenti au mariage; le douaire portait sur la moitié de ces biens. Telle est du moins la doctrine de Loysel : il limite le droit de la femme au cas où son mari prédécédé n'était saisi de rien au moment du mariage. Il est, en effet, certain que cette solution fut celle du début de cette innovation (2). Mais dans la suite, la plupart des coutumes allèrent plus loin et reconnurent à la femme un douaire sur la moitié des biens du père, de la mère ou de l'aïeul de son mari prédécédé, même si celui-ci avait possédé au jour de son mariage des biens sur lesquels la femme exerçait déjà son douaire (3). La coutume de Normandie a soin d'ajouter que la femme n'aurait pas eu droit au douaire sur les biens des ascendants de son mari prédécédé, s'ils n'avaient pas consenti au mariage (4). En outre, de même que la femme ne pouvait rien prétendre sur les biens recueillis par son mari en ligne collatérale depuis l'époque du mariage, de même elle n'avait aucun droit sur les biens advenus depuis le même temps en ligne collatérale aux ascendants de son mari (5). En Anjou, que les ascendants du mari eussent ou non consenti au mariage, la femme avait toujours droit au douaire sur leurs biens, en cas de prédécès de son mari. Il n'était toutefois pas sans intérêt de rechercher s'ils avaient ou non consenti au mariage; dans le premier cas, en effet, la femme pou-

(1) Sur la manière de prendre le douaire en cas d'indivision, voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 249.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247. — *Etablissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier*, p. 96.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 1, règle 3. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247. — *Nouvelle coutume de Normandie*, art. 369. — *Coutume de Poitou*, art. 260. — *Coutume d'Anjou*, art. 303.

(4) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247.

(5) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 247.

vait obtenir, dès la mort de son mari, sinon son douaire, du moins une provision équivalente, tandis que dans le second cas elle ne pouvait rien prétendre du vivant des ascendants (1).

Si les coutumes refusaient, en général, tout droit à la veuve sur les biens de son mari provenant de succession collatérale, cependant cette exclusion comportait certaines dérogations. Ainsi l'ordonnance de Jean II (art. 6), faisait porter le douaire sur ces biens et Bouteiller atteste qu'il en était de même dans une grande partie du nord de la France (2). La coutume d'Anjou, de 1411, soumet d'une manière générale au douaire, tous les immeubles propres existant dans le patrimoine du mari au jour de son décès, et la haute cour de Jérusalem y comprend même les acquêts (3).

Enfin, il était très généralement admis que si le père du mari avait laissé une veuve douairière et si cette veuve avait survécu à son fils, à la mort de celle-ci, le douaire de sa belle-fille s'exerçait sur un tiers ou sur moitié de ces biens devenus libres. Mais il n'y avait pas là, à proprement parler, une extension des principes ordinaires. Le mari avait eu, en effet, la nue propriété de ces biens en qualité d'héritier en ligne directe à la mort de son père, et le seul obstacle au douaire de sa femme était résulté du droit de sa mère; cet obstacle disparaissant, il était tout naturel que la veuve exerçât le douaire même sur ces biens, car son mari les avait acquis par succession en ligne directe (4).

L'existence d'un douaire légal ou coutumier n'excluait pas celle d'un douaire conventionnel. En d'autres termes, il était permis de stipuler un douaire différent de celui qui résultait

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 208 et 212, t. 1, p. 516.

(2) *Somme rural*, liv. 1, tit. 97.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 209, t. 1, p. 517. — *Assises de la haute cour*, chap. 177.

(4) Beaumanoir, chap. 13, n<sup>o</sup> 15, t. 1, p. 217. Si l'on admettait ainsi que le douaire s'étendait sur les biens acquis par le mari au moment du mariage, ou en ligne directe pendant le mariage, mais en nue propriété seulement, en sens inverse certaines coutumes disaient que le douaire ne pouvait pas porter sur les biens dont le mari avait seulement l'usufruit. Voy., par exemple, *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n<sup>o</sup> 213, cpr. n<sup>o</sup> 215.

de la coutume. Ce douaire conventionnel devait être constitué avant la célébration du mariage (1); tel était du moins l'usage général, mais il ne passa jamais à l'état de règle absolue et dans certaines coutumes on admettait que le douaire conventionnel pouvait être constitué pendant le mariage (2). Parfois il consistait dans une simple promesse, sans fixation de quotité, et alors, à proprement parler, il était inutile car cela revenait à dire qu'on adoptait le douaire coutumier (3). Il est fort probable qu'à l'origine le douaire conventionnel pouvait porter sur la nature et la quotité de biens qu'il plaisait aux parties de fixer, tandis que le douaire coutumier était limité à certains biens et ne portait que sur une moitié ou parfois un tiers de ces mêmes biens. De bonne heure, bien certainement au xiv<sup>e</sup> siècle et même peut-être au xiii<sup>e</sup>, sous l'influence de l'esprit féodal qui, nous l'avons déjà constaté, n'était pas favorable à cette institution, il fut admis que le douaire conventionnel pourrait bien être inférieur au douaire coutumier, mais ne saurait jamais le dépasser. Cette règle fut d'abord limitée aux nobles. Desmares nous apprend que le mari d'une roturière peut lui constituer toute sa fortune en douaire (4); mais la restriction établie pour les nobles ne tarda pas à être généralisée et à s'appliquer même entre roturiers (5). Dans les coutumes rédigées, qui appartiennent à la période suivante, nous constatons que cette restriction à la liberté des conventions fut admise même par celles qui limitaient le douaire coutumier au tiers (6). Enfin, en dernier lieu, ces restrictions disparurent : il fut permis de constituer des douaires conventionnels d'une étendue quelconque et Laurière nous apprend même que de son temps les femmes sti-

(1) Desmares, *Décisions*, n° 219.

(2) Voy. par exemple, *Anciens usages d'Amiens*, éd. Marnier, p. 154.

(3) Voy. par exemple, *Olim*, I, fol. 56.

(4) Desmares, *Décisions*, n° 137.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 219. — *Grand Coutumier de Normandie* chap. 101, éd. de Gruchy, p. 248. — Desmares, *Décisions*, n° 218.

(6) Poitou, art. 259. — Normandie, art. 371. — Clermont, art. 248. — Bourgogne, chap. 4, art. 7. — Nivernais, tit. 24, art. 2. — Auxerre, art. 212.

pulaient parfois des douaires qui dépassaient les limites de la fortune de leur mari (1).

En général, lorsqu'un douaire conventionnel avait été constitué à une femme, elle devait s'en contenter. On ne lui reconnaissait pas le droit de renoncer à ce douaire conventionnel pour s'en tenir au douaire coutumier, à moins que cette option ne lui eût été accordée par une clause formelle du contrat de mariage (2).

Dans les libéralités qui ont précédé le douaire, le mari transmettait tout de suite la propriété à sa femme. Il est bien certain que ce système fut adopté pendant quelque temps aussi pour le douaire. Les textes des ix<sup>e</sup>, x<sup>e</sup> et xi<sup>e</sup> siècles nous présentent la douairière comme propriétaire des biens sur lesquels porte son droit (3). En Angleterre, Glanville suppose toujours que le douaire est donné en propriété (4). Ce caractère s'y est même conservé bien plus longtemps qu'en France : on le retrouve encore plus tard dans Littleton, seulement la propriété de la douairière, au lieu d'être encore perpétuelle, est devenue viagère. Mais il ne faudrait pas en conclure qu'elle se confond avec un usufruit, car les Anglais n'ont jamais connu ce droit réel que nous avons emprunté à la législation romaine. C'est sous l'influence de cette législation que la nature du douaire s'est plus complètement transformée en France. On trouve sans doute encore des traces de l'ancien droit de propriété dans certains textes (5). Mais on ne tarda pas à comprendre qu'il était plus naturel de laisser la propriété au mari pendant sa vie et de ne transférer à la femme survivante un droit de propriété viagère ou même d'usufruit qu'à

(1) Sur les *Institutes coutumières* de Loysel, liv. I, tit. 3, règle 4.

(2) Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 3, règle 12. — Paris, art. 261. — Vermandois, art. 34. — Melun, art. 237.

(3) Rozière, form. 229; acte de 907, dans Mabillon, *De re diplomatica*, t. I, p. 578, 123. — D'Espiney, *Les cartulaires angevins*, p. 195, note 1.

(4) Voy. Glanville, lib. VI, cap. 17, et mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 294.

(5) Voy. ce que dit à cet égard M. Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 137. A notre avis ces traces sont très douteuses et les textes cités peuvent se comprendre aussi bien avec la notion d'un droit d'usufruit.

partir de sa survie. Cette transformation de la nature du douaire, qui cessa d'être un droit de propriété pour devenir un droit de jouissance, s'opéra d'une manière assez lente.

D'ailleurs, même ainsi constitué le douaire n'en continuait pas moins à être fort gênant pour le mari pendant le mariage. C'est qu'en effet, bien que la jouissance de la femme fût subordonnée à sa survie, elle avait cependant un droit acquis dès l'époque du mariage. Comme ce droit portait sur une partie de chaque bien, le mari ne pouvait aliéner avec sécurité pour les tiers que les biens qui échappaient au douaire, par exemple les biens provenant de successions collatérales. Quant aux autres biens, à ceux qui étaient dès maintenant grevés de douaire sous la condition de survie de la femme, les tiers qui les acquéraient en contractant avec le mari seul, ne devenaient propriétaires irrévocables qu'à la condition du prédécès de la femme. Jusqu'à ce moment ils étaient dans l'incertitude et si la femme survivait, son droit étant réel, elle pouvait les évincer. Des textes nombreux parlent de cette action réelle accordée à la douairière contre les tiers. L'ancienne coutume d'Artois dit qu'elle peut les réclamer, même s'il y a eu plusieurs aliénations successives et si elles remontent à un grand nombre d'années (1).

Lorsque le mari a aliéné tout ou partie des immeubles soumis au douaire et qu'il laisse dans sa succession d'autres immeubles en quantité suffisante pour remplir, tout au moins dans une certaine mesure, sa veuve de ses droits, celle-ci est-elle tenue d'accepter ces biens aux lieu et place de ceux qui ont été aliénés? En d'autres termes, son action contre les tiers est-elle purement subsidiaire et su-

(1) Beaumanoir, chap. 13, n° 5, t. I, p. 213. — *Livre de justice et de plet*, p. 169. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 229. — *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXXII, n° 3 et 4, éd. Tardif, p. 83. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 175, t. I, p. 74; C, n° 164, t. I, p. 354; E, n° 210, t. I, p. 517; F, n° 1094, t. II, p. 413; I, n° 242, t. III, p. 372; L, n° 153, t. IV, p. 210. — *Grand coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 250. S'il y a contestation à l'occasion du bien réclaté par la femme, il est mis en main de justice. *Livre des drciz et des commandemens*, n° 234.

bordonnée au cas où elle ne trouverait pas dans la succession des immeubles suffisants pour exercer son droit?

Cette solution est formellement consacrée par deux textes des coutumes d'Anjou et du Maine (1). Mais il serait dangereux et inexact de la généraliser. En Normandie, le tiers actionné en revendication par la veuve, n'est pas tenu de répondre, tant que l'héritier du mari qui lui doit garantie, n'est pas mis en cause; pendant la durée du procès, il conserve l'immeuble réclamé par la douairière, pourvu que celle-ci puisse obtenir un équivalent de l'héritier du mari; une fois le procès terminé, si la femme triomphe, elle obtient son douaire en nature contre le tiers, et l'acquéreur évincé se fait indemniser en immeubles ou, à défaut, en meubles; enfin, à la mort de la femme, l'usufruit cessant, le tiers acquéreur reprend son immeuble et rend à l'héritier du mari ce que celui-ci lui avait donné en échange (2).

Plusieurs moyens avaient été imaginés pour remédier, tant bien que mal, aux inconvénients du douaire vis-à-vis du mari. Et d'abord celui-ci avait le droit de constituer un douaire conventionnel qu'il limitait à certains biens; ses autres biens devenaient, par cela même, disponibles. Il pouvait aussi faire participer sa femme à l'aliénation et, dans ce cas, par le seul fait qu'elle avait donné son consentement, elle avait renoncé au droit d'agir plus tard contre les tiers (3). Mais il est probable que les maris s'étaient permis des abus et qu'ils obtenaient par force ou par fraude l'assentiment de leurs femmes. Aussi plusieurs coutumiers exigent-ils que la femme ait donné un consentement libre et spontané, que ce consentement soit complété par un serment, et qu'une lettre de l'official constate le serment de la femme; enfin, parfois aussi les coutumiers veulent que le mari ven-

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 96, t. I, p. 59; F, n° 753, t. II, p. 273.

(2) *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 62.

(3) Beaumanoir, chap. 113, n° 5, t. I, p. 213. — *Anciens usages d'Amiens*, éd. Marnier, p. 155.

deur remplace l'immeuble aliéné par un autre affecté au douaire (1). Dans les autres cas, la femme avait le droit d'évincer le tiers acquéreur, sauf à celui-ci à reprendre l'immeuble à l'extinction de l'usufruit de la douairière.

La confiscation totale ou partielle encourue par le mari pour une cause quelconque, par exemple pour félonie, ne portait aucune atteinte au douaire de la femme. Celle-ci exerçait néanmoins son droit de jouissance en cas de survie (2).

La femme était même protégée pendant le mariage contre la mauvaise administration de son mari. D'après les *Assises de la Cour des bourgeois*, toutes les fois que le mari compromettait sa fortune par des actes de prodigalité, la femme pouvait obtenir un ordre de justice qui prescrivait de mettre le douaire dans les mains sûres de prudhommes sages (3). En France, ce droit ne lui était pas reconnu, mais si les créanciers du mari faisaient saisir et vendre ses biens, la femme avait le droit et le devoir d'intervenir à la procédure et de réserver tous les droits de jouissance qu'elle pourrait exercer à titre de douairière en cas de prédécès de son mari. En tant que le douaire pouvait la constituer créancière, elle jouissait même d'un droit de préférence à l'égard des autres créanciers du mari (4).

Bien que la douairière eût seulement droit à un usufruit, elle n'en avait pas moins, dans la plupart des coutumes, la saisine du douaire coutumier à la mort de son mari. Il résultait de là qu'elle avait droit aux fruits et aux arrérages à partir du jour du décès. Au contraire le douaire conventionnel ne sai-

(1) Voy. par exemple, *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 173, éd. Viollet, t. I, p. 319. — *Livre de justice et de plet*, p. 169 et 173. — *Livre des droiz et des commandemens*, t. I, p. 396.

(2) *Assises de Jérusalem*, *Livre au roi*, chap. 21. — *Livre de justice et de plet*, liv. XVIII, tit. 24, § 19, p. 279. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 748, t. II, p. 272. — Il en était autrement en Normandie où la confiscation prononcée contre le mari nuisait à la femme. Voy. *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier*, p. 64.

(3) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 171.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1096, t. II, p. 414; I, n° 256, t. III, p. 383.

sissait pas la femme qui devait s'adresser à la justice pour obtenir l'envoi en possession et c'était seulement au jour de la demande qu'elle avait droit aux fruits et arrérages (1). Cette distinction était encore faite au xvi<sup>e</sup> siècle, dans les art. 140 et 143 de la coutume de Paris rédigée en 1510; mais elle fut supprimée dans la réformation de 1580 où l'on décida que le douaire conventionnel saisirait comme le douaire coutumier (2).

Quant au partage, la femme avait bien évidemment le droit de le demander comme les héritiers. C'était même elle qui établissait les lots, mais l'héritier choisissait le premier. Le douaire était-il de moitié, la femme faisait deux lots et elle prenait celui que l'héritier ne voulait pas; le douaire était-il du tiers, on formait trois lots: l'héritier prenait le premier; la veuve choisissait parmi les deux derniers celui qu'elle préférerait, et l'autre allait à l'héritier (3). Dans les coutumes qui, par exception, refusaient à la veuve la saisine du douaire coutumier à la dissolution du mariage, on lui accordait, en retour, en cas de contestation entre les héritiers du mari, une provision sur les biens soumis au douaire pendant la durée du procès. En Anjou cette provision était de la moitié; ailleurs elle était moins forte, du tiers ou du quart. D'ailleurs la femme obtenait cet avantage sans être tenue de fournir autre chose qu'une caution juratoire (4).

(1) De Fontaines, *Conseil*, chap. 21, n° 45. — Desmares, *Décisions*, n°s 127 et 216. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 33.

(2) Loysel, *Inst. cout.*, liv. I, tit. 3, règle 11. — Nouvelle coutume de Paris, art. 256.

(3) Beaumanoir, chap. 13, n° 14, t. I, p. 217. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 97. — *Anciennes coutumes de Picardie*, éd. Marnier, p. 116. — Voy. aussi *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n°s 265 et suiv. D'après Beaumanoir, la douairière prend le chef manoir, chap. 13, n° 8, t. I, p. 215. Voy. toutefois, n° 19, t. I, p. 221. D'après le *Livre des droitz et des commandemens*, (n° 839) la femme prend son douaire sur la terre avant tout partage. Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine nous apprennent que la femme ne peut pas être assignée divisément sur chaque immeuble de son mari. E, n° 211, t. I, p. 517; F, n° 743, t. II, p. 270; I, n° 248, t. III, p. 377; L, n° 158, t. I, p. 212.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 250, t. III, p. 379. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 97.

La douairière avait tout naturellement les droits et les devoirs d'un usufruitier. Elle pouvait jouir des biens en personne ou les donner à bail, en totalité ou en partie. Mais à sa mort les baux qu'elle avait consentis tombaient nécessairement, car elle ne pouvait pas conférer des droits d'une durée plus longue que celle du douaire (1). La jouissance de la douairière devait être celle d'un bon père de famille, sous peine de perdre son droit (2).

En sa qualité d'usufruitière, la douairière devait supporter les dépenses d'entretien, contribuer au ban ou à l'arrière-ban, accomplir toutes les prestations, payer toutes les redevances, foncières ou autres, considérées comme charges de jouissance. Mais elle n'était pas tenue d'exécuter les charges qui avaient été établies par le mari pendant le mariage et qui ne lui étaient pas opposables. Tant que la veuve avait eu un droit de propriété, on n'avait pas hésité à décider qu'elle devait les foi, hommage et services du fief. Mais, à partir de l'époque où son droit avait été limité à un usufruit, on avait éprouvé des doutes, notamment au XIII<sup>e</sup> et au XIV<sup>e</sup> siècles. On finit par admettre en général la solution qui était la plus favorable à la douairière et aussi la plus conforme aux vrais principes du droit féodal : la prestation de foi et hommage étant une charge de la propriété, la douairière n'en devait pas être tenue, pas plus que du relief, mais si l'héritier du mari avait refusé de prêter foi et hommage, la douairière pouvait, comme tout usufruitier, accomplir cette formalité à sa place, *ne deterior conditio usufructuarii fiat* (3).

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 219.

(2) Nous reviendrons bientôt sur cette extinction pour cause d'abus de jouissance. Voy. dès maintenant sur les obligations de la douairière : Beaumanoir, chap. 13, n° 7, t. I, p. 214. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n°s 217 et suiv., t. I, p. 520; I, n°s 248 et 251, t. III, p. 377. — *Coutumes notoires*, n° 104. — Desmares, *Décisions*, n°s 186 et 196. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 419. — *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier*, p. 7.

(3) Voy. en sens divers, *Olim*, t. II, p. 412. — Beaumanoir, chap. 12, n° 12, t. I, p. 183; chap. 13, n° 7, t. I, p. 214; chap. 30, n° 40, t. I, p. 423. — *Le Livre des constitutions du Chastelet*, § 78, éd. Mortet, p. 83. — Loysel, *Insti-*

Les textes ne nous disent pas si la douairière devait fournir caution, et leur silence même paraît la dispenser de cette obligation. C'est aussi la solution que donne Terrien pour la Normandie; mais il ajoute que si la femme est suspecte de mal administrer les héritages, on pourrait peut-être bien la contraindre à donner caution et, pour le cas où elle se trouverait dans l'impossibilité de la fournir, nommer un commissaire chargé d'administrer et de louer les biens, sauf à en remettre les revenus à la veuve (1).

A la mort de la douairière, ses héritiers devaient restituer les biens au nu-propiétaire. Ils n'avaient pas droit aux fruits pendants par branches et par racines, mais ils pouvaient réclamer une indemnité pour les frais de labour, semences et autres (2). Cette mort de la douairière était la cause la plus naturelle de l'extinction du douaire. L'abus de jouissance produisait le même effet, mais cependant les textes, tout en posant ce principe, présentent quelques divergences de détail dans son application. Les uns se bornent à déclarer que la douairière sera privée de son droit si elle ne jouit pas comme le ferait un bon père de famille (3). D'autres disent que si la négligence de la femme est de nature à nuire aux héritiers du mari, ceux-ci peuvent demander des dommages-intérêts et c'est seulement dans le cas où la femme n'est pas en état de les acquitter qu'ils obtiennent un jugement prononçant l'extinction du douaire (4). Les *Assises de la cour des bourgeois* (chap. 167), enlèvent aussi à la veuve tout droit au douaire si elle se remarie avant l'an et jour du décès de son mari.

*tutes coutumières*, liv. I, tit. 3, règles 18 et 19. — Paris, art. 262; Péronne, art. 145 et 146; Angers, art. 20.

(1) Terrien, *Commentaire du droit civil observé aux pays et duché de Normandie*, p. 240.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 249.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 217, t. I, p. 520; I, n° 248 et 251, t. III, p. 377. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 419.

(4) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 18 et 19, éd. Viollet, p. 27 et 28.

Dans la plupart des cas qui précèdent, la femme est privée de son douaire après la dissolution du mariage; en outre certaines causes produisent déjà cet effet pendant la durée du mariage. Ainsi l'adultère de la femme lui enlève tout droit au douaire; certains textes exigent un jugement de séparation de corps prononcé contre la femme au profit du mari; d'autres ne parlent pas de cette condition (1). L'ancienne coutume de Normandie dit d'une manière générale que la femme n'a pas droit au douaire si, au moment du décès de son mari, elle vit séparée (2). Mais, bien entendu, ce texte suppose une séparation imputable à la femme. Si la séparation avait eu lieu par la faute du mari ou même s'il y avait eu des torts réciproques, la femme aurait eu droit au douaire, comme nous l'apprend Terrien dans son livre VII où il commente cette disposition (3).

On admettait que la femme pouvait valablement renoncer à son douaire (4) pendant le mariage; c'est ce que consacre déjà un arrêt du Parlement de 1268 et la validité de cette renonciation est également reconnue par les coutumiers (5). Mais on ne permettait pas à la femme de renoncer à son douaire par contrat de mariage; ce fut seulement au xvii<sup>e</sup> siècle qu'on reconnut la validité de cette convention « contre l'usage de neuf ou de dix siècles », comme dit Laurière, sous l'art. 247 de la coutume de Paris.

L'ancienne coutume d'Artois nous apprend que la veuve était privée de son douaire vis-à-vis des tiers dans trois cas : si elle y avait renoncé; si elle avait déclaré qu'elle n'invoquerait pas le sénatus-consulte Velléien; enfin, si elle avait

(1) Voy. dans ce second sens, *Livre de justice et de plet*, liv. X, tit. 20, § 4. Voy. dans le premier sens, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, C, n° 10, t. I, p. 193.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, éd. de Gruchy, p. 249.

(3) Voy. aussi *Livre de justice et de plet*, p. 217; *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 199 et 773.

(4) Le *Livre des droiz et des commandemens*, n° 849 ne dit pas que la femme ne peut pas renoncer à son douaire; il porte seulement qu'elle n'a pas le droit de se priver des garanties établies en faveur du douaire, ce qui est bien différent.

(5) Arrêt de 1268, *Olim*, I, fol. 165.

reçu l'équivalent du bien aliéné par le mari. On aura remarqué que dans ces cas, tout au moins dans le premier et dans le troisième, la renonciation au douaire pouvait n'être que partielle (1).

Il y avait aussi des cas où, pour des causes très diverses, le droit au douaire ne naissait même pas au profit de la femme. D'après l'ancienne coutume d'Artois, la femme noble n'avait pas droit au douaire s'il existait des enfants nés du premier lit (2). Mais la plupart des coutumes admettaient que la seconde et même les subséquentes femmes avaient droit au douaire, seulement la seconde femme prenait son douaire sur la moitié des biens possédés par le mari au moment du second mariage, après déduction du premier douaire au profit des enfants nés du premier lit, et ainsi de suite (3). D'après une disposition curieuse de la coutume d'Anjou (4), la femme noble n'a pas droit au douaire coutumier lorsqu'au jour de son mariage, elle est héritière présomptive de ses père et mère, ou de l'un d'eux, ou de quelqu'un de ses lignagers. La coutume présume que dans ce cas la femme n'a pas besoin du douaire, les biens qu'elle doit acquérir par succession étant de nature à satisfaire à ses besoins. Mais cette présomption peut être parfois mal fondée en fait : telle fille, héritière présomptive de son père et de sa mère, au jour de son mariage, n'aura plus cette qualité à l'époque de leur décès, par exemple, parce qu'il est né un fils à ses parents. Il peut aussi arriver que ces biens de succession, tout en étant acquis à la femme, ne lui procurent pas les mêmes avantages que le douaire. Cette disposition rigoureuse de la coutume d'Anjou ne peut s'expliquer que par la défaveur avec laquelle le droit féodal voyait le douaire. Il faut expliquer de la même manière une autre

(1) *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXXIII, éd. Tardif, p. 83.

(2) *Ancienne coutume d'Artois*, tit. XXXV, éd. Tardif, p. 86.

(3) C'est ce que nous verrons bientôt en nous occupant du douaire des enfants. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 219. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, nos 157, 185, 216. Voy. aussi Beaumanoir, chap. 13, n° 2, t. 1, p. 213.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 238, t. III, p. 370.

disposition de la même coutume, aux termes de laquelle la femme ne peut avoir à la fois don et douaire sur les héritages de son mari. Mais d'ailleurs si celui-ci lui fait une donation, on lui laisse le droit de choisir entre cette libéralité et le douaire (1).

Les causes relatives au douaire pouvaient être portées, au choix de la femme, soit devant la justice d'Église, soit devant la justice laïque du roi ou du seigneur (2). Mais il paraît que dans certains pays, en Normandie par exemple, on préférait la justice laïque et on n'allait plus en cour d'Église, sous prétexte que les appels prolongeaient indéfiniment les procès (3). Beaumanoir nous apprend qu'en cause de douaire il n'y avait ni contremand ni jour de conseil, mais qu'on admettait le jour de vue. On recommandait au juge de statuer rapidement sur l'affaire (4). Il fallait en effet que l'existence de la veuve et celle de ses enfants fussent assurées. Dès que le procès tardait un peu à être jugé, on accordait à la veuve une provision, d'après la coutume d'Anjou, de moitié de ce qu'elle pouvait demander. Mais cette provision se prenait toujours sur les biens détenus par les héritiers et jamais sur ceux qui, par suite d'aliénations du mari, avaient passé entre les mains d'un tiers (5).

Le grand Coutumier de Normandie indique deux procédures devant la juridiction séculière pour réclamer le douaire :

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1231, t. II, p. 460; I, n° 247, t. III, p. 376.

(2) Beaumanoir, chap. 13, n° 3, t. I, p. 212 et 213. — Arrêt du Parlement de 1269, déboutant l'évêque de Beauvais qui prétendait la juridiction d'Église seule compétente, *Olim*, I, fol. 169; Boutaric, n° 1364. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 101, 102, 118, éd. de Gruchy, p. 250, 251, 300. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 53, t. I, p. 93; B, n°s 12 et 143, t. I, p. 74 et 156; C, n°s 12 et 132, t. I, p. 197 et 339; E, n° 219, t. I, p. 522; F, n°s 378 et 742, t. II, p. 151 et 269; I, n° 250, t. III, p. 379. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 421.

(3) *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 8.

(4) Beaumanoir, chap. 13, n° 3, t. I, p. 213. — En Normandie, on admettait un contremand et un seul exoine. Voy. *Établissements, coutumes, assises, et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 8. Cpr. p. 68.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 25; t. III, p. 379.

la femme agira tantôt par bref de douaire, tantôt par record. Dans le premier cas, elle assigne le défendeur aux plus prochaines assises, pour lui faire reconnaître que son mari était saisi de tel bien au jour de son mariage. On accorde aussi au défendeur jour de vue et il y a lieu ensuite à la procédure *per inquisitionem*. Dans la procédure par record, on en appelle au souvenir des parents et amis qui étaient présents au jour des épousailles. Il est interdit à ces parents et amis de s'excuser; ce qu'ils déclarent sous serment est considéré comme la vérité, pourvu que sept au moins déposent dans le même sens (1).

La douairière avait droit, tout au moins si elle était noble, à un manoir pour son habitation; l'auteur des *Coutumes de Beauvoisis* nous dit même qu'elle prend le chef manoir (2). Mais ce manoir, nécessaire à la demeure de la veuve, s'imputait-il sur le douaire, ou venait-il s'y ajouter? La solution est restée douteuse à cause de l'insuffisance des textes (3). Une ancienne coutume d'Anjou reconnaît à la femme noble le droit de demander un manoir, même s'il ne s'en trouve pas dans les biens soumis au douaire; mais elle ne nous dit pas si ce manoir s'imputait ensuite sur sa jouissance (4). Lorsque la douairière ne devait pas rester dans le château qu'elle occupait au moment de la mort de son mari, elle pouvait cependant y demeurer provisoirement, tant que l'héritier ne lui avait pas procuré un manoir convenable (5).

Les anciens jurisconsultes et les coutumiers s'accordent aussi pour reconnaître à la veuve le droit de prélever certains objets en dehors de tout douaire et de la communauté. Ce

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 102 et 103, éd. de Gruchy, p. 250 et suiv.

(2) *Beaumanoir*, chap. 13, n° 8, t. I, p. 215. Voy. toutefois n° 19, t. I, p. 221.

(3) *Les Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 18, t. II, p. 27, ne s'expliquent pas clairement sur ce point.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 213, t. I, p. 518.

(5) *Livre de justice et de plet*, p. 220. — *Olim*, Enquêtes, année 1258, éd. Beugnot, t. I, p. 54. — *Bouteiller, Somme rural*, liv. I, tit. 97.

droit était personnel à la femme et si elle était prédécédée, il n'aurait pas appartenu à ses héritiers. Mais les juristes ne s'entendent pas lorsqu'il s'agit de déterminer les linges, hardes et autres objets mobiliers à l'usage personnel de la femme que celle-ci avait le droit d'enlever en qualité de veuve. Beaumanoir (chap. XIII, n° 21) ne lui accorde que sa robe et sa derraine de chaque jour ainsi que son lit. Bouteiller (1) est plus généreux et il comprend dans le droit de veuve « le meilleur habit à elles appartenant, l'anneau de mariage, le fermail et les ornements de chef, leur lict, étoffe et courtine si elle y est, et un lict pour leur damoiselle servant, si elles sont dames ou damoiselles nobles, de tous hostieux un et le meilleur que prendre voudrait, réservé vaisselle d'or ou d'argent et beste vive. »

Bouteiller nous apprend aussi que dans certaines coutumes du nord la veuve roturière obtenait sous le nom de *vivelotte* la jouissance de tous les biens que son mari tenait en *coterie*, c'est-à-dire en censive ; peu importait que la veuve eût ou non des enfants. Il n'est donc pas vrai de dire que ce droit de *vivelotte* était destiné à l'éducation de ses enfants, puisque la femme en jouissait même s'il n'en était pas né du mariage. La *vivelotte* tenait du douaire coutumier, mais elle en différait en ce que, si la femme se remariait, elle en perdait la moitié, en supposant qu'elle eût des enfants du premier lit, tandis que le douaire ne comportait aucune réduction par l'effet d'un second mariage (2).

#### § 4. — AUTRES GAINS DE SURVIE.

Certaines coutumes reconnaissaient au mari une sorte de douaire ou, pour parler plus exactement, un gain de survie, un droit d'usufruit sur l'apport de sa femme. Ce droit était réservé au mari survivant, à la condition qu'il fût de nais-

(1) *Somme rural*, liv. I, tit. 98.

(2) Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 98, *Du droit de vivelotte*, p. 960, de l'éd. de 1621; p. 559, de l'éd. de 1612.

sance noble, qu'il eût épousé une vierge et qu'il fût né un enfant de leur union; il n'était pas d'ailleurs nécessaire que cet enfant fût vivant au moment de la mort de sa mère. Mais le veuf perdait ce droit de jouissance s'il se remariait. Ce droit de viduité du mari se rencontre dans les coutumes de Touraine, d'Anjou, du Maine, de Normandie et de Picardie (1).

Il s'y était probablement maintenu sous l'influence des mœurs et des institutions anglaises qui consacraient le même droit de jouissance au profit du mari survivant sous le nom de *Curtesy of England*. Les anciens jurisconsultes anglais étaient persuadés qu'il s'agissait là d'une institution propre à leur pays et ils l'ont toujours revendiquée avec une certaine fierté; c'est aussi pour ce motif qu'ils l'ont appelée *courtoisie d'Angleterre*, afin d'affirmer qu'elle était propre à leur nation. Elle n'est pourtant pas née sur leur sol et n'est même pas d'origine saxonne; les Normands ont introduit cet usage avec eux lorsqu'ils ont envahi l'Angleterre, comme le prouve le mot même de *courtoisie* qui est d'origine française. Puis plus tard, l'Angleterre à son tour a fait sentir son action en France et c'est sous son influence que cet usage s'est maintenu dans l'Anjou, la Touraine, la Picardie et surtout en Normandie. On en trouve aussi des traces dans certaines contrées de l'Allemagne; il s'agit bien là certainement d'une institution d'origine germanique (2) et Laferrière s'est manifestement trompé lorsqu'il a pensé qu'elle était propre à l'Anjou qui l'aurait empruntée au droit ro-

(1) *Établissements de Saint Louis*, liv. 1, tit. 13, éd. Violette, t. II, p. 24. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 119, éd. de Gruchy, p. 301. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 5, t. 1, p. 71, et C, n° 5, t. 1, p. 189. — *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, éd. Marnier, p. 15. — La nouvelle coutume de Normandie se montra moins sévère contre le mari veuf qui se remariait et ne lui enleva que les deux tiers de son usufruit.

(2) Voy. loi des Alamans, liv. II, chap. 95, Pertz, *Leges*, III, p. 78. Cpr., chap. 83, des lois de Lantfried, p. 115; *Miroir de Saxe*, liv. 1, art. 23. Cpr. Coutume de Charroux de 1247, dans Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. II, p. 402.

main (1). Le mari ayant eu pendant le mariage la jouissance du *maritagium*, on avait trouvé tout naturel qu'elle persistât à son profit jusqu'à sa mort, à condition qu'il fût né un enfant du mariage. Plus tard, sous le régime féodal, lorsqu'une fille titulaire de fief se mariait, son mari faisait l'hommage en son nom; en retour des services qu'il prenait à sa charge et dont il dispensait sa femme, il acquérait le *droit de courtoisie*, ainsi appelé du nom qui avait toujours caractérisé l'hommage particulier dû par les femmes. On s'explique ainsi que dans certaines coutumes le droit de courtoisie ait été consacré seulement au profit du veuf de condition noble.

Ce droit de jouissance n'a pas pu se développer en France; il a été étouffé par le régime de communauté qui, en se consolidant, assurait des avantages bien autrement considérables au mari. S'il s'est maintenu en Angleterre et parmi nous en Normandie, c'est précisément parce que dans ces pays le régime de communauté est resté tout à fait inconnu (2).

D'après les *Établissements de Saint Louis*, l'époux survivant avait un droit d'usufruit sur les acquêts compris dans la part de communauté du conjoint prédécédé. Mais ce gain de survie différait sensiblement de celui que nous venons de reconnaître au mari survivant: il était accordé aussi bien à la femme qu'au mari, sous la condition de survie; il semble qu'il était réservé aux coutumiers ou vilains; enfin, il n'était pas subordonné à la naissance d'un enfant (3).

Plus tard, dans sa *Somme rural*, Bouteiller nous apprend que si deux époux ont acheté en commun des héritages, le survivant obtient d'abord sa moitié en propriété et ensuite l'usufruit de la part de son conjoint prédécédé (4). Mais

(1) Const. 2, de *bonis maternis*, C. th., VIII, 23. — Cf. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 116.

(2) Je suis entré ailleurs dans des détails beaucoup plus complets sur la *Curtesy of England* et je me borne à y renvoyer le lecteur. Voy. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 301; t. III, p. 333; t. IV, p. 317.

(3) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 140.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 78, p. 788, de l'édition de 1621: « Et si

cette disposition n'était pas observée dans le droit commun de la France où les conquêts immeubles se partageaient par moitié en pleine propriété entre le survivant et les héritiers du conjoint prédécédé, à moins qu'il n'y eût convention de don mutuel ou autre de même nature.

### § 5. — DOUAIRE DES ENFANTS.

Le douaire conventionnel pouvait être stipulé aussi au profit des enfants à naître du mariage. Dans certaines coutumes, ce douaire des enfants existait même de droit, soit à la mort de la mère survivante, soit à la mort du père. En vertu de ce droit, les enfants prenaient les propres du père qui avaient été affectés en douaire à la mère, à charge par eux de payer les dettes antérieures au mariage et de renoncer à la succession de leur père. S'ils avaient accepté cette succession, ils auraient été tenus de toutes les obligations de leur auteur et n'auraient pas eu le droit de critiquer les aliénations, charges réelles ou dettes, de nature à nuire au douaire. Au contraire, en renonçant à la succession, ils pouvaient faire valoir leur droit au douaire, sans être tenus des obligations de leur père et sans qu'aucun acte quelconque, à titre gratuit ou onéreux, de nature à atteindre le douaire, pût leur être opposé (1). Ce douaire des enfants constitue donc une véritable légitime coutumière, mais qui ne pouvait pas se cumuler avec la réserve ordinaire, puisqu'il impliquait renonciation à la succession du père. Il appartenait aux enfants de choisir et de prendre le parti le

aucun achetoit ou autres ensemble, aucune chose en héritage, celui qui vivrait plus, tiendrait sa vie durant ses achats, et tout ainsi seroit la femme si plus vivoit que l'homme, et eux morts adonc reviendroit la moitié de tels achats, à chacun costé de par l'homme et de par la femme. » On lit encore dans Bouteiller, *ibid.*, p. 787 : « Item si l'homme et la femme ont acquis aluex ensemble durant la conjunction de leur mariage, et l'homme meurt devant la femme, icelle femme tiendra tous lesdicts aluex, si hoir n'y a qui soit demeuré d'eux et après la femme tout ce revient au prochain hoir de l'homme. » Charondas fait observer en marge de cette disposition qu'elle n'est pas reçue en France.

(1) *Coutumes notoires*, n° 82. — Desmares, *Décisions*, n° 217. — Paris, art. 250.

plus avantageux pour eux : s'ils acceptaient la succession du père, ils n'avaient pas droit au douaire, mais pouvaient prétendre à la réserve de droit commun ; s'ils renonçaient à la succession, cette réserve leur échappait, mais ils prenaient le douaire. Il est évident qu'ils s'arrêtaient à ce second parti toutes les fois que leur père laissait une succession obérée par suite de ses dissipations ou pour toute autre cause.

On ne sait pas bien exactement quelle est l'origine de ce douaire des enfants qui paraît être très ancien. Au temps de Beaumanoir, il existait dans toute l'île de France, mais dans le Beauvoisis il ne frappait que les villenages et ne s'exerçait pas sur les fiefs (1).

Il est possible que le douaire conférant la propriété pendant les premiers temps à la femme, on ait été amené à l'admettre par ce motif aussi au profit des enfants. Lorsque la femme survivait, elle acquérait d'abord le douaire et en transmettait ensuite la propriété à ses enfants. Pour quelle raison, en cas de prédécès de la mère, les enfants n'auraient-ils pas eu le même droit sur les mêmes biens au moment de la mort du père ? Ce douaire des enfants prouve ainsi qu'à l'origine la douairière exerçait bien un droit de propriété. Lorsqu'on reconnut plus tard un simple usufruit à son profit, on fut peut-être aussi porté à en conclure que la nue propriété devait appartenir aux enfants. Mais il n'en est pas moins vrai que, de bonne heure, ce douaire des enfants fut critiqué. Il aggravait encore, en effet, les inconvénients du douaire de la veuve ; le père ne pouvait pas aliéner ces biens soumis au douaire éventuel de ses enfants sans leur consentement, ce qui supposait qu'ils étaient en âge. Dans deux cas seulement il avait le droit de se passer de leur assentiment : s'il était en état de pauvreté jurée ou s'il avait obtenu autorisation de justice (2). Le mari n'avait

(1) Beaumanoir, chap. 13, nos 4, 5, 6, t. I, p. 213.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32. — Arrêt du 15 mars 1326, dans Boutaric, n° 7823. — *Coutumes notoires*, n° 82. — Desmares, *Décisions*, n° 283.

même pas la libre disposition de ces biens lorsqu'il survivait à sa femme, puisqu'à ce moment commençait la jouissance des enfants. Lorsqu'il se remariait, le douaire de la seconde femme ne pouvait pas s'étendre à ces biens et à la mort de leur père, les enfants du premier lit les prélevaient dans sa succession avant de partager avec ceux du second mariage. A raison même des inconvénients qu'il entraînait, ce douaire des enfants n'était pas populaire. Déjà Beaumanoir s'attachait à constater qu'il ne pouvait pas en Beauvoisis s'exercer sur les fiefs; puis il tendit à disparaître insensiblement et il semble qu'il soit tombé en désuétude lorsque s'introduisit la législation du droit romain (1).

#### § 6. — GÉNÉRALITÉS SUR LES SUCCESSIONS.

Pour se rendre un compte exact du régime successoral de l'époque féodale, il ne faut jamais perdre de vue que la plus grande diversité régnait à cet égard dans les coutumes et que cependant il existait un certain nombre de points communs qui devaient devenir les principes fondamentaux de la période suivante. Dans son chapitre XIV consacré aux héritages, Beaumanoir débute déjà en faisant la première de ces observations: « Mout de diverses coustumes sont en parties d'eritages qui vienent en descendant ou par esqueances de costé, par le roiaume (2). » Aussi Beaumanoir se borne-t-il à faire connaître le régime de succession du comté de Clermont. Ces coutumes de Beauvoisis ne nous en donnent pas moins une idée très exacte de la notion qu'on se faisait des successions à cette époque de la féodalité, où les fiefs devenus patrimoniaux entraient à ce titre dans l'hérédité, et où la féodalité avait déjà perdu une grande partie de son caractère militaire. Les

(1) Cpr. sur ce douaire des enfants, outre les textes déjà cités, Beaumanoir, chap. 13, n° 2 et 18, t. 1, p. 213 et 220. — *Livre de justice et de plet*, Livre XII, tit. 6, n° 3, p. 231 et tit. 21, § 3, p. 251. — Loysel, *Institutes coutumières*, règle 158. Il reste cependant quelques traces de ce douaire des enfants. Voy. la coutume de Paris, art. 249, 253, 255.

(2) Ed. Beugnot, t. 1, p. 224.

*Libri feudorum* et les *Assises de Jérusalem* nous présentent le droit de succession avec des caractères bien différents ; les premiers l'organisent en vue de la paix, les seconds en vue de la guerre et en pays ennemi. Mais c'est surtout dans les coutumiers anglo-normands, dans Glanville notamment, que le droit de succession tel que devait le comprendre la féodalité, apparaît dans toute sa pureté, avec l'indivisibilité du fief et le droit d'ainesse. Cet esprit s'est fait fortement sentir dans les coutumes qui ont subi en France l'influence de l'Angleterre, surtout en Normandie et en Bretagne, beaucoup moins mais encore dans l'Anjou et le Maine.

Dans le midi de la France, l'influence du droit romain ne disparut jamais. Aussi les chartes municipales du Midi consacrent-elles un régime successoral inspiré par ce droit : le plus souvent il s'agit du droit de Justinien, mais parfois aussi du droit romain antérieur. Toutefois les principes de la féodalité pénétrèrent assez souvent dans le Midi et parfois même avec eux de vieux usages germaniques ; les donations et les testaments servent aussi à modifier le régime successoral romain lorsqu'il ne se trouve pas en rapport avec les mœurs féodales du temps.

Mais le terrain que perd le droit romain dans le Midi, il le gagne dans le Centre. Déjà le *Livre de justice et de plet* cherche à combiner le droit romain avec celui de la coutume, ce qui le jette parfois dans une certaine confusion. L'influence romaine est aussi très manifeste dans les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*. Ainsi se préparent les systèmes des coutumes officielles dont on peut déjà apercevoir très nettement les grandes lignes dans la *Somme rural* de Bouteiller et le résumé dans les *Institutes coutumières* de Loysel.

Quant aux coutumes, c'est surtout au point de vue de la dévolution des biens qu'elles différaient entre elles. Elles reconnaissaient qu'il existait plusieurs sortes de biens, meubles et acquêts ou propres, fiefs, alleux, censives et, d'une manière plus générale, tenures roturières, et pour chacune

de ces classes de biens, il existait un ordre particulier de dévolution qui variait surtout dans les détails, parfois de coutume à coutume. Mais à côté de ces diversités, on retrouve aussi des règles générales, communes même à toutes les successions, qu'elles portent sur les fiefs ou sur d'autres biens ; telles sont notamment la maxime *le mort saisit le vif*, les règles relatives aux effets du partage, celles qui concernent le paiement des dettes, l'exclusion des héritiers testamentaires, la maxime *n'est héritier qui ne veut*, le principe de la représentation, admis en ligne directe et exclu en ligne collatérale, la division des biens entre les deux lignes.

Parmi ces principes, il en est qui viennent directement du droit féodal, d'autres dérivent des anciens usages germaniques, d'autres enfin sont empruntés au droit romain. C'est en remontant à ces sources très diverses qu'on arrive à déterminer avec une certaine précision les caractères essentiels des régimes successoraux consacrés par les très anciennes coutumes et plus d'une fois entourés dans leurs détails d'une obscurité assez grande.

Bien entendu, il n'est plus question depuis longtemps au moyen âge du droit de succession des *vicini* auquel faisait allusion un édit de Chilpéric (1), ni du partage forcé entre les enfants et leur père, du vivant de celui-ci, autrefois établi par la loi des Burgondes.

Mais sous d'autres rapports, la notion de la copropriété de famille est demeurée assez vivace. Cette notion impliquait notamment l'exclusion du testament. Cet acte de dernière volonté s'était sans doute introduit parmi les Barbares, sous l'influence de l'Église et au contact des Gallo-Romains. Mais les Barbares n'admettaient pas en général que le testament pût faire des héritiers et l'exclusion des héritiers testamentaires s'est maintenue à travers les âges jusque dans le Code civil.

) La notion de la copropriété de famille avait aussi conduit

(1) Edit de Chilpéric, chap. 3, Boretius, p. 8.

à décider à l'origine que le chef était plutôt un administrateur qu'un maître des biens; aussi pouvait-il les gérer, mais non les aliéner, même entre-vifs, en dehors de la famille. Il lui fallait, tout au moins chez certains peuples barbares, le consentement des héritiers pour que ces aliénations fussent valables. Jamais, dans notre ancien droit, on n'a admis au profit du chef de la famille, un droit de disposition absolue sur les biens de famille. Les parents, même les collatéraux, ont toujours été considérés comme exerçant un certain droit sur ces biens. De là le devoir de famille pour le propriétaire actuel, de n'en pas disposer à leurs dépens et c'est aussi cette idée qui servira de base dans la suite à la réserve coutumière qui existait même au profit des collatéraux, ainsi qu'au retrait lignager.

Comme ce n'est pas sur l'affection présumée du défunt, mais sur ce devoir de famille que reposent la notion et le système des successions dans le droit coutumier, on comprend encore que ce droit ait continué à exclure les institutions d'héritier par testament. Pour la même raison, les bâtards sont complètement écartés de la succession. Par tous ces moyens, on assure la conservation de la famille. Mais comme les meubles n'exercent aucune influence, on permet aux ascendants d'en hériter avant les collatéraux, tandis que les biens propres sont attribués aux collatéraux les plus proches du côté d'où viennent ces biens; c'est pour le même motif que les aliénations de meubles ne sauraient jamais donner lieu au retrait lignager.

Pendant le moyen âge, l'influence romaine a été peu sensible. Le régime successoral était en réalité fondé soit sur les traditions germaniques, soit sur le droit féodal. Aux traditions germaniques, on avait emprunté la division des biens d'une même personne en plusieurs masses distinctes et indépendantes les unes des autres: meubles, acquêts et biens propres; la computation au moyen des parentèles; l'exclusion de la représentation qui s'introduisit seulement après le xiv<sup>e</sup> siècle; enfin et surtout le principe de la copropriété et des de-

voirs de famille, auquel se rattache l'exclusion des héritiers testamentaires. Le droit féodal a introduit la distinction des biens en nobles ou roturiers, le droit d'ainesse, le privilège de masculinité, la maxime *feuda non ascendunt*, qui s'est bientôt étendue aux propres.

Le droit romain, resté debout dans les pays du Midi où il s'appliquait aux successions des alleux, surtout dans les familles d'origine romaine, entra en lutte avec la féodalité. Plus d'une fois les mœurs devenues féodales repoussèrent, au moyen des testaments et des renonciations à succession future, le régime d'égalité consacré par le droit romain et on introduisit les privilèges de masculinité et de primogéniture. Toutefois, en sens inverse, dans un assez grand nombre de pays de coutume, le droit romain, affaiblit sensiblement le droit d'ainesse et les privilèges de masculinité. Son action se fit surtout sentir dans les pays qui ne subissaient pas l'influence alors considérable du droit anglo-normand, du moins dans certaines parties de la France.

#### § 7. — SUCCESSION AUX MEUBLES ET ACQUÊTS.

Au temps de Beaumanoir, il existait une grande variété dans le régime de succession des meubles et acquêts, comme des autres biens. La diversité était même peut-être plus grande encore que pour la succession aux fiefs. La coexistence du droit romain, des coutumes et du droit féodal avait produit bien des rapprochements, mais en même temps aussi beaucoup de confusion. On distinguait déjà plusieurs sortes de biens au point de vue des successions; mais cependant les divisions n'étaient pas identiques à celles que nous retrouverons dans la suite. Ainsi Beaumanoir relève à ce point de vue trois sortes de biens: les meubles et acquêts, les propres et les biens nobles. Comme il se borne à constater le régime successoral du Beauvoisis, il ne dit rien des alleux qui n'existaient pas dans ce pays. Dans la suite on considéra la succession aux meubles et acquêts comme formant le droit commun et on admit sans

difficulté que les règles relatives aux autres biens avaient un caractère exceptionnel. En Angleterre, au contraire, le régime de la succession aux fiefs a toujours formé le droit commun. Mais à vrai dire, au temps de Beaumanoir on ne paraissait même pas soupçonner l'existence de la question; chaque sorte de biens était soumise à un ensemble de règles particulières, sans qu'on recherchât si elles avaient un caractère de droit commun ou d'exception.

Beaumanoir nous affirme qu'il expose le régime successoral observé dans le comté de Clermont (1), mais il est fort possible que dans son coutumier il ne se soit pas borné à commenter les usages et ait essayé de préciser certains points sur lesquels la coutume était obscure ou muette. La lecture de Beaumanoir sur ce sujet nous a amené à cette conclusion que ce grand jurisconsulte a, en partie et pour certains parents, créé un système successoral particulier fondé sur un mode de computation de la parenté qui paraît être de son invention.

Beaumanoir distingue nettement deux cas de succession : le descendance, si le défunt laisse des descendants; l'esquérance, s'il meurt sans descendants. Ceux-ci sont toujours préférés aux autres héritiers, quel que soit leur degré de parenté. Ces descendants se partagent les meubles et acquêts sans privilège d'ainesse ni de masculinité. Ils succèdent par proximité de degré, mais le droit de représentation n'existe pas encore.

A défaut de descendants, Beaumanoir expose d'une manière assez obscure le système successoral du comté de Clermont. Son obscurité tient à plusieurs causes : il admet un système de computation de la parenté très compliqué, et qui n'est ni celui du droit romain, ni celui du droit canonique (2); il a une préférence marquée pour les ascendants, alors cependant que sa coutume est souvent en sens contraire. Son

(1) Chap. 14. Cpr. les chap. 18 à 20.

(2) Ainsi, d'après Beaumanoir, le père et la mère sont au premier degré en ligne directe; mais il place aussi au premier degré en ligne collatérale, les frères et sœurs de côté et l'oncle en remontant. C'est un système tout à fait bizarre.

système se ramène en définitive aux solutions suivantes : les père et mère viennent d'abord aux meubles et acquêts et à leur défaut seulement, les frères et sœurs, car, à égalité de degré, la ligne directe doit l'emporter sur la ligne collatérale. Ensuite sont appelés tous les autres collatéraux et ascendants, mais par proximité de degré et de telle sorte que la ligne directe l'emporte toujours sur la ligne collatérale. Le droit de succession autrefois admis jusqu'au septième degré, est, d'après Beaumanoir, limité au quatrième degré canonique. C'était aussi jusqu'à ce degré que l'Église prohibait le mariage et on avait pensé que la parenté devait être une cause de succession précisément dans la mesure où elle était un empêchement au mariage. Toutefois on a toujours permis le retrait lignager jusqu'au septième degré (1). Quant aux bâtards, ils sont complètement exclus de la famille; ils appartiennent, eux et leurs biens, au roi ou au seigneur; ils n'ont aucun droit de succession, même vis-à-vis de leur mère, mais ils peuvent recevoir des legs par testament (2).

En Normandie, la succession aux meubles et acquêts se partage également entre les descendants, sans distinction de sexe ni d'âge. D'ailleurs la représentation est admise en ligne directe (3). A défaut de descendants, les ascendants sont appelés à la succession d'après la proximité de degré. Enfin viennent les collatéraux. Parmi eux on préfère celui qui est du degré le plus proche et il peut ainsi arriver qu'un parent par les femmes passe avant le parent par les hommes (4). Mais à égalité de degré, au lieu d'admettre ces deux collatéraux en concours, on préfère le collatéral du côté paternel au collatéral du côté maternel (5). Il est fort probable que le

(1) Beaumanoir, chap. 12, t. 1, p. 190.

(2) Beaumanoir, chap. 18, t. 1, p. 290 et 293.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 25 et 26, éd. de Gruchy, p. 73 et 79.

(4) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 6.

(5) C'est ce que nous apprend la glose sur le *Grand Coutumier*, chap. 25, éd. de 1523, fol. 36, col. a : « *Se cil (le plus prouchain du lignage) du pere et c'il de la mere estoient en uny mesme degré de ligne, celui du pere l'emporteroit par dignite et n'y auroit rien celui de la mere.* »

droit de représentation n'existait pas encore dans la ligne collatérale à l'époque du Grand Coutumier ; il n'apparaît même dans la coutume officielle de 1583 (art. 304) que d'une manière très restreinte (1).

Au xv<sup>e</sup> siècle, la législation relative à la succession aux meubles et acquêts s'était modifiée dans beaucoup de coutumes et tendait manifestement à une certaine unité. On en revint à la computation romaine ; il y eut trois classes d'héritiers : descendants, ascendants, collatéraux, et dans chaque classe on suivait la proximité du degré.

Arrêtons-nous un instant à ce système successoral des meubles ou acquêts pour la dernière partie de notre période. En règle générale, ces biens se partageaient également entre tous les enfants, sans distinction de sexe (2). Cependant, dans certaines coutumes, le droit d'ainesse s'exerçait même sur les meubles et acquêts, comme nous le verrons, en nous occupant de ce privilège.

À défaut de descendants, les ascendants étaient admis à la succession aux meubles et acquêts ou conquêts immeubles ; ils formaient la seconde classe d'héritiers. Dans cette classe le plus proche excluait le plus éloigné ; ainsi le père et la mère venaient par préférence à tous autres et se partageaient la succession par moitié.

À défaut d'ascendants, la succession aux meubles et acquêts passait à la troisième classe, celle des collatéraux. En règle générale, le plus proche excluait le plus éloigné (3).

L'oncle et le cousin germain étant, d'après le droit canonique, parents au même degré, on s'était demandé s'ils devaient concourir ; le Parloir aux bourgeois, par sentence

(1) Richebourg, t. IV, p. 71.

(2) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, éd. Beaumont-Beaupré, n<sup>os</sup> 159 et suiv., p. 89. — *Livre de justice et de plet*, p. 235, 236, 252. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 173, t. I, p. 490 ; I, n<sup>o</sup> 304, t. III, p. 425.

(3) *Livre des constitutions du Châtelet*, § 19, éd. Mortet, p. 43. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 93.

du 29 janvier 1287, se prononça en faveur de l'oncle et décida qu'il devait être préféré au cousin germain (1).

§ 8. — SUCCESSION AUX FIEFS; DROIT D'AINESSE.

Les traits les plus caractéristiques du régime successoral des fiefs sont le droit d'ainesse, l'exclusion des ascendants, au moins à l'origine, et enfin la préférence au profit des hommes, aussi bien dans la ligne descendante que dans celle des collatéraux. Ce régime de succession aux fiefs a d'ailleurs mis un certain temps à s'établir (2). Il n'est pas né tout d'une pièce, mais s'est au contraire formé sous l'influence des traditions germaniques, sous celle des besoins de la féodalité et aussi par l'effet des clauses qu'on avait coutume d'insérer au début dans les actes de concession de fiefs.

On se rappelle en effet, qu'à l'origine, le fief n'était pas héréditaire; lorsque le vassal venait à mourir, le bien retournait au seigneur. On prit de bonne heure l'habitude d'insérer dans les concessions de fief, certaines clauses au profit du descendant du vassal. Ce système est resté très pratique en Angleterre et s'est même développé au point de donner naissance à une certaine espèce de fiefs qu'on a appelés *fiefs taillés*. Elle porte ce nom parce que le concessionnaire a réglé d'une manière spéciale le mode de transmission de ces fiefs, dans l'acte même de concession (3). Ce procédé a été aussi fort usité en France, mais seulement dans les premiers temps.

(1) *Coutumes notoires*, n° 91.

(2) Nous avons longuement étudié le régime de succession aux fiefs dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 268; t. III, p. 202; t. IV, p. 282. Nous ne pouvons que renvoyer à ces développements qui permettront de constater que le régime de succession des fiefs a sans cesse tendu à s'élargir en Angleterre, tandis qu'en France il s'est assez rapidement affaibli. Voy. aussi sur la formation du droit de succession aux fiefs, Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, t. I, p. 82 et suiv.

(3) Voy. Littleton, sect. 13 et suiv. et notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. IV, p. 283. — Cpr. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 25, éd. de Gruchy, p. 76.

D'ailleurs l'acte de concession réglait la succession de manières très diverses : tantôt il était parlé du descendant mâle le plus âgé ; d'autres fois des descendants du vassal, les uns à défaut des autres ; parfois même on employait le terme général d'héritier. Il y avait ainsi, à vrai dire, un régime successoral propre à chacun de ces fiefs. Mais en cette matière comme en toute autre, des usages ne tardèrent pas à se former et ainsi s'introduisit un droit commun de succession aux fiefs. On appliquait ce système toutes les fois qu'il n'y avait pas été dérogé par les termes de l'inféodation et il est facile de comprendre qu'un régime ordinaire de succession s'étant établi, on cessa, dans les actes de concession, de régler à l'avance la transmission des fiefs.

Ce régime ordinaire des successions féodales s'inspira tout naturellement des vieilles coutumes germaniques dans la mesure où elles étaient favorables au développement de la société nouvelle. C'est ainsi que la préférence au profit des mâles vis-à-vis des femmes, après s'être sans cesse développée dans les coutumes de l'époque franque, passa très facilement dans le droit féodal (1). Celui-ci alla même plus loin et il créa dans les successions le droit d'ainesse entre descendants mâles, parfois aussi entre les filles et enfin, dans quelques coutumes, même entre collatéraux.

Ce serait une erreur de croire avec Loyseau que le droit d'ainesse ait existé dès l'origine des fiefs. D'abord il n'en pouvait pas être question avant l'époque où les fiefs furent héréditaires. Or cette hérédité des fiefs mit plusieurs siècles à s'établir. Si elle apparaît dès le vi<sup>e</sup> siècle en Bourgogne (2), au viii<sup>e</sup> siècle en Bavière (3), il n'en est pas moins vrai qu'on trouve encore en France des fiefs viagers au xi<sup>e</sup> et xii<sup>e</sup> siè-

(1) Nous avons montré dans la partie précédente, contrairement à l'opinion de la plupart des auteurs, que le privilège du sexe, déjà contenu dans la loi Salique, au lieu de s'affaiblir, s'est sans cesse aggravé jusqu'à l'époque féodale.

(2) Loi de Gondebaud, tit. I, art. 3 et 4, dans Periz, *Leges*, III, 532.

(3) Gfrörer, *Zur Geschichte Deutscher Völkersrechte im Mittelalter*, t. I, p. 403, 426, 427.

cles (1). Mais dès le siècle suivant, tous les fiefs étaient héréditaires en France. Rien n'est plus facile à expliquer que ce changement. Il suffit de faire remarquer qu'il était conforme à la fois à l'intérêt du concédant et à celui du concessionnaire. Ainsi, nous avons vu qu'à l'origine l'acte même de création du fief réglait aussi son mode de transmission. Sans doute, dans ce règlement conventionnel de la succession aux fiefs, on pouvait établir qu'à la mort du vassal le fief se transmettrait à son fils aîné. Mais ce fait n'était pas le plus ordinaire. On lit dans certains actes que le fief devant être indivisible, à la mort du vassal le suzerain choisira pour le remplacer celui des héritiers qui lui paraîtra le plus apte au service du fief (2). C'était encore là un fait absolument exceptionnel. On a commis une erreur lorsqu'on a dit qu'à l'origine l'indivisibilité était de l'essence du fief, qu'elle existait dès les premiers temps et avait produit le droit d'ainesse. Pour détruire cette assertion, il suffit de faire remarquer qu'en tout temps, même après l'établissement définitif du droit d'ainesse, on a toujours admis, sauf dans certaines provinces, que le père pouvait partager entre-vifs, sous forme de donation, sa baronnie ou son fief entre ses fils (3). Mais il y a plus : même après la formation d'un régime commun de succession pour les fiefs, le droit d'ainesse n'apparaît pas immédiatement. Ainsi on n'en trouve pas la moindre trace dans les *Libri feudorum* ; il y est seulement question de l'exclusion des femmes par les mâles, principe qui remonte, on s'en souvient, aux vieilles coutumes germaniques, notamment à la loi Salique.

D'après les *Libri feudorum* (4), le fief est partagé également entre les enfants mâles ; le père ne peut pas en régler la dé-

(1) Voy. Meyer et Longnon, *Raoul de Cambrai*, p. XXXII. — D'Espinay, *Études sur le droit de l'Anjou au moyen âge*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. VIII, p. 546 et 547. — Teutey, dans les *Archives des missions scientifiques*. 3<sup>e</sup> série, t. VI, p. 334, note 4.

(2) Voy. un acte de 1152 dans Meyer, *Urkundenbuch*, t. I, p. 629.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 426. Cet acte était toutefois interdit en Bretagne et en Normandie. Cpr., *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 209 ; *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26.

(4) *Libri feudorum*, lib. I, tit. 1, 8, 19.

volution par testament. D'ailleurs la représentation des fils par les petits-fils est admise. Mais le droit de succession ne s'étend pas en ligne directe au delà du second degré. Les filles sont exclues par les fils et quelquefois même elle ne viennent pas, malgré l'absence d'enfants mâles. Quant aux ascendants, ils n'héritent pas des fiefs, et en ligne collatérale l'hérédité des fiefs n'existe qu'entre les frères et les fils de frères, et encore ceux-ci ne succèdent-ils que si le fief n'est pas nouveau dans la personne du frère décédé, mais est paternel, c'est-à-dire provient de l'auteur commun. Enfin les fiefs de dignité, duchés, marquisats, comtés, ne sont pas héréditaires. Tel est l'ensemble du régime consacré par les *Libri feudorum* (1). Retenons-en pour le moment l'exclusion du droit d'ainesse, preuve manifeste que ce droit et l'indivisibilité du fief ne datent pas des premiers temps.

Ce système des *Libri feudorum* observé en Lombardie, a laissé des traces dans certaines parties de la France qui avaient été bien à tort rattachées à l'Empire. Ainsi l'acte de réunion du Dauphiné à la France, le statut de Humbert II de 1349, nous apprend que les fiefs, comme les autres biens, se partagent également entre les parents les plus proches et même sans distinction de sexe. Mais il est fort probable que dans ce pays l'influence du droit romain avait contribué à faire adopter ce système. Comment expliquer autrement l'admission des filles en concours avec les fils, même sur les fiefs et contrairement aux *Libri feudorum*? C'est de la même manière qu'on peut comprendre l'admission des ascendants à la succession aux fiefs, alors qu'en général ils en étaient exclus à cette époque (2). De même, en Provence, sous l'influence du droit romain et probablement aussi du droit lombard, le droit d'ainesse n'existait pas, et les biens se partageaient également entre tous les enfants. Mais les mœurs féodales modifièrent cette loi des successions *ab intestat*. Les nobles, possesseurs

(1) Voy. lib I, tit. 1, 8, 14; lib. II, tit. 11, 26, 50, 104.

(2) Voy. Salvaing, *Traité de l'usage des fiefs*, p. 10.

de fiefs, firent des aînés au moyen des testaments, et on écarta les filles des successions au moyen des constitutions de dot. Dès l'année 1142, la charte du consulat d'Arles excluait les filles dotées et leurs héritiers, sans distinction entre les familles nobles ou bourgeoises; la même disposition se trouve dans les statuts de la ville de Salon, et en 1472, sur la demande des États de Provence, cette disposition fut généralisée; il fut décidé que les filles des maisons nobles ou hautes devraient se contenter de leur dot toutes les fois qu'il existerait des héritiers mâles. Mais on ajouta que si la dot était reconnue insuffisante, la fille aurait droit à un supplément de légitime (1).

Dans les deux Bourgognes, le duché et le comté, nous constatons une influence beaucoup plus marquée du droit féodal lombard et des anciens usages germaniques. Ainsi la préférence résultant du sexe au profit des mâles existait aussi bien en ligne collatérale qu'en ligne descendante; elle disparut cependant dès le xii<sup>e</sup> siècle dans la ligne directe, mais elle se maintint dans la ligne collatérale (2). Toutefois le droit d'ainesse ne s'introduisit pas entre descendants et il en résulte

(1) Voy. sur ces différents points: Charte du consulat d'Arles de 1142; Statuts municipaux de Salon de 1293, renouvelés en 1365, dans Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. II, p. 248; Statuts de Provence et de Forcalquier, dans le *Coutumier général* de Richebourg, t. II, p. 1215.

(2) Otto de Fréisinge, *De gestis Frederici*, lib. II, cap. 29: « *Mos in illa (Burguntia) qui pene in omnibus Gallie provinciis servatur, remansit quod semper seniori fratri ejusque liberis seu maribus, seu feminis, paternæ hereditatis cedat auctoritas, ceterisque ad illum tamquam ad dominum respicientibus.* » On remarquera que, d'après ce texte, si un partage de fief a eu lieu entre l'aîné et ses puînés, ceux-ci pour leurs portions relèvent directement de leur frère aîné et non du chef seigneur. Nous verrons bientôt qu'une ordonnance de Philippe-Auguste, du 1<sup>er</sup> mai 1209, eut pour objet d'obliger les frères puînés à rendre directement hommage de leur part de fief au chef seigneur et cette disposition fut observée plus tard dans le duché de Bourgogne. Voy. par exemple la Coutume de Bourgogne de 1459, art. 17. Cpr. l'ancienne coutume éditée par Giraud, art. 177, 178, 181, 184. Mais cette innovation ne fut pas suivie dans le comté de Bourgogne qui, plus fidèle au régime des *Libri feudorum* (lib. II, tit. 11) continua à observer le système déjà attesté par Otto de Fréisinge. Quant au maintien de la préférence des mâles vis-à-vis des femmes dans la ligne collatérale, il est prouvé par l'art. 18 de l'ancienne coutume de Bourgogne. On trouvera ce texte dans Giraud, *op. cit.*, t. II, p. 272.

que, le privilège de masculinité ayant disparu, les fiefs se partagèrent également entre les fils et les filles (1).

Les coutumes d'Alsace consacraient aussi un système mêlé de droit romain, du droit germanique du *Miroir de Souabe* et des *Livres des fiefs*. Ainsi le fief se transmettait aux enfants mâles à l'exclusion des filles, mais sans droit d'ainesse; c'était le système germanique. Toutefois, sous l'influence du droit romain et contrairement aux *Leges*, on admettait la représentation à l'infini en ligne directe. Lorsque le défunt n'avait laissé pour parent mâle qu'un ascendant, celui-ci ne succédait pas et le fief retournait au seigneur (2). La coutume de Metz admettait aussi d'une manière absolue l'égalité du partage dans les successions féodales, et dans la suite cet usage fut tellement enraciné que les gentilshommes du pays messin ayant réclamé l'introduction du droit d'ainesse en 1617, éprouvèrent de la part des États un refus catégorique. La coutume de Metz avait même aboli la préférence au profit des mâles, de sorte que tous les biens se partageaient également. Mais dans les autres parties de la Lorraine, on suivait en général le système du droit français qui consacrait le privilège de l'ainesse.

Quant à l'introduction du droit d'ainesse (3) en France, elle est due à plusieurs causes. Certains auteurs ont prétendu que ce droit n'avait jamais cessé d'exister, mais nous avons montré qu'il est impossible de le voir dans les dispositions des *Leges* relatives aux successions. Le droit d'ainesse était également inconnu en Angleterre avant la conquête des Nor-

(1) Ancienne coutume de Bourgogne, art. 39, dans Giraud, *op. cit.*, t. II, p. 296.

(2) Voy. à cet égard Laferrière, *Histoire de droit français*, t. V, p. 45.

(3) On attribuait la qualité d'ainé au premier enfant légitime né du mariage. La légitimation par mariage subséquent ne produisait pas effet rétroactif. Il pouvait résulter de là que l'ainé ne fût pas le plus âgé des enfants du défunt. Exemple : le *de cuius* a eu un bâtard, puis il s'est marié avec une femme autre que celle qui lui a donné ce bâtard, et a eu un fils de ce premier mariage; cette femme légitime étant morte, le *de cuius* a épousé sa concubine et a, par mariage subséquent, légitimé son bâtard; celui-ci ne sera pas l'ainé quoiqu'il soit plus âgé que son frère né du premier mariage. Voy. Beaumanoir, chap. 18, n° 24, t. I, p. 292.

mands (1). C'est donc aussi une erreur de prétendre que nous avons emprunté le privilège du droit d'ainesse au droit anglais. Ce qui est vrai, c'est que le droit d'ainesse a passé de France en Angleterre avec les Normands; il s'est alors fortifié et développé sur le sol de la Grande-Bretagne; puis ensuite ce droit d'ainesse, propre à l'Angleterre, a fait sentir son influence dans certaines parties de la France. Dans d'autres provinces, on a au contraire combattu cette influence ou tout au moins on y a résisté, et il s'est ainsi établi en France deux systèmes différents pour le droit d'ainesse : l'un s'efforçait de le fortifier, l'autre s'attachait à l'affaiblir.

Il est certain que, déjà sous la seconde race, l'ainesse était, dans maintes circonstances, une cause de préférence. C'est pour ce motif que Louis le Débonnaire, partageant ses possessions entre ses fils, attribua l'Empire à Lothaire (2). L'acte de partage de l'Empire projeté par Louis le Débonnaire et réglé par un capitulaire de 817 (3) contient des dispositions très remarquables sur le droit d'ainesse : les puînés devront, au moins une fois par an, se rendre auprès de leur frère aîné et lui apporter des dons volontaires; celui qui serait empêché enverra à sa place un légat; les puînés ne pourront faire ni la paix ni la guerre sans le consentement du frère aîné; ils auront seulement le droit de réprimer les insurrections et d'arrêter les invasions subites; les puînés ne pourront pas se marier sans le consentement de l'aîné; si l'un des puînés vient à mourir, son autorité ne se partagera pas entre ses enfants, mais appartiendra à celui que désignera l'élection du peuple; à défaut d'enfants, sa part reviendra à l'aîné; enfin, si l'un des puînés est encore mineur, d'après la loi ripuaire, l'aîné en aura la garde. On sait que cet acte a été plus tard reproché à Louis le Débonnaire

(1) Voy. ce que nous avons dit dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. 1, p. 123.

(2) Montesquieu en avait déjà fait la remarque dans son *Esprit des lois*, liv. XXXI, chap. 33.

(3) Voy. une charte de 892, citée par Laurière, v° *Aisneté*.

comme un crime, mais il n'en est pas moins une manifestation éclatante en faveur du droit d'ainesse déjà considéré dans cet acte comme élément de supériorité et de puissance. Cette cause de préférence fut également admise après la mort de Louis d'Outremer en 954 en faveur de Lothaire, son fils aîné, lequel posséda le royaume à l'exclusion de son frère Charles.

Quant aux concessions de bénéfices ou de précaires, elles se transmirent aux héritiers conformément aux chartes. On adopta, comme nous l'avons vu, des systèmes de succession très divers; mais les concédants admettaient parfois que la terre passerait à l'aîné (1). Il ne faut pas non plus perdre de vue que, sous les premiers Capétiens, la monarchie, sans affirmer avec fermeté le droit d'ainesse, le pratiqua cependant pour la transmission de la couronne. Ce fait servit tout naturellement d'exemple. On comprit qu'il fallait empêcher le démembrement des fiefs aussi bien que celui de la couronne, et lorsque l'hérédité des fiefs fut établie d'une manière définitive, après une lutte de plusieurs siècles, le droit d'ainesse devint un des caractères de la succession féodale.

Les anciennes coutumes de la France féodale contiennent sur le droit d'ainesse des dispositions très diverses. Sur quels biens s'exerce-t-il, sur les fiefs seuls ou encore sur d'autres? Quelle est son étendue? L'aîné exclut-il les puînés, ou les réduit-il seulement à une part inférieure? Ce droit d'ainesse existe-t-il seulement entre les fils, ou bien faut-il aussi l'admettre entre filles? Doit-on le limiter à la ligne directe, ou bien faut-il l'admettre même en ligne collatérale? Il régnait sur tous ces points une grande diversité dans nos coutumes. Mais on peut cependant, comme nous l'avons dit, en dégager deux systèmes principaux et opposés: l'un qui s'efforce d'étendre et de fortifier le droit d'ainesse, l'autre qui s'attache à le limiter et à le restreindre.

(1) Baluze, t. I, p. 573; Walter, t. II, p. 339; Pertz, *Leges*, I, 198; Borelius, 270.

En Angleterre, et déjà à l'époque de Glanville, le droit d'ainesse confère la totalité du fief militaire au plus âgé des enfants mâles. Les Normands venus en conquérants avaient compris la nécessité de s'organiser fortement pour tenir en respect les Saxons qu'ils avaient soumis à leur domination. Aussi Guillaume le Bâtard avait-il partagé tout le territoire de la Grande-Bretagne en un certain nombre de fiefs et exigé de tous les vassaux qui relevaient directement de la couronne, le serment de fidélité à l'assemblée de Salisbury. Mais il fallait en outre assurer à chacun de ces fiefs une certaine puissance et à perpétuité; c'est ce que l'on fit en proclamant l'indivisibilité du fief en matière de succession et sa transmission au profit exclusif de l'ainé. La couronne du duché de Normandie s'était transmise ainsi autrefois, et on s'en était bien trouvé (1).

Le droit d'ainesse avait passé de Normandie en Angleterre (2); mais, au temps de Glanville, le droit de primogéniture ne s'appliquait encore qu'aux fiefs de chevalerie (3). S'agissait-il d'un socage, on le partageait entre tous les fils si, de tout temps, il avait été reconnu divisible et sauf un droit de prélèvement au profit de l'ainé; ce bien avait-il été de tout temps indivisible, alors dans certaines contrées on l'attribuait aussi à l'ainé, dans d'autres au puiné (4). Plus tard et au temps de Bracton, le droit d'ainesse, autrefois limité aux tenures à service militaire, concerne même celles qui ne présentent pas ce caractère (5). Enfin au temps de Littleton, on distingue deux sortes de biens, les biens réels et les chattels, et le système de la succession féodale avec le

(1) Voy. sur la transmission de cette couronne, Phillips, *Englische Reichs und Rechtsgeschichte seit der Ankunft der Normannen*, t. II, p. 1 et suiv.

(2) Voy. ce que j'ai dit dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 270.

(3) Glanville, lib. VII, cap. 3, § 2.

(4) C'était dans ce dernier cas l'application du droit de maisneté ou de juveigneurie que nous expliquerons plus tard.

(5) Voy. Bracton, fol. 64. — Cpr. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 202.

droit d'ainesse s'applique aux premiers qui seuls ont une valeur réelle et constituent la fortune (1).

Ce principe de l'indivisibilité du fief, avec le droit d'ainesse absolu comme conséquence nécessaire, a passé en France dans plusieurs provinces, sous l'influence directe et manifeste de l'Angleterre. Aussi la Normandie a été considérée avec raison comme étant en France le pays par excellence du droit d'ainesse et de l'indivisibilité du fief. Pour cette contrée l'influence de l'Angleterre ne saurait être contestée. Les plus anciens textes du droit normand nous apprennent que les fiefs de haubert ou de chevalerie, les comtés, les baronnies, les sergenteries, relevant directement du duc, sont indivisibles et profitent exclusivement à l'ainé (2). Les tenures roturières, les vavassories et les bourgages seuls se partagent (3). Encore est-il nécessaire d'établir une distinction pour les vavassories. Les plus importantes avaient le caractère de fiefs ordinaires et, à ce titre, elles allaient à l'ainé, sauf une certaine part en propriété pour les puînés, lesquels, jusqu'au sixième degré, tenaient en parage avec l'ainé (4). Mais dans la suite et bien manifestement sous l'influence du droit anglais, les puînés n'obtinrent plus leur part qu'en jouissance et non en propriété (5). Terrien distingue très nettement deux sortes de vavassories, les unes nobles, les autres roturières, et bien qu'il n'en parle plus à propos des successions, il résulte nettement de ses explications que les unes sont soumises au système des biens nobles et les autres à

(1) *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. IV, p. 282. On verra aussi comment l'usage des testaments et des substitutions a encore développé en Angleterre le droit d'ainesse.

(2) *Trois ancien coutumier de Normandie*, éd. Tardif, chap. 8 et 83, p. 8. et 91. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26 et 99, éd. de Gruchy, p. 81 et 216. — Cpr. *Coutume de 1583*, art. 335 et suiv.

(3) Cpr. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 80.

(4) A partir du septième degré, les héritiers du puîné tenaient en hommage et le démembrement du fief était accompli.

(5) Voy. Laurière, *Glossaire*, v° *Parage*. — Boutillier, *Somme rural*, liv. I, tit. 84. — *Sty'e de procéder en Normandie*, titre *Des successions*, dans Rouillié, 2<sup>e</sup> partie, fol. 72.

celui des tenures en bourgage (1). Le droit d'ainesse, en ce qui concerne les biens nobles, s'appliquait même aux fiefs sans glèbe ou *fiefs en l'air* qui s'étaient introduits en Normandie comme en Bretagne, par imitation du droit anglais (2).

Cependant, pour comprendre les effets du droit d'ainesse en Normandie, il importe de s'attacher à la nature des biens laissés par le défunt. Suivant les circonstances, le droit d'ainesse ne supprimera pas d'une manière sensible l'égalité entre les fils du défunt ou au contraire causera un grave préjudice aux puînés.

Supposons d'abord que la succession comprenne plusieurs biens impartageables, baronnies, sergenteries relevant du duc, fiefs de haubert, et des biens partageables, des eschaettes, c'est-à-dire « des héréditaires et des terres non nobles qui sont de la succession des prédécesseurs » (3), par exemple des tenures en bourgage ou certaines vavassories. Dans ces circonstances, l'ensemble des biens du défunt se répartit entre tous ses fils. Les lots sont faits par un des puînés ; la coutume lui impose seulement l'obligation de ne pas diviser les fiefs impartageables et elle lui recommande même d'éviter le morcellement inutile des autres biens. Il peut donc arriver que chaque fils obtienne un ou même deux fiefs nobles s'il en existe autant ou plus que d'enfants mâles. L'ainé n'a qu'un seul droit qui lui soit propre, celui d'exiger le principal manoir et encore à la condition de tenir compte de sa valeur à ses frères. L'ancienne coutume de Normandie prévoit même le cas où le puîné aurait fait les lots de manière à avantager son aîné aux dépens des autres enfants mâles, et elle permet alors aux intéressés de demander un partage en

(1) Terrien, *Commentaire du droit civil tant public que privé observé au pays et duché de Normandie*, p. 172.

(2) Voy. Houard, *Introduction à son Dictionnaire du droit normand*, p. 33. Cpr. *Coutume de Normandie*, art. 157.

(3) Terrien, *Commentaire du droit civil tant public que privé observé au pays et duché de Normandie*, p. 206.

justice, lequel est fait par douze jurés. Une fois les lots établis, l'ainé choisit le premier (1).

Les choses ne se passent pas autrement lorsque la succession ne comprend qu'un bien impartageable, par exemple un fief de haubert, et plusieurs biens partageables. L'ainé a encore le choix le premier et il peut même, si ce parti lui paraît plus avantageux, prendre sa part de succession sur les eschaettes et laisser à un de ses frères le fief impartageable ; seulement dans ce cas il a droit à une quotité des biens partageables représentant la même valeur que le fief de haubert. Il va sans dire que l'ainé prendra ce parti lorsqu'il estimera que les eschaettes ont plus de valeur (2). Il pouvait donc ainsi arriver que le fief de famille, au lieu d'aller à l'ainé, passât dans les mains d'un des puînés comme le fait lui-même remarquer l'auteur du Très ancien Coutumier de Normandie. D'ailleurs, l'ainé seul avait la saisine avec la possession de toute la succession et même la qualité d'héritier, jusqu'au partage, mais il ne pouvait opposer aucune prescription contre ses puînés, car il possédait à la fois en leur nom et au sien propre (3). Il n'en est pas moins vrai que dans ces diverses circonstances le privilège de l'ainé n'avait pas une importance considérable et ne portait pas un sérieux préjudice aux puînés.

Mais la situation était bien différente lorsque la succession se composait pour tout bien d'un fief impartageable, une baronnie par exemple, une sergenterie relevant du duc, un fief de haubert. Dans ce cas, l'ainé seul avait droit à ce bien ; en réalité, seul, il obtenait toute la succession, mais à charge d'assurer l'existence de ses puînés. A cet effet il leur abandonnait, à titre de jouissance, une portion du fief et à la mort

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 79. — *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 8, p. 8 et chap. 83, p. 91, de l'éd. Tardif.

(2) *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 8, éd. Tardif, p. 8.

(3) Terrien, *op. cit.*, p. 203. Cpr. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 25, p. 74 de l'éd. de Gruchy, et chap. 99, p. 238.

de chaque puiné, sa part d'usufruit faisait retour à l'ainé (1). Il y a mieux : malgré l'indivisibilité, l'ainé aurait pu donner à ses puinés des parts en propriété (2). Certains auteurs ont même prétendu que ces parts s'étaient élevées au tiers du fief comme en Bretagne ; mais c'est là une pure conjecture qui ne repose sur aucun texte. Lorsque l'ainé avait ainsi abandonné une terre à un puiné à titre de partage et avait exigé de lui la foi et l'hommage, si plus tard ce puiné venait à mourir sans descendants, l'ainé n'héritait pas de cette terre. C'était une conséquence d'un principe féodal consacré par le droit anglais, que nous retrouvons encore dans d'autres provinces de France, notamment en Bretagne, et suivant lequel il y avait incompatibilité entre les qualités de seigneur féodal et d'héritier présomptif d'une même terre (3). Mais si l'ainé n'avait pas exigé de son puiné qu'il lui rendit hommage, alors la terre lui faisait retour en cas de décès de ce puiné sans descendant. C'est en partie pour obtenir ce résultat qu'on imagina la tenure en parage, dans laquelle les puinés et leurs héritiers ne rendaient pas hommage à l'ainé ni à ses représentants, tant que duraient ces parages.

Lorsque le frère aîné était mort au moment du décès du père, le droit d'ainesse était alors exercé par celui des enfants mâles qui se trouvait le plus âgé à cette époque. Cette solution avait toutefois soulevé des difficultés pour le cas où il existait un fils du fils aîné prédécédé. Déjà en Angleterre, au temps de Glanville, on discutait vivement sur le point de savoir à qui il fallait attribuer la succession lorsque le défunt laissait un petit-fils d'un fils aîné prédécédé et un fils puiné. Était-ce l'oncle ou le neveu, qui devait hériter ? L'oncle était certainement d'un degré plus rapproché que le neveu, et pour ce motif certains jurisconsultes lui donnaient la préférence.

(1) *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 83, éd. Tardif, p. 92.

(2) Certains manuscrits paraissent même indiquer cette option, car ils parlent de *portiones et liberationes*.

(3) Voy. à cet égard Glanville, lib. VIII, cap. 1 ; *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 34. — Cpr. ce que j'ai dit dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 279.

D'autres prétendaient que le petit-fils avait pris dans la succession de son père le droit que celui-ci avait au fief et devait ainsi exclure son oncle. Toute la question revient, comme on le voit, à se demander, s'il faut dans ce cas admettre ou repousser le système de la représentation. Glanville tranche la question par une distinction : il préfère le petit-fils du défunt, mais à la condition que son père prédécédé ait été déjà admis avant sa mort à prêter l'hommage au seigneur (1). Dans la suite, sous le règne de Henri III, la question fut définitivement tranchée en Angleterre en faveur de la représentation : on préféra le petit-fils représentant le fils aîné prédécédé, au plus âgé des fils survivants (2).

La même controverse a existé en Normandie et elle a laissé des traces. Dans un passage, le *Très ancien coutumier* de Normandie donne la préférence au fils puîné survivant vis-à-vis du petit-fils né du fils aîné prédécédé; mais dans un autre, il admet au contraire la représentation. On ne peut expliquer cette contradiction que de l'une ou de l'autre de ces manières : ou bien l'auteur du *Très ancien coutumier* a puisé à deux sources différentes et en sens contraires, sans s'en apercevoir, ou bien son manuscrit a été interpolé après coup dans un des deux passages (3). Cette seconde solution nous paraît la plus vraisemblable : le chapitre 12 a été altéré en faveur du système de la représentation. Le *Grand coutumier de Normandie* contient aussi des traces de cette controverse. Il nous apprend qu'autrefois le système de la représentation l'avait emporté, qu'ensuite et tout récemment, on s'était arrêté au système contraire : le second fils venait à défaut du premier et excluait le fils de son frère aîné. Cette mauvaise coutume aurait été introduite « par la force des puissants hommes », bien qu'elle fût contraire au principe ordinaire de la représen-

(1) Glanville, lib. VII, cap. 3, § 8. Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 273 et suiv.

(2) Bracton, lib. II, cap. 30, § 2.

(3) *Très ancien coutumier de Normandie*, chap. 12 et 32, éd. Tardif, p. 12 et 27. Cpr. Brunner, *Das anglonormannische Erbsolgsystem*, p. 44.

lation (1). On sait qu'en Angleterre le roi Jean avait écarté du trône son neveu Arthur en lui contestant ce droit de représentation, et il avait fait tout ce qui était en son pouvoir pour que cette doctrine l'emportât. Mais après lui, sous le règne de Henri III, la question fut définitivement tranchée en sens contraire (2).

Quant aux filles, leur situation était très nette : sur les fiefs impartageables, elles étaient toujours exclues par leurs frères, en vertu du privilège de masculinité, mais elles partageaient également avec eux les autres biens, notamment les tenures inférieures telles que les bourgages et les meubles. Lorsque le défunt n'avait laissé que des filles, on procédait entre elles à un partage égal, même s'il s'agissait de fiefs de haubert ou de sergenteries; l'indivisibilité du fief cessait en pareil cas (3), mais il subsistait quelque chose du droit d'ainesse. En effet, la sœur aînée jouissait d'un avantage important : elle avait droit au principal manoir et ses sœurs tenaient d'elle (4). On peut dire en ce sens que l'ainesse produisait aussi certains effets entre filles, mais elle y était beaucoup moins absolue qu'en Bretagne; dans ce dernier pays la fille aînée jouissait vis-à-vis de ses sœurs des mêmes prérogatives que le fils vis-à-vis de ses frères.

Lorsque le défunt avait laissé des fils et des filles et qu'il se trouvait seulement dans sa succession un fief impartageable, par exemple un fief de haubert, alors de même que les frères puînés avaient droit à une part en viager, de même les filles pouvaient prétendre à un *mariage avenant*, c'est-à-dire à une dot, *maritagium*, en propriété et en rapport avec leur condition sociale.

Ces filles étaient ainsi mieux traitées que les puînés, en ce sens qu'elles obtenaient des biens en propriété, meubles ou

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 100 (99), éd. de Gruchy, p. 238.

(2) Voy. à cet égard Hale, *History of the common law*, chap. 6.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 86.

(4) *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 9, p. 9 de l'édit. Tardif. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26.

immeubles. Si le fils aîné ne voulait pas les marier dans l'an et jour de l'ouverture de la succession, il devait alors laisser à ses sœurs le tiers de l'héritage, en supposant qu'il n'eût pas de frère; dans le cas contraire, c'est-à-dire s'il y avait à la fois des frères et des sœurs, celles-ci n'obtenaient pas le tiers de l'héritage, mais ce tiers se partageait également entre les frères et sœurs. En pareil cas, cette part du tiers n'était-elle attribuée qu'en usufruit, même aux sœurs et non pas en propriété, précisément parce qu'il ne s'agissait plus d'une constitution de dot? Le *Grand coutumier* ne s'explique pas nettement sur ce point. Cette solution pourrait se dégager plutôt de l'assimilation faite pour ce cas entre les frères et les sœurs. Or nous avons vu que les premiers avaient seulement droit à une part en usufruit. Mais ne pourrait-on pas soutenir en sens inverse que cette solution se limite au cas où le fils aîné n'avait que des frères puînés et que s'il existait à la fois des frères et des sœurs, ils pouvaient alors tous prétendre à un bien en propriété (1)? La vraie solution nous paraît donnée d'une manière très précise par le *Style de procéder*, au titre *des successions*. Il y est dit que dans le bailliage de Caux où s'étaient le mieux conservées les anciennes coutumes : « Les sœurs ont part et portion en l'héritage pour le refus ou délai de leur frère aîné, de les marier, les frères puisnez et les sœurs en semble ne peuvent avoir... que le tiers de la succession, c'est à savoir les frères puisnez à vie et les sœurs à l'héritage (2). »

Au temps de Terrien, dans le pays de Caux, on observait encore les anciens usages sans aucune modification. Sauf exception pour les tenures en bourgage, l'aîné était seul héritier et les puînés ne pouvaient prétendre qu'à une provision à vie. Encore cette provision ne pouvait-elle porter que sur le tiers de l'héritage, quel que fût le nombre des frères puî-

(1) Voy. *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 82, p. 92 de l'éd. Tardif. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, p. 84, de l'éd. de Gruchy.

(2) Terrien, *op. cit.*, p. 210.

nés (1). Ce qui était surtout particulier au pays de Caux, c'est que tous les biens, à l'exception des bourgages, étaient considérés comme fiefs nobles indivisibles, tandis que dans les autres parties de la Normandie, il y avait encore d'autres biens lesquels se partageaient également entre tous les enfants. Il pouvait arriver aussi parfois que le père, avant sa mort eût eu le soin de doter sa fille en propriété et alors elle gardait dans tous les cas cette dot, même si elle était bien supérieure à la part qu'elle aurait eu le droit de réclamer à son frère dans la succession (2).

Le droit d'ainesse existait en Normandie même en ligne collatérale : c'était aussi le système de l'Angleterre, comme nous l'avons établi ailleurs (3), et il était même consacré par la nouvelle coutume de Normandie (4).

En Bretagne dans les premiers siècles du moyen âge, certains fiefs ont été indivisibles et à ce titre transmissibles à l'ainé seul. Hévin en a donné la preuve pour la maison de Fougères où les aînés succédaient seuls à leur père et les puînés ne recevaient que des apanages; il en a trouvé d'autres exemples dans l'*Histoire de la maison de Vitré*, composée par Pierre le Baud (5). Mais c'était là, avant l'Assise du comte Geffroy, un fait exceptionnel. Cette Assise du comte Geffroy posa en principe qu'à l'avenir les baronnies et les fiefs de chevalier situés en Bretagne ne pourraient plus être partagés, que

(1) Sur ces différents points, voy. Terrien, *op. et loc. cit.*, et p. 200. Voy. aussi ce que nous avons dit dans notre *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 271, note 37.

(2) *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 10, n° 2, p. 10 de l'éd. Tardif.

(3) *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 278.

(4) Cauvet, *De l'organisation de la famille d'après la coutume de Normandie*, p. 97.

(5) Voy. Hévin, *Consultations*, p. 43 et annotation sur les Plaidoyers de Frain, p. 510 et 521. Cpr. Planiol, *l'Assise au comte Geffroy*, n° 23, p. 26. Hévin a établi cette indivisibilité des terres antérieure à l'Assise du comte Geffroy, contrairement à l'opinion de d'Argentré et de De Blois. Ceux-ci pensent à tort qu'avant l'Assise de Geffroy, le système du partage égal entre tous les enfants existait même pour les nobles. Voy. d'Argentré, *Partage des nobles*; de Blois, *Etudes sur les successions bretonnes*, dans le *Bulletin archéologique de l'association Bretonne*, année 1852, t. IV.

l'aîné en hériterait seul, à charge de pourvoir ses puînés honorablement selon ses moyens (1). Ce principe de l'Assise est sans aucun doute d'importation anglaise. Il faut rappeler en effet que Geffroy, duc de Bretagne, était un Plantagenet, fils du roi d'Angleterre Henri II, frère de Richard Cœur-de-Lion et de Jean sans Terre. Il avait été fiancé dès l'âge d'un mois à la fille unique de Conan. Celui-ci ne tarda pas à être obligé d'abandonner le pouvoir au roi d'Angleterre Henri II qui l'exerça pendant toute la minorité de son fils. Ce fut seulement en 1182 que Geffroy se maria et fut mis à la tête de son duché. Il mourut dès l'année 1186, à Paris, à la suite d'une chute dans un tournoi. Mais il eut pendant son court règne le temps de proposer à ses prélats et barons bretons, qui l'acceptèrent, une réforme considérable dans la transmission des fiefs par succession. Cette réforme lui fut inspirée par le droit de l'Angleterre. Il suffit pour s'en convaincre de se rappeler la race à laquelle appartenait le comte Geffroy et de rapprocher de l'Assise les principes contenus dans Glanville, et aussi dans un coutumier connu sous le nom de *Lois de Henri 1<sup>er</sup>* (2). Les prélats et barons donnèrent leur consentement dans une assise où fut rédigé le texte de l'ordonnance; de là le nom d'Assise au comte Geffroy dont les dispositions ne furent pas imposées par le comte aux barons, mais tout au contraire librement acceptées. L'Assise est donc un véritable pacte délibéré et consenti entre Geffroy et ses barons. Les actes de ce genre étaient très fréquents à cette époque, soit de la part du roi, soit de la part des grands vassaux de la couronne. Cette indivisibilité du fief fut certainement établie pour les baronnies et les fiefs de chevalier (3). A l'origine, elle avait pour objet, on s'en

(1) On trouvera le texte de l'Assise au comte Geffroy, avec des indications bibliographiques très complètes, dans Planiol, *op. cit.*, nos 1 à 15, p. 1 et suiv.

(2) *Lois de Henri 1<sup>er</sup>*, dans Houard, *Coutumes anglo-normandes*, t. I, p. 340; Glanville, lib. VII, cap. 3.

(3) D'après un rôle de 1294, il y avait à cette époque en Normandie 166 fiefs de chevaliers. Voy. Planiol, *op. cit.*, p. 21. Quant aux baronnies, voy. *ibid.*, p. 35.

souvent, d'assurer le service militaire et dans la suite elle se maintint comme le moyen le plus efficace d'assurer aux familles la puissance et la perpétuité. Mais on ignore si le régime de l'Assise s'appliquait aux fiefs connus sous le nom de sergenteries (1).

Suivant les prescriptions de l'Assise, dans chaque famille l'ainé et les puinés devaient jurer d'en observer les dispositions. L'Assise ne dit pas à quel moment, mais c'était évidemment à l'époque de l'ouverture de la succession. Il faut d'ailleurs bien s'entendre sur le sens de ce serment. L'Assise avait en vue la convention relative au partage de la succession; elle voulait que cette convention fût conforme à ses dispositions et, suivant l'usage du temps, cet accord, comme fort souvent les autres contrats, était confirmé et garanti par serment. Voilà en quel sens l'ainé et les puinés devaient *jur*er l'assise. Pour le cas où un puiné aurait refusé de prêter ce serment, il aurait été, à titre de peine, privé de tout droit dans la succession. Mais que serait-il arrivé si l'ainé lui-même avait refusé d'accepter l'Assise par son serment? Il est probable que dans ce cas, la baronnie ou le fief serait resté soumis à l'ancien système successoral, et on s'explique ainsi que, dans la suite, à côté des fiefs d'Assise, il ait existé un certain nombre de terres nobles qui échappaient au principe de l'indivisibilité (2). Lorsque des doutes s'élevaient à l'ouverture d'une succession, sur le point de savoir si un fief était ou non soumis à l'Assise, on s'en rapportait à l'*usement*, c'est-à-dire à l'usage antérieur.

Toutes les fois que l'Assise ne s'appliquait pas, le fief et les

(1) Nous nous sommes longuement expliqué sur les deux espèces de sergenteries qui existaient en Angleterre. En Bretagne elles étaient aussi de deux sortes : les sergents féodés étaient chargés de faire les significations pour le compte du duc, de percevoir ses revenus, d'exploiter pour les particuliers, de faire la police des audiences de la cour de justice et des Etats. Les autres sergents étaient de véritables écuyers, chargés d'un service militaire inférieur. Voy. Hévin, *Questions féodales*, p. 79, 94, 258, 273, 278; *Annotations sur les plaidoyers de Frain*, p. 369 et suiv. Voy. aussi ses troisième et quatrième consultations. Cpr. Planiol, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 34 et 35, p. 39.

(2) Voy. une explication différente dans Planiol, *op. cit.*, n<sup>o</sup> 36, p. 42.

autres biens se partageaient également entre tous les enfants ; mais dans beaucoup de familles nobles on donnait à l'aîné un préciput dont la quotité paraît avoir varié selon l'usage propre à chacune d'elles (1). S'agissait-il d'une succession soumise à l'Assise, alors la seigneurie tout entière de la baronnie ou de la chevalerie allait au frère aîné, à l'exclusion de tous autres.

A défaut de fils, le fief passait à la fille aînée. En d'autres termes, le droit d'ainesse existait entre filles comme entre fils. Chose remarquable, dans la plupart des coutumes, au contraire, les filles partageaient également entre elles à défaut de fils. Certaines coutumes seulement admettaient le droit d'ainesse entre les filles ; c'étaient celles qui, en général, consacraient un régime successoral semblable à celui du comte Geoffroy. Mais ce droit d'ainesse entre les filles était beaucoup moins absolu qu'en Bretagne : il consistait dans un préciput et, par exemple, dans le principal manoir. Tel était déjà le système consacré par la très ancienne coutume de Normandie (2). Ce régime était précisément conforme à celui du droit anglais. Glanville nous apprend que si le possesseur d'un fief de chevalerie mourait en ne laissant que des filles, celles-ci se partageaient la succession, sauf attribution du principal manoir à l'aînée (3). Mais, en Bretagne, l'Assise, ou plus exactement son application avait, comme on l'aura remarqué, exagéré le système du droit anglais en adoptant le droit d'ai-

(1) *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 207. — D'Argentré, *Partage des nobles*, 4<sup>e</sup> proposition. — Hévin, *Consultations*, p. 533; Hévin, sur Frain, p. 565. — Planiol, *op. cit.*, p. 45.

(2) *Très ancien Coutumier de Normandie*, éd. Tardif, cap. 9, *De portione sororum*, p. 9. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 6, éd. de Gruchy, p. 79. — *Coutume de Normandie de 1483*, art. 272. — Cpr. Beaumanoir, chap. 14, n<sup>os</sup> 4 et 9, t. I, p. 226 et 227. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 12, éd. Viollot, t. I, p. 53. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n<sup>o</sup> 63; B, n<sup>o</sup> 4; E, n<sup>o</sup> 153, t. I, p. 54, 71, 188, 475; F, n<sup>os</sup> 426, 428, 438, t. II, p. 165, 166, 170; I, n<sup>os</sup> 183 et 185, t. III, p. 324, 326.

(3) Glanville, lib. VII, cap. 3, § 4. Voy. pour plus de détails sur ce point et notamment sur les rapports de la sœur aînée avec la sœur cadette, ce que j'ai dit dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 272.

nesse entre les filles, d'une manière aussi absolue qu'entre les enfants mâles.

Toutefois, pour que les fils puînés ne fussent pas réduits à l'indigence, l'Assise voulait que l'ainé leur fit une rente viagère dont le montant dépendait de ses ressources. Elle permettait même le partage en rentes, *in denariis*, par opposition au partage en propriété, et, à la suite d'une interprétation extensive, peut-être même abusive, les aînés cédèrent certaines terres de la seigneurie à leurs puînés en usufruit (1). On ne tarda pas à aller encore plus loin et après avoir fait avec ses frères puînés des partages en usufruit, l'ainé leur accorda des terres en propriété sur la baronnie ou le fief de chevalerie (2). C'était là une atteinte indirecte à l'esprit de l'Assise, mais non pas à son texte. Celle-ci défendait en effet le partage dans les successions, mais elle n'avait pas interdit les donations de terres faisant partie d'une baronnie ou d'une chevalerie, et ce que l'ainé aurait pu donner à un étranger, il était tout naturel qu'il pût le donner à ses frères puînés (3). Une fois la succession ouverte, il attribuait donc à titre de donations certaines terres de la seigneurie à ses frères puînés. Il paraît bien résulter des textes que l'ainé se résigna à ce parti, très désavantageux pour lui, afin de mettre un terme aux réclamations incessantes des puînés qui se plaignaient d'être fort maltraités et de se trouver à la discrétion de leur frère. Parfois même le père, de son vivant et pour éviter toute discussion entre ses fils après sa mort, procédait à un partage de cette nature qui attribuait certains biens en propriété aux puînés; mais il fallait, pour la validité de cet acte, que le fils aîné y donnât son consentement (4).

(1) Hévin, sur Frain, p. 523 et 524.

(2) Voy. les actes inédits publiés sur ce point par Planiol, *op. cit.*, p. 51.

(3) Il faut toutefois remarquer qu'en Bretagne les sous-inféodations entre-vifs n'étaient pas connues, même avant l'Assise, et dès lors, il est fort possible que l'ordonnance de Geoffroy n'ait pas prévu ces actes parce qu'ils ne se faisaient pas.

(4) *Règles coutumières bretonnes*, dans Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. III, p. 225. — Morice, *Mémoires pour servir de preuves à l'histoire ecclésiastique et civile de Bretagne*, t. I, col. 1252; t. II, col. 1779.

Toutefois ces démembrements ne portaient que sur la terre et non pas sur le titre : la baronnie ou la chevalerie restait indivisible ; d'une baronnie on n'en pouvait pas faire deux ou plusieurs et dans cette mesure l'ordonnance du comte Geffroy était respectée.

Quant aux filles, elles étaient exclues de la succession par leur frère, même s'il était moins âgé ; elles ne venaient donc qu'à défaut de fils et nous avons vu que le droit d'ainesse s'exerçait même entre filles. Mais pour assurer le sort des filles qui sont privées de tout droit de succession en présence de fils, l'ordonnance du comte Geffroy veut qu'elles reçoivent de l'héritier un *maritagium*, c'est-à-dire une dot en pleine propriété et en terres, dont l'étendue et l'importance sont déterminées par le seigneur et par le plus proche parent. Ces filles étaient, comme disent les anciens textes bretons, *héritagères*, c'est-à-dire propriétaires de la dot, mais on leur refusait la qualité d'héritières dans la succession. En outre, la fille puinée n'était pas obligée d'accepter la terre qu'on lui offrait et elle pouvait, si elle préférait, réclamer d'autres biens pour la même valeur : *Quod si habere noluerit et alibi invenerit, major frater ei de rebus et catallis suis percurat* (1). Ce que nous venons de dire suppose que la fille puinée n'était pas encore mariée au moment de l'ouverture de la succession. Si elle avait été mariée par son père, celui-ci lui aurait constitué une dot et il aurait même pu lui donner plus qu'elle n'aurait, dans la succession, reçu de son frère ou de sa sœur aînée à titre de mariage avenant ; elle n'en conservait pas moins à la mort de son père, tout ce qu'elle avait reçu à titre de dot, mais elle restait tout à fait étrangère à la succession (2). En sens inverse, si le père avait donné à sa fille en la mariant, moins qu'elle n'aurait reçu de l'héritier dans la succession, elle ne

(1) Voy. sur les nombreuses erreurs des jurisconsultes bretons relatives à ce droit des filles puinées, Planiol, *op. cit.*, n° 58, p. 60.

(2) Très ancienne coutume de Bretagne, chap. 210. Il en était de même en Angleterre et dans l'Anjou. Cpr. Glanville, lib. VII, cap. 1. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 2, t. 1, p. 70. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. 1, chap. 71.

pouvait cependant réclamer ensuite aucun supplément, pourvu d'ailleurs qu'elle eût été mariée selon sa condition sociale (1).

Avant d'en finir avec les dispositions de l'Assise au comte Geffroy, il faut encore relever une règle très remarquable qu'elle contient, pour le cas où le puiné, après avoir reçu de son aîné une terre du fief, venait à mourir sans héritier. A qui cette terre allait-elle être attribuée? l'Assise répond au moyen d'une distinction: si l'aîné a exigé hommage de son puiné à l'occasion de cette terre, celui-ci a pu en disposer librement par testament et, dans le cas où il ne l'aurait pas fait, la terre retournera au seigneur de ligeance; mais dans aucun cas le frère aîné n'y pourra prétendre. Si, au contraire, le puiné n'est pas devenu l'homme de son aîné, alors la terre fait retour à celui-ci et il semble bien que le puiné n'ait pas le droit d'empêcher cet effet par des dispositions testamentaires. Les mêmes principes, on le sait, sont consacrés par le très ancien droit normand (2) et il est bien certain qu'ils viennent d'Angleterre. On retrouve dans Glanville cette distinction et ce jurisconsulte nous apprend même pour quel motif la terre ne fait pas retour à l'aîné lorsque le puiné est son homme: « *Quia generaliter verum est secundum jus regni quod nemo ejusdem tenementi simul potest esse heres et dominus* (3). » Mais ce système n'a pas longtemps duré en Bretagne et il a dû céder la place au régime de la tenure en parage, plus conforme à nos mœurs françaises.

A une certaine époque, d'ailleurs assez difficile à déterminer, l'usage s'introduisit de fixer, d'une manière précise et invariable, la part en viager attribuée aux puinés au tiers du fief. Les anciens auteurs ont pensé que cette innovation avait été introduite par une ordonnance du duc Jean II. Mais c'est là une pure conjecture qui ne repose sur aucun fon-

(1) Très ancienne coutume de Bretagne, chap. 210. — Hévin, sur Frain, t. II, p. 868 et suiv.

(2) Très ancien Coutumier de Normandie, chap. 34.

(3) Glanville, lib. VIII, cap. 1. Voir ce que j'ai dit dans mon Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre, t. II, p. 279.

dement. Personne n'a jamais pu retrouver le texte de cette prétendue ordonnance et il est certain que, longtemps avant ce prince, les puînés obtenaient souvent, dans certaines familles, un tiers en viager (1). Ce changement fut donc introduit par l'usage et probablement sous l'influence des coutumes voisines, notamment de celle de l'Anjou, qui pratiquaient, en effet, le même système. On alla ensuite encore plus loin et il fut permis de convertir cette part d'usufruit ou, comme on disait alors, *le bienfait du puîné*, lorsqu'il lui survenait des enfants légitimes (2). Mais dans certaines grandes familles on resta fidèle au système de l'Assise et on continua à attribuer aux puînés une part variable en usufruit (3).

Disons en terminant que la rédaction de ce que l'on a appelé la *Très ancienne coutume de Bretagne* (4), n'a apporté aucune modification au système de succession établi pour les fiefs d'Assise et cela par la raison bien simple que cette prétendue coutume n'était qu'un simple coutumier, c'est-à-dire une œuvre purement privée. Les premiers rédacteurs de la coutume en 1539, n'ont introduit aucun changement. Mais à l'époque de la réforme de 1583, et sous l'influence de d'Argentré, on consacra une importante innovation en décidant que les puînés auraient à l'avenir droit à une part héréditaire en propriété, fixée à un tiers par héritage. Toutefois cette innovation ne s'appliqua pas aux anciens comtés et baronnies qui restèrent soumis au régime de l'Assise.

On comprit en Champagne comme en Bretagne, l'utilité de l'indivisibilité des fiefs en matière successorale. Ainsi, déjà en

(1) Voy. Lobineau, *Histoire de Bretagne, Preuves*, col. 1645. — Morice, *Op. cit., Preuves*, t. I, col. 797, 798, 919.

(2) Morice, *Op. cit., Preuves*, t. I, col. 983 et 1201.

(3) Ce fait est attesté par le procès-verbal de la première rédaction de la coutume Voy. Richebourg, *Coutumier général*, t. IV, p. 354. Cpr. Hévin, *Consultations*, p. 543.

(4) Cpr. *Très ancienne coutume de Bretagne*, art. 209 (208, dans certains manuscrits). Voy. le texte qu'en propose Planiol, *op. cit.*, p. 89. Ce chapitre 209 de la *Très ancienne coutume de Bretagne*, a passé dans les art. 535, 547 à 550 de la rédaction de 1539, auxquels il faut joindre un changement introduit par l'art. 563. Voyez enfin la nouvelle coutume de Bretagne, art. 541 et 542. Cpr. art. 551.

l'an 1212, la comtesse Blanche de Troyes, de l'avis de ses barons, fit une ordonnance qui réglait la succession aux fiefs pour le cas où le défunt avait laissé seulement des filles et établissait même pour ce cas un véritable droit d'ainesse. S'il existait un seul château, la fille aînée le prenait, à l'exclusion des autres. Le défunt avait-il laissé plusieurs châteaux et autant de filles, chacune en prenait un et l'ainée choisissait la première. En outre on devait estimer chaque château et lorsqu'une fille en obtenait un d'une valeur inférieure, elle avait droit à une indemnité sous forme de prélèvement sur les autres biens, notamment sur les terres planes, de sorte que, tout en assurant l'indivisibilité du fief, on garantissait aussi l'égalité entre les filles. A plus forte raison lorsqu'il y avait moins de châteaux que de filles, celles qui n'en obtenaient pas étaient-elles indemnisées sur les terres planes ou autres biens (1).

Cette ordonnance souleva-t-elle des difficultés ou bien au contraire parut-elle si juste qu'on songea à l'étendre? Ce qui est certain, c'est que le comte de Champagne Thiébaud fit en 1224 pour les successions des châtelainies et des baronnies, avec le consentement de ses vassaux, une loi qui rendait indivisibles au point de vue des successions, les fiefs supérieurs aux vavassories. Les auteurs ont souvent rapproché cet établissement du comte Thiébaud de l'Assise de Bretagne du comte Geffroy (2). La loi du comte Thiébaud nous paraît pourtant beaucoup plus conforme au système du droit normand pour les fiefs de chevalerie : s'il n'y a qu'un château, l'ainé le prend; s'il s'en trouve plusieurs dans la succession, chaque fils en prend un en commençant par l'ainé, de sorte que si le nombre des châteaux est inférieur à celui des fils, les derniers n'en sont pas pourvus; s'il y a plus de châteaux que de fils, une fois que tous sont pourvus, l'ainé choisit de nouveau parmi ceux qui restent, puis le second fils et ainsi de suite

(1) Voy. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 875.

(2) Voy. notamment Hévin sur Frain, p. 517. — Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, t. II, p. 881, note. — Viollet, *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 124.

jusqu'à épuisement. D'ailleurs, tous les châteaux devaient être évalués et ceux qui obtenaient les moins avantageux étaient indemnisés sur le reste de la succession. Quant aux autres biens, ils se partageaient également entre les fils. N'est-ce pas le principe du système consacré par le droit normand (1)? Toutefois on s'écartait du droit normand, comme nous l'apprend l'art. 62 de l'ancien coutumier de Champagne, en ce que, dans les successions collatérales, le droit d'ainesse n'existait pas, de sorte que les frères partageaient également entre eux, même les fiefs.

Les vavassories se transmettaient à peu près de la même manière, sauf que les filles venaient en concours avec les fils, mais en prenant une demi-part seulement (2).

Dans l'Anjou et le Maine, le droit d'ainesse était aussi organisé avec une certaine rigueur et sous l'influence du droit anglais, il conserva toute sa force au lieu de s'affaiblir dans la suite. Ainsi les baronnies étaient nécessairement indivisibles et appartenaient à ce titre à l'ainé des fils. Il en était de même dans l'Orléanais (3). Quant aux autres terres, en Anjou, à la mort du père ou de la mère, l'ainé noble en recevait les deux tiers; le dernier tiers était dévolu aux puînés (4). En Orléanais, l'ainé noble obtenait les deux tiers s'il n'avait qu'un frère, la moitié s'il en avait deux ou plusieurs (5). Si le défunt titulaire d'un fief était un coutumier, son aîné héritait des deux tiers du fief, mais les autres biens se par-

(1) Voy. *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 8, p. 8, éd. Tardif, chap. 88, p. 91. — *Grand coutumier de Normandie*, éd. de Gruchy, chap. 25, 26, 99, p. 74, 79, 238. Cpr. mon mémoire sur *L'autorité paternelle et le droit de succession*, dans la *Réforme sociale*, année 1889.

(2) *Le droit et les coutumes de Champagne et de Brie*, art. 1, 2, 62, dans Richebourg, t. III, p. 209. — On trouvera aussi l'ordonnance de la comtesse Blanche, de 1212, et celle de Thibaut, de 1224, dans Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, t. II, p. 874.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 233 et 234. — *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 26, éd. Viollet. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 18; C, n° 18, t. I, p. 76, 204; F, n° 423, t. II, p. 164.

(4) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 10 de l'éd. Viollet.

(5) *Livre de Justice et de plet*, p. 257. Cpr. *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 136.

tageaient également entre les enfants, sans distinction de sexe (1).

Le droit d'ainesse procurait encore d'autres avantages importants à celui qui en profitait. Ainsi l'ainé prenait tous les meubles, en ligne directe comme en ligne collatérale, mais à charge, bien entendu, de payer les dettes (2). En sa qualité d'héritier principal, l'ainé était seul saisi (3); seul il devait l'hommage (4); mais aussi il garantissait les puînés (5). Lorsque le père avait doté une fille de son vivant, celle-ci était, par cela même, exclue de la succession; peu importait d'ailleurs que cette dot dépassât ou non la part qu'elle aurait eue dans l'héritage paternel; elle lui restait acquise et le fils aîné profitait ainsi ou éprouvait un préjudice, selon que son père avait donné plus ou moins qu'un mariage avenant (6).

En sa qualité d'ainé, le fils le plus âgé du défunt recueillait aussi dans la succession du père ou de la mère, la part de son frère (ou de sa sœur) qui était entré en religion (7).

Le droit d'ainesse existait aussi même si le père (ou la mère) décédé n'avait laissé que des filles. L'ainée prenait les deux tiers et le troisième tiers allait aux autres. Dans l'Orléanais, le privilège de la fille aînée consistait à recevoir le principal

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 173, 178, 179, t. I, p. 470; F, n<sup>o</sup> 448, t. II, p. 473; I, n<sup>o</sup> 204, t. IV, p. 341; L, n<sup>o</sup> 135, t. IV, p. 204.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 160, t. I, p. 482; F, n<sup>o</sup> 465, t. II, p. 180; I, n<sup>o</sup> 191, t. III, p. 332; L, n<sup>o</sup> 125, t. IV, p. 201. Toutefois il n'obtient que la moitié des meubles si le défunt a laissé une veuve après avoir été marié pendant un an et un jour au moins. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 822, t. II, p. 296.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 187, t. I, p. 501; F, n<sup>os</sup> 395 et 446, t. II, p. 156; I, n<sup>o</sup> 220, t. III, p. 355.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 158, t. I, p. 481; I, n<sup>o</sup> 190, t. III, p. 338.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n<sup>o</sup> 108, t. IV, p. 193. D'un autre côté, lorsque le père marie son fils aîné, il doit lui donner le tiers de sa terre. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 769, t. II, p. 278.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 168, t. I, p. 487; F, n<sup>o</sup> 420, t. II, p. 163; I, n<sup>o</sup> 199, t. III, p. 338; L, n<sup>o</sup> 131, t. IV, p. 203.

(7) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 169, t. I, p. 488; L, n<sup>o</sup> 200, t. III, p. 339. Il avait aussi le droit d'exercer le retrait du fief acquis par son père et que celui-ci avait donné à un puîné. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 203, t. I, p. 511; I, n<sup>o</sup> 235, t. III, p. 366; L, n<sup>o</sup> 215, t. IV, p. 235.

manoir à titre de préciput (1). La sœur aînée jouissait du même avantage en ligne collatérale (2).

C'est qu'en effet le droit d'ainesse existait en ligne collatérale comme en ligne directe. En général, l'ainé prenait les deux tiers et le dernier tiers allait aux puinés. En outre, il faut se rappeler le privilège de masculinité qui excluait les femmes en présence des collatéraux mâles. Mais cependant, lorsqu'un frère aîné se trouvait en ligne collatérale en concours avec ses sœurs et ses frères puinés, il obtenait les deux tiers des immeubles et tous les meubles; le dernier tiers des immeubles profitait à ses sœurs, et les frères puinés n'avaient droit à rien (3).

Si de la Normandie, de la Bretagne, de l'Anjou et du Maine nous descendons vers le Midi pour y suivre l'influence anglaise, nous voyons qu'à Bordeaux le droit d'ainesse joue aussi un rôle important et y produit de graves effets. Ce ne sont pas seulement les baronnies, mais tous les fiefs qu'on déclare indivisibles et à ce titre ils vont exclusivement à l'ainé, sans que les puinés en prennent la moindre part (4). Mais à Limoges, par esprit de réaction contre les institutions féodales de la Guienne, l'ancienne coutume n'admet pas la distinction entre les grands fiefs ordinaires; elle exclut le droit d'ainesse et, sous l'influence manifeste de la législation romaine, elle proclame, au nom de sa bourgeoisie, l'égalité du partage pour tous les biens (5).

L'indivisibilité de certains fiefs était encore consacrée dans

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 4, t. I, p. 71; C, n° 4, t. I, p. 188; E, n° 153, t. I, p. 475; F, n°s 426, 428, 438, t. II, p. 165, 166, 170; L, n°s 183 et 185, t. III, p. 325, 326.

(2) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 12. — *Livre de justice et de plet*, p. 235, 236, 252. M. Viollet croit à tort que la coutume était la même dans l'Anjou et le Maine. Voy. *Etablissements de Saint Louis*, t. I, p. 122.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 155, t. I, p. 479; F, n° 434, t. II, p. 168 et n° 823, t. II, 296.

(4) *Las costumaz de la vilà de Bordeù*, art. 57.

(5) Les anciennes coutumes de Limoges ont été rédigées en 1215, 1260 et au XIV<sup>e</sup> siècle. Le second texte a été publié par Richebourg, t. IV, p. 1149 et le troisième par Leymarie, dans son *Histoire du Limousin*, où l'on trouvera des renseignements complets sur le droit de cette ville.

d'autres provinces; du nord de la France, en Picardie, dans le Vermandois, le Ponthieu et l'Artois (1). Elle se retrouve avec un droit d'ainesse fort énergique, encore dans d'autres provinces qui n'ont pas subi l'influence du droit anglais, et même aussi à l'étranger. Ainsi cette indivisibilité est consacrée par les *Assises du royaume de Jérusalem*, comme encore par celles de Sicile (2).

Dans les Assises de Jérusalem on avait pris des précautions particulières pour assurer le service militaire et donner à l'armée de nombreux chevaliers. Tout héritier appelé à un fief en était exclu, même s'il était le fils aîné du défunt, du moment qu'il possédait déjà un autre fief. On tenait en effet au service personnel, lequel était dû pendant l'année entière (3) et ce service ne pouvait être fourni que pour un seul fief. Dès lors, toutes les fois que l'héritier était déjà pourvu d'un fief, celui de la succession retournait au seigneur, lequel le délivrait au parent qui se présentait comme étant le plus proche après l'héritier déjà pourvu. Mais cette acquisition n'était pas définitive et le fief devait être rendu à l'héritier le plus proche ou à ses propres héritiers, lorsque l'obstacle à l'acquisition avait disparu (4). Toutefois, quand cette possession avait duré longtemps, comment revendiquer le fief avec sécurité? Souvent la preuve était difficile et l'héritier le plus proche était définitivement privé du fief. Aussi se décida-t-on à admettre qu'il pourrait hériter, quoique déjà pourvu et qu'alors le service du second fief serait fait par un compagnon (5).

(1) Pour toutes ces coutumes secondaires nous nous bornons à renvoyer aux explications que nous avons données dans notre étude spéciale sur *Le droit de succession au moyen âge*, p. 41 et suiv.

(2) Nous renvoyons aussi à l'étude précitée pour tout ce qui concerne le droit d'ainesse en Béarn, dans le Lavedan, dans le pays de Barèges, dans la Navarre. Voy. p. 42 et suiv.

(3) Jean d'Ibelin, p. 217.

(4) S'il ne se présente personne, le seigneur garde le fief entre ses mains.

(5) Voy. Jean d'Ibelin, chap. 68, 148, 182; Philippe de Navarre, chap. 69. Il résulte de ce dernier texte que l'héritier du fief devra le service de corps au lieu du service de compagnon si, par une raison quelconque, il cesse de posséder le fief qu'il avait déjà au moment de la succession. De même, s'il meurt en laissant plusieurs héritiers, chacun des fiefs sera pourvu d'un titulaire pris parmi ses héritiers et qui devra aussi le service personnel.

Lorsque le défunt laissait plusieurs fiefs, on les attribuait à ses divers fils en commençant par l'aîné qui choisissait le premier, comme en Normandie (1). L'indivisibilité des fiefs s'opposait à ce qu'on procédât autrement au partage (2). S'il y avait autant de fiefs que de fils, chacun était donc pourvu; s'il y en avait moins, les plus jeunes n'obtenaient rien. Les filles n'arrivaient qu'à défaut de fils et Philippe de Navarre (chap. 71) nous apprend qu'à l'origine les fiefs se distribuaient entre elles comme entre les fils; l'aînée seule était donc pourvue s'il n'existait qu'un fief dans la succession. Dans la suite on admit le partage inégal pour le cas où le fief comprenait plusieurs chevaleries, en ce sens que les filles furent successivement loties chacune d'une chevalerie, par ordre de primogéniture. Il pouvait donc arriver que les puînées n'obtinsent rien (3). Dans les autres cas le fief se partageait également entre toutes les filles, mais l'aînée le représentait seul tout entier vis-à-vis du souverain et ses sœurs devenaient ses vassales (4). Ce système, comme on le voit, se rapprochait singulièrement de celui de nos provinces qui consacraient l'indivisibilité du fief avec le plus d'énergie.

Nous en avons fini avec les coutumes qui admettaient plus ou moins l'indivisibilité du fief et attachaient des avantages considérables au droit d'ainesse. Dans les autres parties de la France, ce droit d'ainesse n'a jamais été aussi fort et il est facile de constater qu'il a souvent subi des atteintes graves et successives. Plusieurs causes peuvent expliquer cet état de choses. Les raisons militaires sur lesquelles reposait le droit d'ainesse, tout au moins au début, en Normandie, en Angleterre, à Jérusalem, en Sicile, dans le Béarn et ailleurs encore, n'existaient pas. Sans doute la plupart des offices devenus héréditaires avaient été soumis à un droit d'ai-

(1) Jean d'ibelin, chap. 148. Cpr. le chap. 149 qui parle de fiefs sans hommage ni service.

(2) Mais les tenures bourgeoises, au contraire, se partageaient également. Voy. *Livre au roi*, chap. 37.

(3) Jean d'ibelin, chap. 156; Philippe de Navarre, chap. 72.

(4) Philippe de Navarre, chap. 72.

nesse absolu. Mais cette notion de l'office ou fonction s'effaçait de plus en plus devant celle d'une propriété. D'un autre côté, il existait dans un grand nombre de provinces, surtout dans le Midi et dans l'Est, des alleux qui se partageaient également, du moins avant l'époque où l'on imagina de diviser ces biens libres en alleux nobles et alleux roturiers. Enfin, les biens roturiers, les meubles et acquêts, se partageaient également entre tous les héritiers, le plus souvent même dans les familles nobles. Ce système du partage égal, consacré par le droit romain dont l'autorité grandissait sans cesse et aussi par les *Leges*, était vu avec une certaine faveur. Nos vieux jurisconsultes en furent toujours les défenseurs et lorsqu'on perdit de vue les bases de la féodalité, on tendit à se rapprocher du système du partage égal, plus conforme à la justice et à l'équité. C'est plus tard seulement qu'il se fit une réaction contre cette tendance et que la noblesse, comprenant l'utilité de concentrer la fortune sur certaines terres, sans toucher au principe des coutumes sur le droit d'ainesse, accorda cependant à l'ainé des avantages considérables, au moyen des dispositions testamentaires, des substitutions, des institutions d'héritier par contrat de mariage, etc.

L'ancienne coutume de Paris peut être considérée comme le type de celles qui forment le second groupe et consacrent un droit d'ainesse mitigé. D'après cette coutume, le fils aîné avait droit à ce titre au principal manoir et à un préciput ou part avantageuse. Mais le droit d'ainesse n'était pas admis en faveur des filles ni en ligne collatérale (1). D'une manière plus précise, la coutume de Paris (art. 13 et suiv.) attribuait au fils aîné le principal manoir, deux tiers des fiefs tenus noblement, s'il n'avait qu'un frère puiné, et la moitié s'il en existait deux ou davantage. Mais il paraît qu'originellement tout le fief allait à l'ainé; les biens roturiers seuls se partageaient

(1) *Grand coutumier de France*, liv. II, chap. 27. — Arrêt de 1262. *Olim*, I, fol. 120. — Le Coq, *Questions*, n° 366. — Cpr. Brodeau sur les art. 19, 24 et 25 de la coutume de Paris. Dans le Beauvoisis, Beaumanoir (chap. 14, n° 4) accorde à la fille aînée le chef manoir.

d'une manière égale entre tous. C'est ce qu'attestent encore les *Anciennes Constitutions du Châtelet de Paris*, mais l'ainé en prenant tout le fief était tenu de pourvoir aux besoins des puinés (1). Dans la suite seulement le droit de l'ainé fut réduit à la majeure partie du fief, c'est-à-dire au principal manoir et aux deux tiers ou à la moitié des terres. En outre, les fiefs de dignité continuèrent à être considérés comme indivisibles. D'ailleurs, bien que prenant une part sensiblement plus considérable dans l'actif des biens nobles, l'ainé n'était pourtant pas seul héritier : ses frères puinés avaient la même qualité. Il pouvait en résulter certains avantages pour l'ainé lui-même. Ainsi, par exemple, il n'était obligé aux dettes que pour une part proportionnelle à celle de ses cohéritiers, mais en retour si un puiné renonçait à son droit de succession, l'accroissement se faisait également au profit de tous, tandis que la part vacante aurait été nécessairement acquise à l'ainé, si les puinés, au lieu d'être des cohéritiers, avaient eu la qualité de propriétaires ou d'usufruitiers (2).

Ce système de la coutume de Paris fut consacré, sauf parfois quelques divergences dans les détails, par un grand nombre d'autres coutumes. Ainsi, dans celle de Lorris l'ainé recueillait le manoir principal et les deux tiers ou la moitié des fiefs, selon qu'il y avait un ou plusieurs frères, mais le droit d'ainesse n'existait pas entre filles ni en ligne collatérale (3). Dans le pays de Laon, l'ainé prenait le principal manoir avec ses dépendances, mais tous les autres biens, nobles ou non, se partageaient entre les enfants, sauf que les filles prenaient seulement demi-part (4). Dans les Flandres, l'ainé emportait deux parts des fiefs et les puinés tous ensemble le dernier tiers. Mais certains praticiens voulaient que parmi

(1) *Anciennes constitutions du Châtelet*, § 65, éd. Mortet, p. 75.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 369. — Laurière, sur l'art. 334 de la coutume de Paris.

(3) Coutume de Lorris, art. 25 et 43, édit. Tardif, p. 8 et 11.

(4) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, éd. Beautemps-Beaupré, n° 161, p. 89.

ces puinés le plus âgé eût au moins toujours le tiers du tiers, quel que fût le nombre de ses frères et sœurs (1).

§ 9. — SUCCESSION AUX FIEFS (*suite*). EXCLUSION DES ASCENDANTS.

Le droit d'ainesse forme le premier caractère propre à la succession aux fiefs. Le second se trouve dans la célèbre maxime : *feuda non ascendunt*, fiefs ne remontent. En d'autres termes, les ascendants ne sont pas admis à la succession aux fiefs. Montesquieu a expliqué cette exclusion en disant que les ascendants sont, à raison même de leur âge, incapables du service militaire (2). Cette explication a été critiquée dans la suite, mais sans qu'on soit parvenu cependant à fournir contre elle des arguments décisifs : Ainsi, on a dit qu'à ce compte les collatéraux devraient aussi être écartés de la succession aux fiefs, car ils peuvent être arrivés à un âge avancé. Si le fait est possible, il faut pourtant reconnaître qu'il n'est pas nécessaire, tandis que la qualité même d'ascendant implique nécessairement une certaine vieillesse. De même on a objecté à Montesquieu que le droit féodal serait tombé dans une véritable contradiction s'il avait fait reposer l'incapacité des ascendants sur leur faiblesse, car il admettait à la succession aux fiefs les femmes et les mineurs. L'objection n'a pas à notre avis une grande valeur. D'abord on sait que les femmes ont été écartées pendant un certain temps et qu'à toute époque on leur a préféré les mâles. Ensuite il existe entre l'ascendant d'une part, la femme et le mineur de l'autre, une différence essentielle : il est facile de trouver à la place de la femme ou du mineur une personne qui fera le service du fief ; mais il ne pouvait être question de placer un ascendant en état d'incapacité et de charger un autre de remplir les devoirs du fief. La raison donnée par Montesquieu a donc une valeur sérieuse et il serait facile de trouver des

(1) Voy. *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 168, édit. Beaumonts-Beaupré, p. 92.

(2) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXXI, chap. 34.

textes pour établir que dans la transmission du fief, surtout à l'époque de la féodalité politique, on se préoccupait du service militaire.

Dans certains pays, les femmes ne pouvant faire le service du fief ont toujours été exclues de sa succession, à moins que l'acte d'inféodation ne contint une clause contraire : tel est notamment le droit des *Livres des fiefs* et celui du *Miroir de Saxe* (1). De même le *Miroir de Saxe* déclare incapable d'hériter du fief l'enfant aveugle, boiteux ou contrefait, parce qu'il est impropre au service militaire (2). Cependant l'exclusion des ascendants peut s'expliquer encore d'une autre manière qui, d'ailleurs, ne contredit pas mais complète l'idée de Montesquieu. Le régime de succession aux fiefs s'est surtout établi d'après les conventions qu'on avait coutume de passer auparavant. Nous avons vu qu'en effet, dans leurs formes primitives, les fiefs étaient plutôt viagers qu'héréditaires et il est même possible de trouver des exemples de fiefs non transmissibles jusqu'au xiv<sup>e</sup> siècle (3). Mais dans la plupart des actes constitutifs d'inféodation, il était dit que le fief se transmettrait aux descendants du concessionnaire. On arrivait ainsi à admettre à la succession les collatéraux qui étaient des descendants du premier bénéficiaire; mais il ne pouvait être question d'y comprendre les ascendants (4). On s'explique ainsi que les *Livres des fiefs*, en parlant de la succession, ne mentionnent jamais les ascendants. En ligne directe, ils admettaient la succession jusqu'au second degré pour les fiefs ordinaires, sans droit d'ainesse,

(1) *Libri feudorum*, I, 8, 2; II, 11. — *Miroir de Saxe*, *Lehnrecht*, art. 2, § 3, éd. Homeyer, t. II, p. 143.

(2) *Miroir de Saxe*, *Lehnrecht*, art. 3, § 4, éd. Homeyer, t. I, p. 33.

(3) Ainsi en Provence les concessions de fiefs viagers étaient encore en usage au milieu du XIV<sup>e</sup> siècle et ce principe était invoqué au XVII<sup>e</sup> siècle par les représentants du domaine, ce qui a donné lieu en 1687 au livre de Peyssonnel sur les fiefs. Cpr. Julien, *Éléments de jurisprudence*, p. 326. Du même, *Nouveau commentaire sur les statuts de Provence*, t. II, p. 62.

(4) Voy. par exemple les *Assises de Jérusalem*, Jean d'Belin, chap. 185 et 186, éd. Beugnot, t. I, p. 275; *Livre au roi*, chap. 35, t. I, p. 632. — *Libri feudorum*, I, 14, 1; II, 11 et 17.

et en ligne collatérale l'hérédité des fiefs était même très restreinte, comme nous le verrons plus loin.

Toutefois cette exclusion des ascendants ne tarda pas à soulever des objections, surtout dans les pays où la féodalité perdit de bonne heure son caractère militaire. Un véritable régime successoral s'étant établi pour les fiefs, on se demanda pour quel motif les ascendants en seraient exclus, alors surtout qu'ils venaient à d'autres biens. Ainsi en Angleterre, le coutumier connu sous le nom de *Lois de Henri 1<sup>er</sup>* avait proposé d'admettre un droit de succession au profit des ascendants (1). Mais ce système fut énergiquement repoussé, et l'exclusion des ascendants s'est maintenue en Angleterre au travers des âges, jusque dans la première partie de notre siècle. Glanville posait déjà en principe *hereditas nunquam ascendit* (2), et un peu plus tard Bracton reproduisit la même règle en essayant de l'expliquer.

En France les divergences sont beaucoup plus accentuées, quoiqu'on ait dit souvent le contraire, mais bien à tort. On a sans doute admis à l'origine l'exclusion des ascendants et cette règle s'est même conservée dans certaines coutumes (3). Mais dans d'autres la règle *héritages ne remontent* a été entendue avec un tout autre sens. Ainsi Beaumanoir n'hésite pas à admettre à la succession les ascendants, non seulement aux meubles et acquêts, mais encore aux héritages, ce qui comprend bien certainement les fiefs. Il entend la règle *héritages ne remontent* en ce sens que les descendants sont préférés aux ascendants et que les héritages du côté paternel ne vont pas à la ligne maternelle, ni réciproquement (4). Nous verrons aussi bientôt qu'on a reconnu dans certaines localités un véritable droit de retour pour les biens donnés par l'ascendant à son descendant mort sans postérité. L'an-

(1) *Leges Henrici I*, cap. 70, n° 19, dans Schmid, p. 257. — Ces dispositions consacrent un régime successoral de transition, intermédiaire entre celui du droit franc et celui du droit féodal.

(2) *Tractatus de legibus*, lib. VII, cap. I, § 10.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 857.

(4) Beaumanoir, chap. 14, n°s 22 et 23, t. I, p. 236.

cienne coutume de Champagne et de Brie admet formellement en pareil cas un droit de succession au profit de l'ascendant donateur, même sur le fief (1). De même le *Grand coutumier de Normandie* fait venir les ascendants à la succession aux fiefs, pourvu qu'ils soient d'ailleurs eux-mêmes des descendants du premier concessionnaire. Il appelle d'abord les frères et leurs descendants ; à leur défaut le père ; puis les oncles du défunt ; à leur défaut l'aïeul, et ainsi de suite (2). Mais le *Grand coutumier de Normandie* prend comme base de son système successoral la règle suivant laquelle il faut être un descendant du premier acquéreur ; peu importe d'ailleurs que, vis-à-vis du défunt, on soit un ascendant ou un collatéral. Nous verrons plus tard ce qu'est devenu ce principe, en nous occupant des successions collatérales. Constatons seulement dès maintenant que l'exclusion des ascendants n'a pas été longtemps absolue ; elle a disparu de très bonne heure dans un certain nombre de coutumes. Les ascendants sont alors venus à la succession aux fiefs, suivant les règles établies pour les collatéraux ; mais la vieille maxime *feuda non ascendunt* n'en a pas moins laissé des traces, et c'est elle notamment qui a engendré la règle *propres ne remontent* (3).

(1) *Li droict et lis coutumes de Champaigne* : « Il est constant en Champaigne, que si aucun chevalier marie son fils ou sa fille, et lui donne un heritage, et il advient qu'il se meurt sans hoirs de son corps li héritage revient au père, il ne doit point de relief ni de rachat au seigneur de qui li héritage muet de fie. »

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, cap. 26, éd. de Gruchy, 77 : « Ad fratrem primogenitum redit successio feodalis, vel ad ejus lineam propinquorem : si autem fratres defuerint et eorum lineam, redit ad patrem ex quo lineam processerunt : si autem defuerit, redit ad fratres ipsius patris, qui avunculi sunt possessoris. Si autem avunculi defuerint et eorum lineam, redit ad avum. Et similiter intelligendum est de illis solummodo a quibus descendit hereditas. » Cette dernière phrase n'a pas pour objet d'exclure les ascendants, car alors le texte serait en contradiction avec ce qui précède, mais seulement de poser la règle suivant laquelle il faut être descendant du premier acquéreur pour avoir droit à la succession.

(3) D'après l'ancienne coutume de Reims, *Liber practicus*, art. 39, à défaut d'enfants, la succession va, non pas aux frères et sœurs, mais aux père et mère ; si l'un d'eux est précédé, sa moitié passe à ses parents.

§ 10. — SUCCESSION AUX FIEFS (*suite*). PRIVILÈGE DE MASCULINITÉ.

Le troisième caractère propre à la succession aux fiefs consiste dans la préférence accordée aux hommes sur les femmes, aussi bien dans la ligne collatérale que dans la ligne descendante. Nous avons déjà constaté cette préférence en nous occupant du droit d'ainesse en ligne directe. Il faut nous y arrêter maintenant pour la ligne collatérale. Quelques historiens ont pensé que le privilège de masculinité était une conséquence de la transformation de l'incapacité dont les femmes étaient frappées à l'origine quant à l'acquisition des fiefs. Nous croyons qu'il s'agit là plutôt d'un principe emprunté aux vieilles coutumes germaniques et dont nous avons constaté l'existence jusque dans la loi salique. On s'explique ainsi que dans la plupart des colonges de l'Alsace, les femmes n'héritent qu'à défaut d'hommes. Dans l'ancienne coutume de Paris, à égalité de degré, l'homme était préféré à la femme pour la succession aux fiefs, en ligne collatérale comme en ligne directe (1). Tel était aussi le droit commun de la France.

C'était surtout dans les pays du Nord qu'on admettait en ligne collatérale la préférence au profit des mâles, mais à égalité de degrés seulement, de sorte que les femmes héritaient si elles étaient d'un degré plus rapproché. Ce système était notamment observé dans la Flandre française et dans le Brabant (2).

(1) *Le livre des constitutions du Châtelet de Paris*, § 68 et 75. — *Coutumes notoires*, n° 71. Au XIII<sup>e</sup> siècle, la sœur du vassal décédé sans héritier de son corps était même primée par ses enfants mâles; elle détenait le fief en qualité de baillistre jusqu'à la majorité de ses enfants et ceux-ci ensuite tenaient le fief et faisaient hommage en leur propre nom. On voit qu'en pareil cas le mâle était préféré, même s'il était d'un degré plus éloigné. C'était là une vieille coutume germanique. Mais de bonne heure, comme nous l'avons dit au texte, la préférence n'exista plus qu'à égalité de degré et la femme d'un degré plus rapproché passa avant le collatéral plus éloigné. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 11, éd. Dareste, p. 299; *Ancienne coutume de Champagne*, article 8; *coutume de Paris*, art. 25. — Sur l'exclusion des femmes de la succession aux fiefs et ensuite leur admission, voy. Brussel, *op. cit.*, p. 88 et suiv.

(2) C'est aussi le système des *Assises de Jérusalem*, Jean d'Ibelin, chap. 175.

Le privilège de masculinité n'était pas seulement le droit commun de la France; il s'appliquait aussi dans certains pays qui subissaient l'influence de notre droit et auraient déjà dû être français à cette époque. Ainsi le droit de masculinité existait en Lorraine entre gentilshommes : il écartait les filles ou sœurs de la succession tant qu'il y avait un fils, un frère ou un descendant d'eux.

Dans certaines contrées, sous l'influence manifeste du droit romain qui avait opposé une barrière à l'invasion du droit germanique, le privilège de masculinité était singulièrement atténué ou n'existait même pas. En Franche-Comté, le fief de dignité était féminin dès l'origine de sa constitution et les fiefs ordinaires étaient transmissibles aux femmes comme aux hommes, sans aucun privilège pour le sexe masculin. En outre, les fiefs se partageaient également, on s'en souvient, en ligne directe comme en ligne collatérale, toujours sous l'influence persistante du droit romain (1). Le duché de Bourgogne proclamait aussi le principe de l'égalité, même en ligne directe, et repoussait le droit d'ainesse. Mais le privilège de masculinité, d'origine germanique, a toujours été admis pour la transmission du duché lui-même comme fief de dignité. Quant aux fiefs ordinaires, le privilège de masculinité avait déjà disparu dès le <sup>xii</sup><sup>e</sup> siècle dans la ligne directe (2). Mais il se maintint toujours dans les successions collatérales (3). Dans le Dauphiné, les femmes avaient le droit de succéder aux fiefs comme en Franche-Comté et sans aucun privilège pour les hommes (4). D'ailleurs, dans cette contrée, le régime de succession était le même pour tous les biens. Il n'existait ni droit d'ainesse (5), ni privilège de masculinité, ni exclusion

(1) Coutume du comté de Bourgogne, chap. 3. Cpr. le titre X de la *lex romana burgundionum*.

(2) Othon de Frésinge, *De gestis Frederici*, II, 29.

(3) Ancienne coutume du duché de Bourgogne, art. 18, dans Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. II.

(4) Salvaing, *De l'usage des fiefs*, chap. 2.

(5) L'aîné jouissait seulement du privilège de porter les armes pleines, tandis que les puînés devaient les briser par une ligne.

des ascendants par les collatéraux. En un mot le régime de succession était demeuré très romain (1).

En sens inverse, il existait des contrées où le privilège de masculinité avait conservé toute son ancienne rigueur, de sorte que les femmes à égalité de degré, étaient non pas primées, mais complètement exclues. Ainsi en Alsace les fiefs étaient masculins, sauf deux exceptions, l'une pour les fiefs oblats, c'est-à-dire pour les fiefs offerts à un puissant seigneur, clerc ou laïque, et tenus de lui comme fiefs de reprise, l'autre pour les fiefs acquis moyennant finance et qu'on assimilait pour cette raison aux simples censives. Dans ces deux derniers cas, les filles étaient admises à la succession. Quant aux autres fiefs, on les distinguait en deux classes, fiefs *ex pacto et providentia* et fiefs ordinaires. Les premiers correspondaient à ce que le droit anglais appelait des fiefs taillés. Ils étaient soumis au régime de succession organisé par l'acte même de constitution et se transmettaient, à vrai dire, plutôt par voie de substitution que par voie de succession. Quant aux fiefs ordinaires, ils étaient héréditaires, sans droit d'ainesse, même en ligne directe (peut-être sous l'influence du droit romain fortement établi dans le municipe d'Argentoratum); mais en ligne collatérale, les femmes étaient exclues et de plus les collatéraux écartaient complètement les ascendants (2).

Nous pouvons maintenant nous former une idée exacte du mode général de transmission des fiefs par voie de succession. En ligne directe, le fils aîné est appelé, par préférence à tous autres, ou tout au moins prend une part beaucoup plus forte que ses frères puînés. S'il est prédécédé, son fils vient par représentation; c'est seulement dans le cas où l'aîné pré-

(1) L'acte de réunion, le statut de Humbert II, de 1349, réservait toutes les coutumes et franchises de la province et rappelait notamment cette règle fondamentale « que les prochains du lignage, mâle ou femelle, en montant ou descendant, et le collatéral aussi, nobles et non nobles, succèdent sans testament ou par testament, eux ou autres, selon les dispositions du testateur, tant en fiefs et arrière-fiefs, nobles ou autres, comme entre autres choses. » On trouvera ce texte dans Salvaing, *op. cit.*

(2) Voy. à cet égard Goetzmann, *Traité du droit commun des fiefs d'Allemagne*, Paris, 1768, 2 vol. in-12.

décédé n'a pas laissé de descendants mâles que le droit d'ainesse passe au second fils, et à son défaut à ses descendants par droit de représentation. Si le défunt n'a laissé aucun fils ni descendant de fils, alors les filles viennent à la succession. Entre elles les fiefs se partagent également, en principe ; mais cependant dans certains pays le droit d'ainesse existe aussi entre filles.

A défaut de descendants, les collatéraux forment la seconde classe des héritiers. En principe, les ascendants sont exclus ; mais de bonne heure cette règle souffrit d'importantes exceptions dans un certain nombre de provinces et alors les ascendants ou seulement quelques-uns d'entre eux, par exemple les père et mère, formèrent la seconde classe avec les collatéraux, d'après des principes qui, d'ailleurs, varient assez souvent. Mais en général, on admet que les héritiers, collatéraux ou ascendants, doivent être des descendants du premier concessionnaire et c'est en combinant cette exigence avec la proximité de degré, qu'on détermine l'ordre entre les différents parents (1). Dans cette ligne collatérale, le mâle est préféré à la femme, mais seulement à égalité de degré. En général le droit d'ainesse n'existe pas en ligne collatérale, et les coutumes qui l'admettent forment une exception (2).

Cette absence du droit d'ainesse en ligne collatérale devait amener parfois des partages et par conséquent aussi des morcellements de fief. Mais cependant ces partages étaient encore plus rares qu'on ne pourrait le croire au premier abord. L'exclusion des femmes à égalité de degré et l'application de la règle *paterna paternis*, apportaient des entraves à ce morcellement des fiefs. Il n'en est pas moins vrai cependant que dans tous les cas où plusieurs parents mâles se trouvaient au même degré, le fief se divisait entre eux. Chacun portait

(1) Voy. par exemple *Grand coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 79.

(2) Voy. par exemple, *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 23. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 155, t. I, p. 479 ; F, n° 422 à 424, t. II, p. 164 ; n° 423 et suiv., t. II, p. 166 et suiv. ; n° 474, t. II, p. 183. — *Libre des droitz et des commandemens*, n° 426, p. 167.

alors séparément sa foi et son hommage. Mais le droit de justice étant indivisible, tous devaient l'exercer en commun et ensemble, comme formant fictivement un seul seigneur (1).

#### § 11. — SUCCESSION AUX ALLEUX.

A l'origine, la succession aux alleux se réglait comme celle des biens roturiers. Ainsi il n'y avait aucun droit d'ainesse, ni de masculinité et les alleux se partageaient également entre tous les enfants, sans distinction de sexe. De nombreuses chartes le prouvent pour l'Anjou, aux x<sup>e</sup> et xi<sup>e</sup> siècles (2). Ce système fut consacré dans l'Orléanais jusqu'à la rédaction de la nouvelle coutume (3). La coutume de Châlons a même toujours admis le système du partage égal pour les alleux (4). La raison de ce régime successoral est facile à donner : les alleux étaient étrangers au régime féodal et les motifs qui avaient fait introduire le système de primogéniture pour les fiefs, n'existaient pas. C'est seulement au xvi<sup>e</sup> siècle qu'on vit s'introduire la distinction des alleux en nobles et roturiers au point de vue des successions. Cette distinction existait déjà depuis longtemps sous d'autres rapports avec un caractère très général. Ainsi en 1371, le roi Charles V avait concédé aux alleux nobles tous les avantages de la noblesse et notamment l'exemption du droit de franc fief (5). De même, des lettres du 10 septembre 1409 reconnurent aux bourgeois de Paris le droit de posséder des alleux nobles et des fiefs (6), et comme tous les habitants de Paris étaient réputés nobles, il en résulta qu'on donna aussi ce caractère à tous leurs alleux, et on en conclut qu'ils devaient se transmettre, comme les fiefs, avec droit d'ainesse et privilège de masculinité. Mais en 1510, à

(1) Beaumanoir, chap. 14, n° 8, t. I, p. 226.

(2) Voy. d'Espinay, *Les cartulaires angevins*, p. 218 et 219.

(3) Cpr. Ancienne coutume d'Orléans, art. 214 et nouvelle coutume, art. 255.

(4) Coutume de Châlons, art. 165. Cpr. Chénon, *Étude sur l'histoire des alleux en France*, p. 84 et suiv.

(5) Lettres du 9 août 1371, dans le *Recueil du Louvre*, t. V, p. 419.

(6) *Recueil du Louvre*, t. IX, p. 464.

L'occasion de la première rédaction de la coutume de Paris, le président Baillet reprocha à ce système de porter une grave atteinte au partage égal entre les enfants, et sur ses observations les trois États décidèrent que les alleux auxquels serait attaché un signe de noblesse, par exemple une directe féodale ou censuelle, une justice, seraient seuls soumis au régime de succession des fiefs et que les autres alleux se partageraient également, comme les censives. C'est donc la coutume de Paris qui, la première, en 1510, introduisit, non pas la distinction entre l'alleu noble et le roturier, comme on l'a dit parfois à tort, car cette distinction existait depuis longtemps déjà, mais l'application du régime de succession aux fiefs aux alleux nobles. En d'autres termes, la distinction des alleux en nobles ou roturiers était ancienne; elle avait toutefois disparu à Paris et pendant un siècle tous les alleux y avaient été nobles; au moment de la rédaction de la coutume de 1510, on songea à étendre aux alleux nobles, le système de succession des fiefs et comme ce régime se serait appliqué à Paris à tous les alleux, on rétablit la distinction de ces biens en nobles ou roturiers et on appliqua aux premiers seulement le système successoral des fiefs. Cet exemple fut suivi par un grand nombre de coutumes.

### § 12. — SUCCESSION AUX PROPRES.

On peut relever, dès le moyen âge, l'existence dans le droit coutumier de trois procédés différents destinés à assurer la conservation des biens dans les familles : le système de la succession aux propres, la réserve coutumière des quatre quintes, et le retrait lignager. Ces deux derniers moyens ne paraissent pas antérieurs au x<sup>m</sup>e siècle; ils existent dans Beaumanoir et dans les autres textes du temps avec la succession aux propres (1).

(1) Beaumanoir, chap. 12, n° 3; chap. 14, n°s 23 et 27; chap. 44, n° 1, t. I, p. 180, 237, 241; t. II, p. 184. — *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, éd. Marnier, p. 98. — Charte d'avril 1225, dans Chantereau-Lefebvre, *Traité des fiefs*, p. 168 de l'édit. de 1662.

On relève au contraire de très bonne heure des textes qui prouvent l'existence d'une dévolution propre aux biens de famille (1). C'est qu'en effet, les germes de la succession aux propres se trouvent en partie dans les coutumes germaniques, en partie dans le droit féodal. On a beaucoup discuté sur l'origine de cette succession, mais aujourd'hui la controverse paraît éteinte (2). Dumoulin voyait déjà autrefois une partie de la vérité lorsqu'il disait que la succession aux propres avait son origine dans le droit des Francs et dans celui des Bourguignons (3), et Basnage apercevait une autre partie de la vérité lorsqu'il faisait dériver la succession aux propres du droit féodal (4). En effet, la distinction des biens en propres et acquêts vient certainement du droit germanique. Nous en avons donné la preuve en étudiant le régime de succession de la loi salique qui distinguait nettement entre la terre allodiale et les autres biens. Nous connaissons aussi les ordres de dévolution à la terre provenant des ancêtres; mais lorsque le régime des fiefs s'établit avec l'hérédité, c'étaient à l'origine les chartes de concession qui réglaient le mode de dévolution de ces biens. Suivant les termes de la charte, le fief était attribué tantôt au vassal et à ses descendants, tantôt au vassal et à ses héritiers (5). Lorsque le fief était attribué au vassal et à ses descendants, il ne pouvait être ques-

(1) Voy., par exemple, les statuts de Burchard, du commencement du XI<sup>e</sup> siècle, chap. 1, dans le *Corpus juris germanici* de Walter, t. III, p. 775, une charte du cartulaire de Vendôme de la même époque reproduite en partie par d'Espinay, *Cartulaires Angevins*, p. 245, et une charte du cartulaire de Redon, de 871, dans Lobineau, *Mémoires pour servir de preuve à l'histoire de Bretagne*, t. II, col. 67.

(2) On trouvera l'indication, à titre de pure curiosité, des principales opinions émises sur cette question dans Guyné, *Traité de la représentation du double lien et de la règle paterna paternis*, éd. de 1773, p. 281 et suiv.; Dufourmantelle, *Du régime successoral des propres dans l'ancien droit*, 1882, p. 59 et suiv.

(3) Voy., dans ses œuvres, éd. de 1681, t. II, p. 830.

(4) Basnage, *Commentaire sur la coutume de Normandie*, tit. *Des successions en propre*, éd. de 1709, t. I, p. 317. On trouvera la réfutation de toutes les doctrines inexactes ou incomplètes dans Dufourmantelle, *op. cit.*, p. 61.

(5) C'est ce que nous avons vu en étudiant le régime des successions aux fiefs. Cpr. d'Espinay, *Etudes sur le droit de l'Anjou*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, année 1862, t. VIII, p. 547 et 557.

tion d'admettre les ascendants à la succession, et même à défaut de descendants du dernier décédé, les collatéraux n'étaient capables de venir au fief qu'autant qu'ils étaient descendants du premier acquéreur. On était moins rigoureux lorsque l'acte de concession portait : *à un tel et à ses héritiers*, sans autre explication. Les censives et les alleux pouvant être des propres de famille aussi bien que les fiefs, on fut tout naturellement amené à leur étendre ce système de dévolution. C'est ainsi que la règle *propres ne remontent* ne fut que l'application aux alleux et aux censives de la maxime *feudum non ascendit* (1). De même, l'application à la parenté collatérale du système de la succession aux fiefs, donna naissance à la règle *paterna paternis* qui apparait très nettement dans les textes du XIII<sup>e</sup> siècle (2).

Au temps de Beaumanoir, on entendait déjà par biens propres tous les immeubles acquis par succession d'un parent. Ainsi, les meubles ne pouvaient pas être propres, ni même les immeubles acquis entre-vifs, à titre onéreux ou gratuit, ni enfin les immeubles acquis du conjoint par succession. Dans la suite on considéra aussi comme propres les immeubles donnés par les ascendants, ces donations étant traitées comme des avancements d'hoirie. Mais au temps de Beaumanoir, ce principe n'était pas encore nettement dégagé. Il faut en dire autant de la subrogation réelle, bien que déjà au XIII<sup>e</sup> siècle, on considérât comme propre le bien acquis en échange d'un propre (3).

Si le *de cuius* ne laissait que des descendants, ils partageaient entre eux également tous les propres, de la même manière que les meubles et acquêts. A défaut de descendants, les propres ne pouvaient pas plus que les fiefs, passer

(1) Beaumanoir, chap. 14, n<sup>o</sup> 22, t. I. p. 236. — Ancienne coutume de Dijon, dans Pérard, *Recueil de plusieurs pièces curieuses pour servir à l'histoire de Bourgogne*, p. 357. — Laurière, sur l'art. 311 de la coutume de Paris.

(2) Beaumanoir, chap. 14, n<sup>o</sup> 23, t. I, p. 237. — *Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, chap. 53, éd. Beugnot, t. II, p. 284.

(3) Beaumanoir, chap. 44, n<sup>o</sup> 6, t. II, p. 189.

aux ascendants, la règle *feuda non ascendunt* ayant conduit, comme on vient de le voir, au principe *propres ne remontent*. Mais ce principe parut tout à fait odieux; on se révoltait à l'idée de préférer un cousin très éloigné à un parent très proche. Aussi certaines chartes municipales refusaient d'exclure complètement les ascendants. Ainsi la charte de Saint-Omer attribuait la succession de l'enfant décédé sans postérité à ses père et mère conjointement avec ses frères et sœurs ou descendants d'eux (1). De même la charte de Laon voulait que la dot constituée à une fille, à une nièce ou à une autre parente, retournât au donateur lorsque la donataire mourait sans postérité (2). Beaumanoir était beaucoup plus hardi et il proposait de donner à la règle *propres ne remontent* une explication qui ne tendait à rien moins qu'à la supprimer purement et simplement; il l'entendait en effet en ce sens que les ascendants ne peuvent pas venir à la succession des propres tant qu'il existe des descendants, de sorte qu'un descendant excluerait toujours un ascendant, même si le premier était à un degré plus éloigné du défunt que le second, par exemple un arrière-petit-fils empêcherait le père du défunt de venir à la succession (3). Cette explication revenait à admettre les ascendants à la succession des propres; ils ne venaient sans doute qu'à défaut de descendants, mais il ne résultait pas moins du système de Beaumanoir que, sous ce rapport, toute différence disparaissait entre les propres et les acquêts et cependant on avait bien entendu établir une règle particulière aux propres en disant qu'ils ne remontent pas. Aussi le système proposé par Beaumanoir ne fut-il admis par personne. On allait même jusqu'à dire que l'ascendant devait être exclu du propre qu'il avait lui-même donné (4). C'est seulement beaucoup plus tard que, sous l'influence de Dumoulin, certaines coutumes, notamment celles de Paris et

(1) Charte de Saint-Omer, art. 20, dans le *Recueil du Louvre*, t. IV, p. 251.

(2) Charte de Laon, chap. 13, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 186.

(3) Beaumanoir, chap. 14, n° 22, t. I, p. 236.

(4) Laurière, sur les *Institutes coutumières* de Loysel, liv. II, tit. 5, règle 17.

d'Orléans, autorisèrent le droit de retour au profit de l'ascendant donateur (1).

À défaut de descendants, les biens propres retournaient donc au côté d'où ils provenaient; c'était déjà la règle *paterna paternis, materna maternis*, qu'on appliquait aussi en matière de bail féodal et de retrait lignager (2). Mais, sur le point de savoir comment devaient se grouper les lignagers, paternels ou maternels, il régnait une grande diversité dans les coutumes. On peut toutefois les ramener à trois groupes principaux.

Il y avait d'abord les coutumes de simple côté; c'étaient celles qui se bornaient à rechercher si l'immeuble venait du côté du père ou de celui de la mère, et à l'attribuer au plus proche parent paternel ou maternel (3).

Le système des coutumes souchères était plus compliqué : il voulait qu'on remontât au premier acquéreur de l'immeuble et il fallait être de la souche de cet acquéreur, c'est-à-dire appartenir à sa descendance, pour pouvoir être appelé à la succession du propre (4).

Enfin, il y avait des coutumes de côté et ligne qui différaient des précédentes sous un seul rapport : elles admettaient le droit de succession d'une manière plus étendue en reconnaissant la qualité de lignager non seulement aux descendants, mais encore et aussi aux collatéraux du premier acquéreur (5).

(1) Paris, art. 313; Orléans, art. 315. Cpr. Merlin, v° *Réversion*.

(2) Voy. par exemple Desmares, *Décisions*, n° 181. — *Coutumes notoires*, n° 92. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 156. Le pape Grégoire IX avait reconnu dans une de ses Décrétales que cette règle était aussi observée dans la coutume de Féronne. Voy. le *Recueil du Louvre*, t. V, p. 156. Dans le Béarn, la règle *paterna paternis* fut seulement consacrée par la rédaction de 1551, au titre des *Testaments et successions*. Il est probable que ce texte n'a pas établi une innovation, mais rappelé un usage très ancien. La coutume de Lavedan dit que la règle *paterna paternis* est très rigoureusement observée dans ce pays. Sur le droit de succession de cette coutume, voy. les art. 2 et suiv.

(3) Metz, tit. XI, art. 30; Sedan, art. 182.

(4) Mantes, art. 167; Montargis, chap. 15, art. 3; Touraine, art. 288. — Cpr. Merlin, v° *Paterna*.

(5) Paris, art. 326; Meaux, chap. 8, art. 43 et 44; Anjou, art. 268 et 270; Orléans, art. 325; Artois, art. 105.

Les coutumes les plus larges étaient évidemment les premières, celles de simple côté, puisqu'il suffisait d'être parent du côté paternel ou maternel pour être admis à la succession aux propres paternels ou maternels, sans qu'on s'occupât de la parenté avec le premier acquéreur (1). Mais il faut bien reconnaître aussi que ces coutumes de simple côté s'éloignaient le plus du droit féodal auquel avait cependant été emprunté ce principe de la succession aux propres. Aussi est-il probable que le système des coutumes de simple côté est le plus récent; il est né d'une déviation donnée au système originaire, à l'effet d'augmenter le nombre des lignagers.

Ce système originaire, le plus ancien, est celui des coutumes souchères. Les constitutions de fief se faisaient originairement, on s'en souvient, à un tel et à ses descendants; l'acte même de concession contenait ainsi la règle propre de succession au fief et il est bien certain qu'à cette époque toutes les fois que l'acte de concession portait : *à un tel et à ses descendants*, il fallait avoir la qualité de descendant du premier concessionnaire pour pouvoir être héritier du bien. Parfois cependant, l'acte de constitution portait : *à un tel et à ses hoirs*, en termes généraux et alors même les collatéraux du premier concessionnaire pouvaient arriver à la succession; c'est ce qui aura donné naissance au système des coutumes de côté et ligne. La coutume de Beauvoisis, pour laquelle écrivait Beaumanoir, appartenait à ce dernier groupe.

(1) Pour comprendre les différences pratiques qui séparaient ces trois systèmes, il n'est peut-être pas inutile de donner un exemple. Dans le système des coutumes souchères, le plus ancien et le plus conforme aux vieux principes du droit féodal, si nous supposons un propre paternel mis dans la famille par le père du défunt, l'oncle paternel du *de cujus* ne peut pas succéder à ce propre, bien qu'il soit de la ligne d'où vient l'héritage, parce qu'il ne descend pas du premier acquéreur, mais le frère consanguin du défunt et, à son défaut, tous ses descendants, peuvent recueillir le propre. Au contraire, dans les coutumes de côté et ligne, l'oncle paternel du défunt aurait pu hériter du propre, puisqu'il était du côté d'où le bien était venu et de la ligne de celui qui l'avait mis dans la famille. Le système des coutumes de simple côté est encore plus large, puisqu'il ne remonte même pas à l'origine du propre; le parent le plus proche du côté paternel ou du côté maternel en hérite, même s'il n'est pas parent de celui qui a mis le bien dans la famille.

Ce système était également consacré par les coutumes de Paris et d'Orléans; aussi a-t-il fini par former le droit commun de la France. Cependant les coutumes de simple côté étaient très nombreuses et dans les derniers siècles, la jurisprudence montra une certaine préférence pour le système qu'elles consacraient, à cause de sa simplicité. Les coutumes souchères étaient au contraire devenues très rares dans le dernier état de notre ancien droit.

Ajoutons que si la classification des coutumes est facile après l'époque de leur rédaction, elle soulève tout au contraire de sérieuses difficultés et est à peu près impossible au moyen âge. Il existait même parfois des controverses sur le sens de la coutume. Ainsi on a fini par admettre, comme nous l'avons vu, que la coutume de Paris était de côté et ligne : pour succéder aux propres il suffisait d'être parent de côté et ligne, il n'était pas nécessaire de descendre de l'acquéreur primitif. Mais la question était encore très controversée aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles. Certains arrêts semblent exiger, à cette époque, qu'on descende de l'acquéreur originaire, pour pouvoir hériter des propres. La coutume de Paris aurait donc alors été souche (1). Cette controverse paraît bien établir aussi que la nécessité de descendre du premier acquéreur était la règle primitive. Les deux autres systèmes établis dans la suite n'en ont formé que la déviation. L'ancienne coutume de Normandie et le droit anglais, si fidèles aux vieux principes, pourraient en fournir une nouvelle preuve : ils voulaient qu'on descendit du premier acquéreur (2).

D'après l'ancienne coutume de Paris, lorsqu'il n'existait dans une ligne aucun parent apte à succéder, les propres ne passaient pourtant pas aux parents de l'autre ligne : ils étaient attribués d'abord au seigneur justicier et ensuite au fisc à titre de biens vacants et sans maître (3). C'est seulement en

(1) Voy. Le Coq, *Questions*, n° 87. — Laurière, sur l'art. 329 de la Coutume de Paris, t. III, p. 133.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 25, éd. de Gruchy, p. 77. — Cpr. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 277.

(3) Desmares, *Décisions*, n° 184. — *Coutumes notoires*, n° 92.

1580 que, sous l'influence de Dumoulin, la coutume de Paris consentit enfin à admettre à défaut de parents d'une ligne, ceux de l'autre ligne (1).

A défaut de descendants et de collatéraux, les biens propres étaient acquis au seigneur. Sous l'influence du droit féodal qui proclamait la règle *feuda non ascendunt*, on avait donc exclu les ascendants de la succession aux propres, comme ils l'étaient déjà de la succession aux fiefs.

C'est seulement la seconde rédaction de la coutume de Paris qui admit la succession de l'ascendant donateur et permit au grand-père de succéder aux choses acquises par son fils et transmises à son petit-fils mort sans postérité. Mais dans ce second cas, le grand-père aurait été primé par les frères et sœurs du défunt, à cause de leur qualité de descendants de l'acquéreur du bien.

En dernier lieu, à partir du xvi<sup>e</sup> siècle, la règle *propres ne remontent*, changea complètement de sens : elle signifia que les ascendants d'une ligne ne pouvaient pas hériter des biens propres de l'autre ligne, tant que celle-ci était occupée par des collatéraux, tandis que s'il s'était agi d'acquêts, ceux-ci auraient passé aux ascendants même de l'autre ligne, lesquels dans ce cas primaient toujours les collatéraux. En réalité, cette règle se confondait donc maintenant avec la maxime *paterna paternis*.

Terminons l'étude des règles relatives à la succession aux propres en relevant un usage remarquable de quelques anciennes coutumes et connu sous le nom de *dévolution*. Dans ces coutumes, lorsqu'un des deux parents, le père ou la mère, venait à mourir, la succession s'ouvrait au profit des enfants, non seulement sur les propres du défunt, mais en-

(1) Laurière, sur l'art. 330, t. III. p. 135. L'oncle et le cousin-germain étant au même degré canonique, on s'était demandé s'ils devaient concourir ou s'il fallait préférer l'oncle au neveu; cette dernière solution avait été définitivement adoptée dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle. Voy. une sentence du Parloir aux bourgeois, du 29 janvier 1287, dans Le Roux de Lincy, *Histoire de l'Hôtel-de-Ville de Paris*, p. 106. — *Coutumes notoires*, n° 91. — Cpr. Coutume de Paris de 1510, art. 153, et de 1580, art. 333.

core sur ceux de l'époux survivant. Toutefois à son égard, elle n'était ouverte que pour la nue propriété, laquelle passait aux enfants, le parent survivant, père ou mère, conservant l'usufruit. Ce système avait été certainement établi en faveur des enfants nés du premier mariage et pour leur éviter les dangers qu'aurait pu leur faire courir le convol en secondes noces du conjoint survivant (1).

Il existait aussi un système de dévolution en Alsace, à Colmar et dans les autres villes impériales du centre, qui l'avaient emprunté au droit statutaire de Cologne. A la mort de l'un des époux, tous les immeubles des deux conjoints qui avaient formé pendant le mariage une masse unique, étaient exclusivement attribués en nue propriété aux enfants issus de ce mariage, mais le survivant en gardait l'usufruit, et si les enfants mouraient avant lui *ab intestat* et sans postérité, il reprenait alors la pleine propriété de ses biens (2).

### § 13. — SUCCESSION AUX TENURES ROTURIÈRES.

Les tenures roturières, villenages, censives, bourgages et autres, étaient soumises à un régime successoral bien différent de celui des fiefs : on n'y connaissait ni le droit d'ainesse, ni le privilège de masculinité, ni l'exclusion des ascendants. Ainsi les puînés partageaient avec les aînés et les filles avec les mâles. En un mot, tous les enfants venaient pour parts égales à la succession de ces biens (3). Le *Grand coutumier de Normandie* nous apprend qu'en « bourgaige auront les sœurs telle partie comme les frères (4). » A défaut de descendants, le père et la mère succédaient, à l'exclusion des frères

(1) Voy. à cet égard *Livre de justice et de plet*, p. 256. — Coutume de Lorrain-Orléans, dans *La Thaumassière*. — Coutumes locales de Berry et celles de Lorrain, 1680, p. 459. — Viollet, *Établissements de Saint-Louis*, t. I, p. 367.

(2) Voy. Bonvalot, *Coutumes du val d'Orbey*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 516.

(3) *Établissements de Saint-Louis*, liv. I, chap. 138 et 139, éd. Viollet, t. II, p. 264. — Voy. aussi *Coutumes des pays de Vermandois*, éd. Beauteemps-Beaupré, p. 89.

(4) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 86.

et sœurs; ceux-ci venaient ensuite à la succession; puis, à leur défaut, l'aïeul et l'aïeule; à leur défaut, les oncles et tantes, et ainsi de suite d'après l'ordre des parentelles et sauf application des règles *propres ne remontent*, et *paterna paternis* (1).

Mais ce droit commun des coutumes comportait des dérogations très diverses. Ainsi la coutume de Ponthieu consacrait le droit d'ainesse même pour les biens roturiers et ce droit d'ainesse existait entre filles comme entre fils. Il paraît aussi qu'en Normandie l'ainé avait droit au principal héritage avec le clos et le jardin, à charge toutefois d'en tenir compte à ses cohéritiers (2).

§ 14. — PRINCIPES GÉNÉRAUX DES SUCCESSIONS COMMUNS AUX  
PAYS DE COUTUME.

Le droit coutumier n'admettait pas que le testament pût faire un héritier; il n'existait que des héritiers *ab intestat*, lesquels devaient leur titre à la coutume. Cependant sous l'influence manifeste du droit romain, l'ancienne coutume de Bordeaux reconnaissait l'institution d'héritier par testament et comme elle admettait en même temps la maxime *le mort saisit le vif*, elle en étendait le bénéfice à l'héritier testamentaire pour que ses droits ne fussent pas inférieurs à ceux de l'héritier du sang (3). Mais c'était là une particularité sans importance. La véritable règle générale était celle que Glanville avait formulée en disant : *Solus Deus heredes facere potest* (4). On exprimera en France le même principe en disant : *Institution d'héritier n'a lieu* (5).

(1) Voy. sur ces différents points Beaumanoir, chap. 14, nos 23 et 24, t. I, p. 237. — Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 5, règle 16.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26 : « Le chief de l'héritage remaindra à l'ainé, si comme le hébergement, le clos et le jardin, pourtant qu'il en face à ses frères loyal eschange à la value, » éd. de Gruchy, p. 81, où l'on trouvera en outre d'intéressants détails sur la manière de faire le partage.

(3) *Las costumaz de la vilà de Bordeu*, art. 94 et 239.

(4) Lib. VII, cap. 1. Cpr. *Regiam majestatem*, lib. II, cap. 20, n° 4, dans Houard, t. II, p. 119.

(5) Voy. Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 4, règle 304. — Laurière, sur l'art. 293 de la coutume de Paris.

Toutefois tous les parents n'étaient pas appelés à la succession et il existait en outre divers modes de computation de la parenté, provenant du droit romain, du droit germanique, du droit canonique. Beaumanoir, peu satisfait de ces différents systèmes, essaye même d'en construire un nouveau, qui nous paraît manquer de précision. Dans le *Livre de justice et de plet*, c'est la computation romaine qui est adoptée (1). Le *Grand coutumier de Normandie* paraît préférer la computation germanique et déclare qu'il limite la succession au septième degré canonique (2). Dans certaines contrées, la parenté donnant droit de succession était beaucoup plus limitée. Ainsi les anciennes coutumes basques, probablement par tradition de la vieille communauté de famille, ne connaissent pas la succession des biens propres au delà du degré de frère et de sœur (3).

A défaut de parents au degré successible, ou de conjoint survivant, dans les pays où la coutume reconnaissait un droit de succession entre époux, les biens étaient dévolus au fisc, soit à celui du seigneur local, soit à celui du roi (4). Toutefois certaines villes, par cela même qu'elles jouissaient des droits seigneuriaux, héritaient des successions vacantes; à Arles, notamment, ces biens étaient affectés à l'entretien des ponts sur le Rhône (5).

Il pouvait arriver qu'une personne laissât des biens en déshérence tandis que d'autres trouvaient des héritiers; c'était la conséquence de ce principe qu'il s'ouvrait en réalité autant de successions que d'espèces de biens. Il y a plus : on excluait dans certaines coutumes la dévolution d'une ligne à l'autre, en vertu de la maxime *paterna paternis, materna maternis*, à ce point qu'à défaut d'héritier dans la ligne à

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 225.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 73 et suiv. — Cpr. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 344 et 346.

(3) Voy. à cet égard, Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 399.

(4) *Coutumes notoires*, n° 92. — Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 5, règle 26.

(5) *Statuta Arelatis*, art. 83, *De bonis decedentium sine herede*.

laquelle les biens appartenaient, on préférait donner ces biens au fisc plutôt que d'en faire profiter l'autre ligne.

L'héritier avait de plein droit la saisine de la succession. Nos anciens coutumiers répètent à l'envi la maxime *le mort saisit le vif*, qu'on retrouve ensuite dans les coutumes officielles, et jusque dans le Code civil. On a beaucoup discuté sur le sens et l'origine de cette maxime. Cependant elle apparaît dans les vieux coutumiers en termes très précis, avec un sens fort net, et aucun des anciens praticiens ne nous dit qu'elle ait jamais soulevé la moindre difficulté. C'est le droit romain qui dans la suite a été en cette matière une cause d'erreur et de confusion.

On sait que, chez les Romains, les droits réels ou personnels et les actions passaient directement du défunt à son héritier, testamentaire ou légitime. Toutefois les jurisconsultes romains n'ont jamais considéré la possession dans le sens juridique de ce mot, c'est-à-dire le fait d'avoir une chose à sa disposition avec l'intention de se conduire vis-à-vis d'elle comme propriétaire, qu'on le soit ou non, comme constituant un véritable droit. Aussi la possession n'était-elle pas protégée comme la propriété, par de véritables actions en justice; elle ne trouvait garantie et sanction que dans les interdits prétoriens, c'est-à-dire dans des actes d'administration judiciaire du prêteur, lesquels pouvaient d'ailleurs aboutir à certaines condamnations. De ce que la possession était plutôt un fait qu'un droit, on en concluait que l'héritier externe ou volontaire n'acquerrait la possession, relativement aux biens du défunt, que par un acte d'appréhension personnelle; l'adition ou acte d'acceptation de l'hérédité ne lui faisait acquérir que la propriété. Les romanistes ont même accepté cette solution pour le cas d'héritier sien et pour celui d'héritier nécessaire. Mais d'après les récents travaux de restitution du paragraphe 58 du Commentaire 2 de Gaius, on admet assez volontiers aujourd'hui l'acquisition *ipso jure* de la possession aussi bien que de la propriété par les héritiers de ces deux classes (1).

(1) Voy. à cet égard Dubois, *La saisine héréditaire en droit romain*, dans

On peut expliquer cette particularité, pour l'héritier sien, en y voyant un vieux souvenir de l'antique copropriété de famille à laquelle les textes font en effet parfois allusion à l'occasion de ces héritiers; puis ensuite cette sorte de saisine héréditaire aurait été étendue par voie d'analogie de l'héritier sien à l'héritier nécessaire. Quoi qu'il en soit, il n'en est pas moins vrai qu'en droit romain cette situation était tout à fait exceptionnelle : l'héritier externe n'acquerrait la possession que par une appréhension personnelle; n'étant qu'un simple fait, elle ne pouvait se transmettre directement à l'héritier et celui-ci n'acquerrait pas davantage les droits et actions naissant de la possession du défunt, par la raison bien simple qu'il n'en existait pas.

Mais dans les anciens usages germaniques, la notion de la possession était bien différente sous plusieurs rapports essentiels. Sans doute, il pouvait arriver, dans certains cas et surtout à l'origine, que la possession fût un simple fait. Mais tandis qu'elle gardait ce caractère en tout temps chez les Romains et qu'elle n'était jamais protégée par une action, dans les usages germaniques la possession devenait rapidement un droit lorsqu'elle n'offrait pas ce caractère dès le début. A vrai dire même, fort souvent on ne distinguait pas la propriété de la possession, comme le faisaient les jurisconsultes romains avec un soin scrupuleux; la possession munie d'action était aussi la propriété et réciproquement; la possession de pur fait était une simple anomalie dont on ne tenait pas compte. Dès lors, il est facile de comprendre que déjà à l'époque franque, la possession se soit transmise à l'héritier parmi les Barbares, absolument de la même manière que la

la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1880, t. IV, p. 101 et 127; année 1881, t. V, p. 129. L'expression saisine héréditaire n'est peut-être pas très heureuse en droit romain, d'autant mieux qu'à un point de vue plus général on ne s'entend pas toujours sur le sens de ce mot saisine. Les uns veulent que dans notre droit actuel il désigne, au profit de l'héritier, la faculté de prendre possession de sa propre autorité, tandis que d'autres y voient, avec plus de raison, selon nous, une acquisition de la possession de plein droit et sans acte d'appréhension.

propriété passait du défunt à son héritier dans le droit romain. En d'autres termes, il existait dans la législation romaine deux modes de transmission du défunt à l'héritier l'un pour la propriété et les droits réels ou personnels, l'autre pour la possession qu'on distinguait de la propriété et qui ne constituait pas un droit; dans le premier cas, la transmission résultait *ipso jure* de la seule acceptation de la succession; dans le second cas, elle exigeait un acte d'appréhension personnelle de l'héritier, mais c'était bien encore une transmission et non une acquisition nouvelle, car l'héritier continuait nécessairement la possession du défunt et n'en commençait pas une autre. Dans le droit barbare où la possession était en même temps une propriété et un droit, où elle était garantie par de véritables actions et non pas simplement par des mesures de police, il était tout naturel que cette distinction disparût et que tout le patrimoine, y compris la possession, se transmitt directement du défunt à l'héritier. C'est précisément à ces anciens usages que remonte la maxime *le mort saisit le vif*. Les plus anciens textes ne prévoient jamais la question soulevée dans le droit romain, précisément parce qu'elle ne pouvait pas exister.

Dès les premiers temps, la propriété et la possession de tous les biens se sont donc transmises de plein droit directement du défunt à l'héritier. Il ne pouvait, il est vrai, être question de cette transmission pour les fiefs tant qu'ils furent viagers et la même observation s'applique aux autres tenures de même durée. Lorsqu'on admit ensuite les fiefs héréditaires, la possession de ces biens passa, elle aussi, de plein droit du défunt à l'héritier. Sans doute celui-ci devait prêter la foi et l'hommage dans les quarante jours du décès, sous peine d'encourir la saisie féodale. L'héritier n'était privé du fief qu'au bout des quarante jours, et au *xiv<sup>e</sup>* siècle on alla même plus loin : le vassal ne fut plus constitué en demeure et privé de la jouissance qu'à partir du jour où le seigneur usait de son droit par la mainmise, après l'expiration des quarante jours; le silence du seigneur était

regardé comme une souffrance tacite et on en arriva même à considérer la souffrance comme valant foi (1). Sans doute, le seigneur avait droit au relief dès qu'il avait reçu l'hommage de son vassal (2) : c'était la conséquence du consentement, en réalité forcé, que le seigneur était censé donner à la transmission du fief, mais de ce que le relief était payé après la prestation de l'hommage, il faut manifestement conclure que le fief, comme les autres biens, se transmettait directement du vassal à son héritier. C'est plus tard seulement que certains seigneurs élevèrent des prétentions contraires.

Glanville est formel sur ce point et nous parle en termes très nets de la transmission du défunt à son héritier. Il donne lui-même plusieurs applications de cette règle : supposez par exemple que le seigneur conteste à l'héritier cette qualité ; alors, dit-il, de deux choses l'une : ou le prétendu héritier n'est pas en possession du fief, et il agira contre son seigneur *per assisam de morte antecessoris* ; ou bien il est en possession et dans ce cas il peut s'y maintenir tranquillement, sans même payer le relief, tant que le seigneur n'aura pas reçu son hommage, car le vassal n'est pas tenu de cette dette avant ce moment (3). Ailleurs, Glanville suppose entre deux personnes un procès relatif à la possession d'un fief héréditaire et les solutions qu'il propose partent encore de ce principe que la possession se transmet directement à l'héritier, pour les fiefs comme pour les autres biens (4). En réalité, comme on le voit, ce grand jurisconsulte proclame déjà la règle « *le mort saisit le vif*, » même contre le seigneur, puisqu'il permet à l'héritier de résister par la force aux tentatives de celui-ci pour s'emparer du fief. Le *Grand Coutumier de Normandie* (5) rappelle le même principe et il a bien certainement en vue aussi les fiefs, par cela même qu'il fait allu-

(1) Desmares, *Décisions*, n° 193. — *Coutumes notoires*, n° 134. — *Grand coutumier*, liv. II, chap. 25, p. 279.

(2) Glanville, lib. IX, cap. 1 et 4.

(3) Glanville, lib. IX, cap. 6, § 2.

(4) Glanville, lib. XIII, cap. 9; cap. 11, §§ 1 et 3; cap. 26; cap. 31.

(5) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 35, p. 110 de l'édit. de Gruchy.

sion au droit d'ainesse : « *ad primogenitum autem antecessoris saisina debet descendere.* » De même la charte de Saint-Quentin, de 1193, met sous la protection du maire et des jurés le droit de succession et elle veut qu'ils assurent aux héritiers la transmission directe et instantanée de la tenure ou de l'hérédité (1). De même encore, Pierre de Fontaines, constatant la différence qui sépare, au point de vue de la saisine de la succession, les coutumes de Picardie et celles de Vermandois, s'exprime ainsi : « Notre usage est que de toz les biens au mort sont li hoirs mis en saisine (2). » On remarquera que dans ce texte il n'est fait aucune distinction entre les fiefs et les autres biens et que déjà apparaît à peu près la formule *le mort saisit le vif*. Toutefois cette maxime n'est formulée avec cette précision pour la première fois que dans une coutume d'Orléans du XIII<sup>e</sup> siècle; elle a ensuite passé dans les *Établissements de Saint Louis* (3). On observera aussi que, dans ce texte encore, le jurisconsulte s'exprime dans les termes les plus généraux; la règle s'applique à toutes sortes de biens, nobles ou roturiers. D'ailleurs, ce qu'avait trouvé le praticien de l'Orléanais, c'était la formule de la règle, mais non la règle elle-même; celle-ci existait depuis très longtemps déjà et avait un caractère tout à fait général. On lit dans les *Olim* que, « *per generalem consuetudinem Francie et prepositure parisiensis dicitur quod mortuus saisit vivum* (4). » Plus tard certains jurisconsultes en feront encore l'observation, mais elle était déjà vraie longtemps avant eux (5).

Toutefois ici se place une remarque importante quant aux fiefs et c'est faute d'y avoir pris garde que beaucoup d'auteurs sont tombés dans l'erreur et ont dit que la règle *le mort saisit le vif* était à l'origine étrangère aux fiefs.

(1) Charte de Saint-Quentin. art. 17, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 270.

(2) *Conseil de Pierre de Fontaines*, chap. 33, art. 16, éd. Marnier, p. 387.

(3) Usage d'Orléanais restitué, n° 3. — *Établissements de Saint Louis*, liv. II, chap. 4, éd. Viollet, t. II, p. 337.

(4) *Olim*, t. III, p. 1180, n° 71. Cpr. *ibidem*, p. 1124, n° 48.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 821, t. II, p. 296. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 45, 538, 544.

A défaut d'hommage et de relief, le seigneur peut exercer une sorte de droit de gage sur le fief, ce que l'on a appelé plus tard la saisie féodale, mais sans que ce fait exclue la saisine héréditaire même à l'égard du fief. C'est ce que Glanville a soin de relever dans le passage déjà cité. Toutefois dans la suite cette doctrine fut un instant menacée. Les héritiers essayèrent de se soustraire au droit de rachat ou de relief, en donnant précisément pour raison qu'ils étaient de plein droit saisis de l'hérédité et que cette saisine s'étendait aux fiefs comme aux autres biens. C'est alors, mais alors seulement, qu'on songea à établir une doctrine nouvelle. Au lieu d'admettre, comme au temps de Glanville, que l'héritier avait la saisine héréditaire même quant aux fiefs, sauf à faire hommage et à payer le relief, on prétendit en faveur des seigneurs qu'à la mort du vassal la possession du fief retournait au seigneur et que l'héritier la prenait seulement à partir du moment où il acquittait ses devoirs. Mais ce changement ne profita pas en définitive aux seigneurs et on en arriva à décider, assez arbitrairement d'ailleurs, que l'héritier direct devrait seulement la foi et l'hommage de bouche et de mains, sans être astreint à payer aucun droit de rachat ou de relief (1). Il n'y avait plus alors grand intérêt à prétendre que la possession du fief ne passait pas du défunt à son héritier par l'effet de la saisine légale. Aussi admit-on de nouveau que la maxime *le mort saisit le vis* concernait tous les biens, fiefs ou autres. Ce n'était toutefois pas là une nouveauté, comme on l'a dit souvent à tort, mais un simple retour à une règle ancienne déjà contenue dans Glanville. Au temps de ce jurisconsulte, les principes du droit romain n'étaient pas encore bien connus, surtout en Angleterre. En France, au contraire, on s'attachait à les rapprocher du droit coutumier. Il est fort possible que la formule *le mort saisit le vis* ait été inspirée par un texte du droit romain. On lit en effet dans un passage de Paul : *Pos-*

(1) Voy. sur ces différents points, *Grand coutumier*, liv. II, chap. 25, 27 et 40. — *Coutumes notoires*, n° 134.

*sessio defuncti quas juncta descendit ad hæredem* (1). Mais, en réalité, le droit romain bien compris proclamait la règle inverse. Certains jurisconsultes coutumiers en font même très justement la remarque : « En pays coutumiers, appréhension de fait ne fait rien que le prochain hoir ne soit saisi et vestu de l'héritage du defunt par la coustume, *le mort saisit le vif* (2) ».

Telles ont été l'origine et les vicissitudes de la règle célèbre, *le mort saisit le vif*, qui s'est transmise jusque dans l'art. 724 de notre Code civil.

Par l'exposé même de son développement, nous avons suffisamment réfuté les autres opinions émises par des jurisconsultes ou par des historiens. Il n'est pas vrai de dire que notre règle vient de textes de droit romain mal compris au xiii<sup>e</sup> siècle. Qu'un passage d'un jurisconsulte romain ait pu inspirer la formule, il est permis de le conjecturer, mais le principe que cette formule exprime était bien antérieur à l'époque où elle fut trouvée. On s'éloigne encore davantage de la vérité lorsqu'on prétend que notre règle a été imaginée en haine des droits féodaux, car elle est d'une date antérieure à la féodalité. Ce qui est vrai, c'est qu'à une certaine époque, relativement récente, on s'est demandé si la règle *le mort saisit le vif* était exacte pour les fiefs, mais en se plaçant à un point de vue purement fiscal. Nos anciens feudistes ont ensuite proposé une explication qui a fait fortune. La règle aurait été, selon eux, introduite en haine du droit féodal et pour réagir contre lui. D'après ce droit, toute personne qui mourait était censée se dessaisir de ses biens entre les mains de son seigneur, de sorte que les héritiers étaient obligés de reprendre ces biens au seigneur en lui faisant foi et hommage et en lui

(1) L. 30, *Ex quibus causis majores*, lib. IV, tit. 6. Voy. aussi *Livre de justice et de plet*, p. 265, où l'influence du droit romain est manifeste. Voy. encore *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. II, p. 374.

(2) Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 12. Cpr. n<sup>os</sup> 21, 231, 235. — Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 5, règle 317. — *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n<sup>o</sup> 71, p. 31. — *Le livre des constitutions du Châtelet*, éd. Mortet, § 12 et 30, p. 40 et 49.

payant le relief s'il s'agissait de fiefs, ou le droit de saisine pour les héritages en roture. On aurait alors seulement, d'après nos anciens feudistes, imaginé une fiction destinée à supprimer ces droits : le défunt était censé avoir remis directement, au moment de sa mort, la possession de ses biens à son parent le plus proche. Cette explication de la saisine héréditaire est vraie en soi, mais fautive historiquement, car nous avons vu que de tout temps, à l'époque franque comme aux temps féodaux, on n'a jamais distingué la possession de la propriété, ni des droits et actions et qu'à tous ces points de vue on a toujours admis la transmission directe. Pour l'étude de toutes ces questions, Glanville est un guide précieux et c'est en s'inspirant de ses textes qu'on évite les chances d'erreur.

La règle *le mort saisit le vif* n'avait pas seulement pour effet de transférer directement la possession du défunt à son héritier; elle produisait encore d'autres conséquences : l'habile à succéder n'avait à demander aucun envoi en possession à la justice; si l'héritier saisi venait à mourir avant d'avoir accepté ou renoncé, il n'en transmettait pas moins ses droits à ses héritiers ou autres successeurs.

Tel était le droit commun des coutumes. Mais quelques-unes y dérogeaient sur certains points. Ainsi la coutume de Bretagne n'admettait la saisine légale qu'en ligne directe; en ligne collatérale, il fallait demander l'envoi en possession à la justice (1). Au contraire, d'après la coutume du comté de Bourgogne, comme d'après celle du Berry, la saisine légale réservée par le droit commun aux héritiers *ab intestat*, s'étendait à ceux qui étaient institués par testament (2). D'autres coutumes, sans aller aussi loin, admettaient la saisine au profit de ceux qui avaient été institués par contrat de mariage (3).

(1) Ancienne coutume de Bretagne, art. 558, et nouvelle coutume de Bretagne, art. 540. — Même système dans les *Assises de Jérusalem* pour les fiefs; Philippe de Navarre, chap. 20, 29, 68.

(2) Coutume du comté de Bourgogne, chap. 3, art. 43. — Coutume du Berry, chap. 19, art. 28.

(3) Nivernais, titre *Des donations*, art. 12. — Bourbonnais, art. 219.

Nous nous en tenons pour le moment à ces indications, car ces détails appartiennent plutôt à la période suivante (1).

Bien que l'héritier fût saisi de plein droit, et même à son insu, du patrimoine du défunt, propriété, possession, droits et actions, il n'avait pourtant pas cette qualité contre son gré et il lui était permis de s'en dégager en renonçant à la succession, car notre ancien droit n'a jamais connu les héritiers siens ou nécessaires de la législation romaine, même après la renaissance de ce droit. Dès le xv<sup>e</sup> siècle, on formulait la maxime *nul n'est héritier qui ne veut*; mais cette formule, comme beaucoup d'autres, n'était que l'expression d'une règle fort ancienne (2). Toutefois l'héritier qui aurait pris un objet quelconque de la succession, quelque minime qu'eût été sa valeur, aurait été par cela même privé de la faculté de renoncer (3). Comme on ne pouvait contraindre un héritier à prendre parti instantanément, il fallait bien lui laisser un certain délai pour faire son choix. Ce délai était à Paris de quarante jours, terme très populaire, fort ancien, et qu'on retrouve dans les circonstances les plus diverses en remontant jusqu'à l'époque franque (4). Toutefois, dans certaines coutumes, le délai était plus long et était porté à un an. Pendant ce temps les créanciers du défunt ne pouvaient pas agir contre l'héritier ni exécuter sur les biens du *de cuius*.

Entre l'acceptation pure et simple et la renonciation, le droit de Justinien avait imaginé un troisième parti, l'accepta-

(1) Comparez sur la saisine héréditaire : Rosshirt, *Dogmengeschichte des Civilrechts*, Heidelberg, 1853, p. 210. — De Valroger, *De l'origine de la maxime le mort saisit le vif*, dans la *Revue de Fœlix*, t. XVII, p. 108. — Simonet, *Histoire et théorie de la saisine héréditaire, dans les transmissions de biens par décès*, Paris, 1851, 1 vol. in-8° (ouvrage couronné par la Faculté de droit de Paris). — Liégeard, *De l'origine, de l'esprit et des cas d'application de la maxime : le partage est déclaratif de propriété*. — Dubois, *La saisine héréditaire en droit romain*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1880, t. IV, p. 101 et 127; t. V, p. 129. — Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 496 et t. II, p. 337.

(2) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 5, règle 318. Cpr. Coutume de Paris, art. 316.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 265.

(4) Le Coq, *Questions*, n° 189. — *Parloir aux bourgeois*, 1295, dans Le Roux de Lincy, *Histoire de l'Hôtel de Ville de Paris*, p. 129.

tion bénéficiaire qui, tout en permettant à l'héritier de prendre cette qualité, l'autorisait sous certaines conditions et formalités, à ne payer les dettes de la succession que jusqu'à concurrence de l'actif. Dès le XIII<sup>e</sup> siècle, Guillaume Durant mentionnait le bénéfice d'inventaire dans son *Speculum juris*; mais il ne semble pas qu'il soit entré sérieusement dans la pratique avant le XIV<sup>e</sup> siècle (1). Toutefois, le pouvoir royal profita de cette innovation pour exiger que le bénéfice d'inventaire résultât de lettres de chancellerie. Cette mesure fiscale n'était d'ailleurs imposée qu'aux pays de coutume; elle n'existait pas dans ceux du droit écrit, ni dans le Berry et la Bretagne. En 1614, les pays coutumiers demandèrent la suppression de ces lettres de chancellerie, mais la royauté répondit en 1629 par une ordonnance qui les étendit aux pays de droit écrit (2).

D'après le *Livre des droitz et des commandemens*, celui qui veut se porter héritier bénéficiaire est tenu d'en faire la déclaration devant un notaire public ou devant des témoins honorables. Il doit ensuite publier sa déclaration ou la faire connaître aux créanciers du défunt pour qu'ils puissent assister à la confection de l'inventaire. Il faut commencer cet acte dans les trente jours qui suivent la déclaration et le terminer dans les trente jours à partir de celui où il a été commencé. On admettait aussi qu'au lieu d'accepter sous bénéfice d'inventaire, l'héritier pouvait transiger avec certains créanciers du défunt, au moyen de personnes interposées dont il devenait ensuite cessionnaire (3).

Dans l'ancienne coutume de Paris, celui qui acceptait sous bénéfice d'inventaire devait, après avoir obtenu ses lettres du prince et avant d'appréhender aucun bien de la succession, faire dresser par le juge compétent, un bon et loyal inventaire comprenant tous les biens, meubles, immeubles et

(1) Voy. pour plus de détails à cet égard, Jules Tambour, *Du bénéfice d'inventaire* (Thèse de doctorat, 1855).

(2) Ordonnance de 1629, art. 129.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, nos 171, 825, 944, 959.

arrière-fiefs (1). Mais cette acceptation bénéficiaire étant vue avec défaveur, à cause du préjudice qu'elle faisait éprouver aux créanciers du défunt et on admit que l'héritier sous bénéfice d'inventaire pourrait toujours être écarté, même par un parent d'une autre ligne et d'un degré plus éloigné, si celui-ci offrait d'accepter la succession purement et simplement. Toutefois, à l'époque de la rédaction de la coutume de 1580, on consacra en ligne directe une dérogation à ce principe et on décida que l'héritier de cette ligne, même bénéficiaire, serait toujours préféré à l'héritier collatéral, même pur et simple. Mais l'ancien système fut conservé dans la ligne collatérale, avec une restriction toutefois au profit du mineur : d'après l'art. 343 de la coutume de Paris, le mineur, parent collatéral et héritier bénéficiaire, n'est plus exclu par un autre collatéral qui se porte héritier pur et simple qu'autant que tous deux sont parents du défunt au même degré (2).

Certaines personnes étaient incapables de succéder et ces incapacités étaient en général les mêmes dans toutes les coutumes. Elles frappaient notamment ceux qui n'étaient pas encore nés ni même conçus à l'ouverture de la succession; les absents, au bout d'un certain nombre d'années; ceux qui étaient morts civilement, soit en vertu d'une condamnation, soit à raison de leur entrée dans un monastère, les aubains, les bâtards.

Il n'est pas nécessaire d'insister sur l'incapacité résultant de la mort civile encourue à titre de peine; celle-ci était notamment la conséquence de la peine de mort, des galères et du bannissement perpétuel (3). Au moyen âge, la mort civile résultait encore, comme à l'époque franque, de la mise hors la loi, notamment pour cause de forfaiture (4). Nous connais-

(1) *Coutumes notoires*, n° 84 et 85.

(2) Voy. Laurière, sur les art. 342 et 343 de la coutume de Paris, t. III, p. 184.

(3) Voy. Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 5, règle 35.

(4) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 27, éd. de Gruchy, p. 90.

sons aussi les incapacités des moines, des bâtards, des étrangers, des serfs (1).

Les incapacités des religieux et religieuses expliquent le nombre considérable des moines : on s'efforçait de décider à entrer dans les monastères les cadets et les fils de famille, pour accumuler toute la fortune entre les mains des aînés (2). Par le même motif, on avait admis déjà au moyen âge le principe qui se développa davantage dans les temps modernes de l'exclusion des filles dotées. On était loin de l'époque où la préférence de la loi Salique pour les fils était qualifiée de coutume impie. Sur cette question, les anciennes mœurs triomphèrent des résistances de l'Église. Ainsi, même en Italie, même dans les États du pape, les filles dotées étaient exclues des successions (3).

Dans les pays de coutume, ce principe de l'exclusion des filles dotées fut consacré aussi largement que dans les pays de droit écrit (4). D'après les *Établissements de Saint Louis* et l'ancienne coutume de Bourgogne, l'exclusion est de droit et résulte de la seule constitution de dot (5) et certaines coutumes vont jusqu'à considérer comme constitution de dot, l'offre d'un chapel de roses (6). La coutume de Bourgogne permet de rappeler la fille dotée à succession, mais au moment même de la constitution de dot; le rappel par testament ne pourrait avoir lieu qu'avec le consentement des fils (7). Nous connaissons, par nos études antérieures, la dot appelée mariage avenant et il n'est pas nécessaire d'y revenir. Dans

(1) Voir ce qui en a été dit, à propos de la condition des personnes, dans notre mémoire sur *Le droit de succession au moyen âge*, p. 68 et 81.

(2) On pourra voir sur l'incapacité des religieux et religieuses des bulles de 1245, 1246, 1256, analysées par Wauters, *Histoire des environs de Bruxelles*, p. 661. — Bulle de 1262, dans Varin, *Archives administratives de la ville de Reims*, t. I, p. 803. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 830, t. II, p. 298; N, n° 73, t. IV, p. 539.

(3) Vito la Mantia, *Storia della legislazione italiana*, t. I, p. 409 et 595.

(4) Pour ces pays de droit écrit, voir plus loin.

(5) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 11, édit. Viollet, t. II, p. 22.

(6) *Établissements de Saint Louis*, t. III, p. 259. — Coutume de Lorraine, art. 284.

(7) Ancienne coutume de Bourgogne, dans Giraud, *op. cit.*, t. II, p. 271.

l'ancienne coutume de Paris, d'après Desmares, les fils et filles mariés et dotés sont exclus de la succession s'il en reste d'autres demeurés *en celle*, c'est-à-dire demeurés dans la famille; mais leur droit de succession peut être réservé expressément par le contrat de mariage et alors ils viennent à l'hérédité, à la condition de rapporter leur dot. C'est là, comme on le voit, un vieux souvenir de l'émancipation résultant de ce que l'enfant quittait le toit paternel pour aller s'établir ailleurs (1). Ces exemples établissent aussi qu'à notre époque le principe de l'exclusion des filles dotées était encore soumis à de grandes variétés dans ses détails.

D'après les anciennes coutumes de l'Anjou et du Maine, la fille noble était exclue de la succession de ses parents pour cause d'inconduite (2). La même règle est consacrée par les *Établissements de Saint Louis* (3). C'est là un souvenir de vieux usages que l'on trouve déjà dans les lois barbares et dans celles des peuples scandinaves (4). Dans l'ancienne coutume de Bordeaux, lorsque le défunt était mort assassiné, son héritier présomptif, même son fils, ne pouvait hériter de lui qu'après avoir poursuivi la vengeance du meurtre devant la justice. On pourrait croire que nous sommes en présence d'une vieille tradition germanique, d'un souvenir du droit de vengeance, mais nous pensons qu'il s'agit plutôt là d'un emprunt fait au droit romain (5).

Il était de règle très générale au moyen âge que les meubles des usuriers étaient attribués au seigneur justicier ou au roi

(1) Desmares, *Décisions*, n° 236.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 71, t. I, p. 426; I, n° 202, t. III, p. 340; L, n° 134, t. IV, p. 201.

(3) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 14, éd. Viollet, p. 24.

(4) Voy. par exemple, loi des Frisons, tit. IX, dans Pertz, *Leges*, III, p. 664. — Cpr. Wilda, *Strafrechte der Germanen*, p. 830 et 847. — Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 144.

(5) Voy. notamment, L. 1, L. 3, § 18 et 29; L. 13, *De senatusconsulto Silianiano*, XXIX, 5; L. 3, § 3, *ad senatusconsultum Trebellianum*, XXXVI, 5. — Paul, *Sentences*, liv. III, tit. 5, § 10. C'est probablement cette disposition des *Sentences* de Paul qui a passé dans l'ancienne coutume de Bordeaux, car on sait que ce recueil faisait partie du Bréviaire d'Alaric qui a exercé une grande influence dans tout le midi de la France.

à titre de peine, mais il fallait que le défunt eût pratiqué l'usure avec persistance jusqu'au moment de sa mort (1). On appliquait la même pénalité au *déconfès*, c'est-à-dire à celui qui était mort après huit jours de maladie sans avoir voulu se confesser. S'il avait fait un testament, cet acte était valable et produisait effet, mais s'il était mort *intestat*, le baron ou le justicier sur la terre duquel il était décédé, s'emparait des meubles aux dépens des héritiers. On assimilait sous ce rapport le déconfès au suicidé, mais cette incapacité de transmettre ses meubles aux héritiers était supprimée si le déconfès avait été frappé de mort subite (2).

On pouvait venir à la succession en qualité d'héritier, soit personnellement, soit comme substitué à un autre parent, c'est-à-dire par voie de représentation. Mais le bénéfice de la représentation s'introduisit très difficilement dans nos anciennes coutumes. La représentation était en effet absolument contraire au système du droit germanique. La loi Salique notamment la repoussait : c'est en vain qu'un édit de Childebert, de 596, essaya de la consacrer parmi les Francs (3). Cette décision n'obtint aucun succès, comme le prouvent de nombreuses formules postérieures où l'on voit des pères appeler leur petit-fils à prendre part à la succession avec leurs fils. Cette vocation eût été tout à fait inutile si le décret de Childebert était resté en vigueur (4).

(1) Glanville, lib. VII, cap. 16. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 53 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 21; B, n° 95; C, n° 88, t. I, p. 47, 120, 304; F, n° 584, t. II, p. 217; L, n° 381, t. IV, p. 304. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 453 et 965. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 86, éd. Viollet, t. II, p. 148. — Cpr. Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 255.

(2) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 92 et 93, éd. Viollet, t. II, p. 149. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 98; C, n° 90, t. I, p. 121, 305.

(3) Décret de Childebert II, de 596, Pertz, *Leges*, I, 9; Boretius, 15.

(4) Rozière, *Form.* 131 et suiv., 168, 172. On sait qu'en Allemagne la question de l'admission ou du rejet de la représentation dans les successions ayant soulevé une grave controverse, l'empereur Othon I<sup>er</sup> décida que la difficulté serait tranchée au moyen d'un combat judiciaire; le champion de la représentation l'emporta et celle-ci entra dans le droit germanique. Cpr. Widukindus, *Res ges'tæ saxonicæ*, lib. II, cap. 10, Pertz, *Scriptores*, III, p. 440.

A l'époque de la féodalité militaire, la représentation rencontra un nouvel obstacle : on continua à la voir avec défaveur et à l'écarter parce qu'elle aurait eu souvent pour effet d'appeler à la succession de jeunes enfants incapables du service de guerre. La féodalité perdit bientôt ce caractère, mais alors la représentation se heurta à une autre difficulté : on lui reprochait de favoriser le morcellement et la division des fortunes. On s'explique ainsi la grande difficulté qu'elle a éprouvée à s'introduire dans nos anciennes coutumes (1).

En Picardie comme dans la Flandre, la représentation n'était pas admise, même en ligne directe (2). Dans cette contrée, les anciens principes du droit germanique en matière de succession, avaient fortement marqué leur empreinte. C'est ainsi que le patrimoine du défunt se partageait en trois tiers d'après les anciens usages d'Amiens, plus ou moins conformes au vieux droit des Francs (3). Les coutumes municipales de Lille ont commencé aussi par rejeter la représentation ; mais elles l'ont admise en 1296, sous l'influence manifeste du droit romain. Toutefois, les coutumes de Douai, de Ponthieu, de Boulenois, de Chauny, de Senghein en Weppes, de Hainaut, d'Artois-campagne, de Mortagne, n'ont, à aucune époque de notre ancien droit, accepté la représentation, ni en ligne collatérale, ni même en ligne directe (4). Dans le Laonnais, la

(1) Certains textes parlent d'une représentation qui n'en est pas une et qui serait de nature à induire en erreur, si l'on n'était pas prévenu. Ces textes se proposent seulement de dire qu'à défaut d'héritiers du premier degré dans la ligne directe, ceux du second degré, et à défaut de ceux-ci, ceux du troisième, viennent à la succession par préférence aux collatéraux, même d'un degré plus rapproché ; de même on dit qu'à défaut de collatéraux du premier degré dans une ligne, ceux du second, à défaut de ceux-ci, ceux du troisième, et ainsi de suite, sont appelés à la succession par préférence aux collatéraux de l'autre ligne, même d'un degré plus rapproché. Mais il ne s'agit plus là, comme on le voit, d'une représentation dans le vrai sens de ce mot. Beaumanoir, chap. 14, n° 10, éd. Beugnot, t. I, p. 228. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 135, t. I, p. 459 ; F, n° 425, t. II, p. 165 ; I, n° 184 et 214, t. III, p. 326 et 349.

(2) *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 107.

(3) *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 156. — Cpr. Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 53.

(4) Coutume de Douai, chap. 2, art. 15 ; ancienne coutume de Boulenois, art. 71 et 83 ; coutume de Ponthieu, art. 8 ; coutume de Mortagne en Tour-

représentation était admise en ligne directe, mais non en ligne collatérale (1). A Reims, elle existait pour les nobles en ligne collatérale comme en ligne directe, probablement sous l'influence du droit romain dans cette ville que gouvernait l'archevêque, mais elle était absolument étrangère aux successions des roturiers qui étaient restés plus fidèles aux anciens principes du droit germanique (2). En Normandie, la représentation avait d'abord été admise, tout en donnant lieu à des controverses (3). Mais en définitive, le système qui exclut la représentation triompha sous l'influence des hommes puissants, comme dit l'ancien coutumier de Normandie qui s'indigne contre cette solution contraire en effet à l'équité et aux affections présumées du défunt (4).

Dans les anciennes coutumes de Champagne et de Brie, la représentation avait lieu en ligne directe et en ligne collatérale pour les censives et pour les alleux, mais elle était écartée pour les fiefs. Au xvi<sup>e</sup> siècle, la coutume de Châlons effaça cette différence, mais en partie seulement, en décidant que la représentation aurait lieu en ligne directe pour les fiefs comme pour les rotures (5).

Le *Livre de justice et de plet* n'admet pas la représentation, car il décide que si les fils du défunt sont tous prédécédés, laissant des enfants en nombres différents, tous ces petits-enfants viendront par parts égales, tandis qu'ils auraient succédé par souches si la représentation avait eu lieu (6).

Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine ne parlent

naisis, tit. *Des successions*, art. 2; coutume de Chauny, art. 36; coutume de Hainaut, chap. 90, art. 5; coutume d'Artois de 1509, art. 60; de 1540, art. 63; de 1544, art. 93, dans Maillart, *Coutumes générales d'Artois*, p. 101. — Voy. aussi Bouthors, *Coutumes locales du bailliage d'Amiens*, t. II, p. 352.

(1) *Coutumes des pays de Vermandois*, n° 162, éd. Beautemps-Beaupré, p. 90.

(2) *Coutumes des pays de Vermandois*, n° 191, éd. Beautemps-Beaupré, p. 100.

(3) Voy. le *Très ancien coutumier de Normandie*, éd. Tardif, p. 94.

(4) Encore n'avait-on admis auparavant la représentation qu'en ligne directe. Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 25, éd. de Gruchy p. 74.

(5) *Li droict et li coutumes de Champaigne et de Brie*, art. 11 et 55. — Coutume de Châlons, art. 81.

(6) *Livre de justice et de plet*, p. 248.

pas de la représentation dans le sens exact de ce mot (1). Mais le *Livre des droiz et des commandemens* admet formellement la représentation, du moins en ligne directe (2).

Dans la coutume de Paris, on éprouva bien des hésitations; les uns voulaient admettre, les autres repousser la représentation (3). Ce fut en définitive cette seconde opinion qui l'emporta. Desmares décide qu'il faut exclure la représentation, en ligne directe comme en ligne collatérale, à moins qu'elle n'ait été expressément stipulée par contrat de mariage (4). Cependant les arrêts s'écartaient parfois de cette doctrine; aussi à l'époque de la première rédaction de la coutume de Paris, la controverse reparut. On commença par proposer l'exclusion de la représentation; puis après discussion, l'opinion contraire l'emporta et la représentation fut admise, toutefois en ligne directe seulement (5). En 1580, à l'époque de la seconde rédaction, la représentation fit encore un nouveau progrès, d'ailleurs peu sensible: elle fut autorisée en ligne collatérale, mais seulement au profit des neveux et nièces (6).

On voit avec quelle difficulté la représentation a pénétré dans les pays de coutume. Il est peu d'institutions romaines qui aient rencontré plus de résistance et cette lutte montre tout l'intérêt qu'on attachait à cette époque à empêcher la division des fortunes. C'est seulement dans les pays de droit écrit que la représentation fonctionna d'une manière générale et régulière; l'application de la législation romaine n'y souleva aucune difficulté.

#### § 15. — PARTICULARITÉS. SUCCESSION AU PROFIT DU PUÎNÉ.

Une des particularités les plus remarquables de certaines coutumes, consistait dans le droit de *juveigneurie* ou de *mais-*

(1) Elles emploient le mot représentation dans le sens impropre que nous avons expliqué plus haut. Voy. par exemple, F, n° 425, t. II, p. 165.

(2) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 778.

(3) Voy., par exemple, un arrêt du 24 janvier 1302, *Olim.*, t. II, p. 304.

(4) Desmares, *Décisions*, n° 238.

(5) Art. 133 de la coutume de 1510. Cpr. Richebourg, t. III, p. 23.

(6) Coutume de Paris de 1580, art. 319 et 320.

*neté* (1). Ce droit attribuait la totalité de certaines tenures, ou de divers biens, ou même de la succession, au fils puîné par préférence à tous autres. C'était un privilège semblable au droit d'ainesse quant aux biens, mais en sens inverse quant aux personnes; il reposait d'ailleurs sur des raisons bien différentes. On a longtemps cru que ce droit de juveigneurie était particulier à quelques contrées de la France et de l'Angleterre plus spécialement habitées par la race celtique; mais c'est là une erreur aujourd'hui reconnue par tous. Ce qui est certain, c'est que ce privilège du cadet est une des institutions de l'humanité primitive. On le rencontre, non seulement en France et en Angleterre, mais encore dans les Pays-Bas, dans le Hainaut, la Flandre, la Picardie, l'Artois; en Allemagne et notamment en Frise, en Saxe; en Hongrie; sur le littoral de la Baltique, jusque dans les montagnes de l'Oural; plus loin encore dans l'Asie centrale et même chez les Maoris de la Nouvelle-Zélande. Ce privilège au profit du cadet portait des noms très divers : *maisneté* en Artois, Picardie et Hainaut; *madelstade* en Flandre; *quevaise* en Bretagne; *accès* ou *préférence* (*Vorsitzgerichtlichkeit*) en Alsace; *borough english* en Angleterre, etc. Ce droit est, comme on le voit, qualifié d'après la personne qui en profite ou d'après les biens sur lesquels il porte. Il est consacré en Angleterre par le Code gallois de Howell le Bon, dont la rédaction est antérieure à la conquête normande. « Si le défunt, dit cette loi, laisse plusieurs fils, au dernier né revient l'habitation ou principal manoir, avec ses dépendances, comme aussi la cognée, le chau-

(1) Voy. à cet égard, Grimm., *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 475; *Bäuerliche Zustände in Deutschland*, Bericht veröffentlicht vom Verein für Socialpolitik, t. II, Leipzig, 1882, p. 33; Elton, *Origins of the english history*, p. 184 et suiv.; baron Ernouf, *Du droit de juveigneurie (borough english) et de son origine probable*, dans la *France judiciaire*, t. VII, 1<sup>re</sup> part., p. 313 et suiv.; A. du Châtelier, *De quelques modes de la propriété en Bretagne*, Paris, 1861, p. 22, 23; Bonvalot, *Coutumes du Val d'Orbey*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, année 1864, t. X, p. 506; d'Espinay, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XV, p. 174; Summer Maine, *Institutions primitives*, p. 276; Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 266 et t. III, p. 642.

dron et le soc de la charrue, car le père ne peut disposer de ces trois objets au préjudice de son fils puiné; ils sont inaliénables, même s'ils ont été donnés en gage. » Le coutumier de Kent, rapportant les usages antérieurs à la conquête, consacre aussi le même droit, mais avec moins d'étendue : tous les biens sont partagés également entre les fils, à l'exclusion des filles; l'aîné choisit le premier, mais il faut laisser la principale habitation au puiné; toutefois celui-ci ne la prend pas à titre de préciput, mais seulement comme part héréditaire et sauf, s'il y a lieu, récompense au profit de ses frères. Dans le comté de Nottingham et dans quelques autres, il existait, outre les tenures ordinaires, une tenure spéciale appelée bourg anglais (*bourgh engloyes, bourg engloyes*). Tandis que les tenures ordinaires allaient à l'aîné, le bourg anglais était exclusivement attribué au puiné et cette distinction s'est maintenue dans le comté de Nottingham jusqu'au milieu du xviii<sup>e</sup> siècle. On en constate encore actuellement des traces dans un grand nombre de localités d'Angleterre, notamment dans la banlieue de Londres et dans le Sussex, mais avec des variantes, et par exemple, dans certaines contrées, le privilège du puiné existe entre les filles comme entre les fils. Glanville et Bracton font déjà allusion à cette coutume particulière (1).

En France, le droit de maisneté est consacré par de très anciennes coutumes et on en trouve encore la trace au xvii<sup>e</sup> siècle (2), bien qu'il ait été assez vivement attaqué de divers côtés (3). Il y avait deux sortes de droit de maisneté, l'un mobilier, l'autre immobilier. Le premier portait sur trois pièces de meubles ayant servi à l'usage des père et mère et que le cadet prenait à titre de préciput. Le second concernait certaines tenures et notamment en Bretagne celle qu'on appelait

(1) Glanville, lib. VII, cap. 3, § 3.

(2) Voy. à cet égard, Laurière, *Glossaire*, vis *Maisnez* et *Quevaise*.

(3) Voy. par exemple, Furic, *L'usage du domaine congéable de l'évêché et comté de Cornouailles*, Paris, 1644. — Baron Ernouf, *Du droit de juvénierie*, op. et loc. cit (p. 5 du tirage à part).

*quevaise* (1). D'après l'usage de Cornouailles (2) (art. 32), la *quevaise* formait une tenure qui obligeait le détenteur à la résidence actuelle sous peine de commise au bout d'un an et un jour. Cette tenure ne pouvait être divisée par aliénation, hypothèque ou autrement sans le consentement du seigneur; à la mort du tenancier, elle passait au plus jeune des fils et, à défaut de mâle, à la dernière des filles, sans que, dans aucun cas, les autres enfants pussent prétendre à une récompense quelconque (3).

L'ancienne coutume de Valenciennes présentait plus d'une analogie, au point de vue des successions, avec le code gallois de Howell et consacrait notamment le droit de *juveigneur* (4). L'ancien coutumier de Picardie ne dit rien du droit de *maisneté*, mais on le rencontre cependant dans un assez grand nombre de coutumes locales qui dépendaient du bailliage d'Amiens et du pays de Vimeu, notamment dans les coutumes de Bettembos, Croy, Lignièrès, Besancourt, Broutelles, Hornoy; dans toutes ces coutumes, le puiné prenait le manoir du père en succession roturière (5).

En Alsace, le privilège du cadet existait seulement dans certaines localités et avec des caractères différents, suivant qu'il s'agissait des nobles ou des paysans. Pour les uns, la *juveigneurie* était purement facultative; pour les autres, elle était obligatoire. Mais tandis qu'en Picardie, en Irlande et ailleurs, le privilège du *juveigneur* portait à la fois sur des meubles et sur des immeubles, en Alsace il concernait seulement la maison paternelle ou maternelle avec ses accessoires, cours, passages, écuries, jardins et même avec les biens *emphytéotiques* qui s'y rattachaient (6).

(1) *Quevaise* vient de *quevagiū*, *cavagiū*, termes synonymes de *capitagiū*.

(2) Il s'agit de la Cornouailles située en Basse-Bretagne qui avait autrefois Quimper pour capitale, et nullement du comté d'Angleterre connu sous le même nom.

(3) Voy. à cet égard, Laurière, *Glossaire*, v° *Quevaise*.

(4) Voy. à cet égard, Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 15 et 16.

(5) Cpr. Bouthors, *Coutumes locales du bailliage d'Amiens*, t. I, p. 167, 177, 182.

(6) M. Bonvalot a donné l'énumération des localités de l'Alsace où existait

On a beaucoup discuté sur la cause de ce droit de préférence au profit du cadet; mais parmi les opinions proposées, il en est qui n'ont plus cours aujourd'hui. N'a-t-on pas soutenu que la préférence du cadet avait sa cause dans l'affection plus vive des parents pour leur dernier enfant? D'autres ont pensé que cette institution de la maisneté prenait sa racine dans le droit du seigneur. On préférerait le cadet parce qu'il avait plus sûrement que l'ainé le mari pour père. Mais en admettant que ce prétendu droit du seigneur ait existé ou n'ait pas été un simple abus, il est certain qu'il date d'une époque relativement récente. Or la juveignerie remonte à une époque très ancienne. En outre, si l'on s'était préoccupé dans cette question du droit du seigneur, on aurait dû être conduit à préférer le second fils à l'ainé, mais non pas le plus jeune à tous ceux qui l'ont précédé.

D'autres auteurs ont affirmé que le droit du juveigneur avait été établi pour faire contrepoids au droit d'ainesse et on sait que ce droit d'ainesse a, lui aussi, existé dès la plus haute antiquité, puis il a disparu; mais lorsqu'il est revenu avec le régime féodal, alors le droit du juveigneur qui n'avait jamais cessé d'exister, s'est trouvé encore une fois consolidé. D'autres disent tout simplement que certaines coutumes ont attribué toute la succession au puiné parce qu'à la mort des parents les autres enfants sont déjà établis depuis un temps plus ou moins long. Suivant une doctrine toute récente, le droit du juveigneur remonterait au vieux culte de la famille, au culte du foyer : les aînés ayant quitté la maison paternelle, le puiné était naturellement chargé de continuer ce culte et c'est à ce titre que les coutumes de Howell le Bon lui attribuent encore la cognée, le chaudron et le soc de la charrue. C'est une conjecture ingénieuse, mais qui ne paraît pas plus solide que les précédentes, et on peut expliquer l'attribution au puiné de ces trois objets sans leur donner aucun caractère religieux : ils peuvent être tout simplement le sym-

bole de la maison d'habitation et des tenures qui en dépendent.

Ce qui est certain, c'est que si le droit du juveigneur, qui remonte à une très haute antiquité, n'est pas propre sans doute à la race celtique, du moins celle-ci lui a voué un attachement spécial. Aussi s'est-il maintenu dans les contrées où les descendants de cette race étaient fortement établis. Il serait difficile de dire pour quel motif ces peuples primitifs avaient adopté ce régime de succession. Peut-être tenait-il à leur état pastoral et à leur vie nomade. Dans cet état social, les fils quittent naturellement la famille avec une certaine quantité de bétail, dès qu'ils sont en état de se suffire à eux-mêmes et alors par la force des choses, c'est le puiné qui, à la mort des parents, recueille la tente, les troupeaux, les ustensiles et les autres meubles. Une fois l'homme fixé à la terre, il a cependant parfois gardé le privilège du cadet par des raisons très diverses. Dans la famille celtique, aussitôt quel'enfant avait atteint l'âge de quatorze ans, il passait de la puissance du père dans celle du seigneur du sol (*arghwoyd*), il formait une nouvelle famille à laquelle le seigneur confiait une tenure ou exploitation agricole; dans d'autres cas, il était attaché à la personne de l'*arghwoyd* et le suivait à la guerre. On comprend qu'avec ce régime, le plus jeune, qui fort souvent n'était pas encore établi, ait été seul appelé à la succession. Dans notre Bretagne armoricaine, le droit de maisneté s'est conservé sans aucun doute pour assurer l'indivisibilité de certaines tenures, et il avait à ce point de vue le même objet que le droit d'ainesse pour les fiefs. Mais on aura remarqué que ce droit de maisneté était propre aux petites gens et notamment aux successions roturières; c'est encore là une preuve de son antiquité. Lorsque des vainqueurs s'étaient établis dans le pays, comme en Angleterre, ou que des institutions sociales nouvelles s'étaient formées pour l'aristocratie, comme en France, on n'en avait pas moins laissé aux gens de condition inférieure leurs très anciennes coutumes et il en est peu auxquelles les hommes tiennent plus que celles qui

règlent la transmission de la famille et du patrimoine après la mort.

§ 16. — DROIT DE RETOUR DE L'ASCENDANT DONATEUR.

D'après le droit romain, lorsqu'un père avait doté sa fille et que le mariage prenait fin par le prédécès de la femme, le mari devait rendre la dot au père survivant (1). Ce droit de retour de la dot profectice s'est-il conservé dans nos pays de droit écrit? Il est assez difficile de répondre à cette question. Le bréviaire d'Alaric et le Papien n'y font aucune allusion. Les *Petri exceptiones*, rédigées pour le comté de Valence, laissent formellement la dot au mari survivant, à moins de convention contraire et sans distinguer entre la dot adventice et la dot profectice; mais, s'il y a des enfants, le mari n'obtient que l'usufruit, et en outre la propriété d'une part d'enfant, à la condition de ne pas se remarier. Le *Brachylogus* (2), ne parle pas de la restitution de la dot. Quant aux chartes des pays du Midi, relatives à certaines villes, elles reconnaissent aussi au mari survivant un certain droit sur la dot, sans parler du droit de retour que consacrait le droit romain de l'époque classique. Ainsi une ordonnance rendue par le roi Jean en 1350, pour les habitants de Villeneuve près Avignon, décide qu'à défaut de pacte, le mari, à la dissolution du mariage, peut garder la dot pour en jouir sa vie durant et à charge de la restituer ensuite aux parents de la femme qui l'ont constituée, ou à ses héritiers. De même, d'après l'ancienne coutume de Toulouse, le mari survivant garde la dot, sauf convention contraire. Si la femme survit, elle la recouvre, à moins qu'elle n'ait été condamnée pour adultère. Ces dispositions avaient été empruntées à la loi romaine des Visigoths, laquelle nous l'avons vu, ne connaissait pas le droit de retour (3).

(1) L. 6, *De jure dotium*, XXIII, 3.

(2) Voy. lib. II, tit. 13, *De donationibus*, éd. Böcking, p. 49.

(3) Cpr. Ancienne coutume de Toulouse, art. 88, 113, 114, 116, et loi romaine des Visigoths, liv. III, tit. 3, § 13.

Il est certain qu'après la renaissance du droit romain, les pays de droit écrit acceptèrent le retour légal au profit de l'ascendant donateur. Il s'éleva même une controverse entre Bulgare et Martin sur le point de savoir si l'existence d'enfants du donataire mettait obstacle à ce droit. Enfin au *xvi<sup>e</sup>* siècle, le droit de retour fut singulièrement élargi par la jurisprudence des parlements de droit écrit.

Nous avons vu sous la période précédente que plusieurs lois barbares accordaient en certains cas au donateur ou à ses héritiers le droit de reprendre les biens donnés en dot à la femme dont la mort avait amené la dissolution du mariage (1). Qu'est devenu ce droit, pendant le moyen âge? Nos anciens jurisconsultes admettaient qu'il s'était maintenu dans les pays de coutume, et telle est encore aujourd'hui la doctrine adoptée par un grand nombre d'auteurs. Il est certain qu'il est parlé du droit de retour de l'ascendant donateur dans un arrêt du parlement rendu à la Pentecôte de 1268, sous le règne de Saint Louis (2). Mais cet arrêt concerne peut-être des plaideurs qui appartenaient aux pays de droit écrit ressortissant au parlement; ce qui permet de le supposer, c'est qu'il est dit dans un autre arrêt, relatif aux mêmes plaideurs, que le procès a été engagé au temps où Ernoul de Féraud était *sénéchal*; or on sait que ce terme était précisément employé pour désigner les officiers des pays du Midi qui correspondaient aux baillis (3).

Cependant cette solution ne nous paraît pas exacte; l'arrêt invoqué, en parlant du droit de retour, ne le fonde pas en effet sur le droit écrit, mais sur le droit coutumier. Aussi a-t-on dit

(1) Loi des Saxons, tit. VII; loi des Bavares, XV, 8; loi des Burgondes, LXII, 2; loi des Visigoths, V, 2, 4; IV, 5, 3.

(2) Guénois rapporte cet arrêt dans les termes suivants : « Quand les enfants décèdent sans hoirs procréés du mariage, le don retourne au donneur et non aux prochains héritiers des donataires. » Cpr. *Conférence des coutumes de France*, p. 711. Cpr. Beugnot, *Olim.*, t. I, p. 715, n° 6, et p. 272, n° 7.

(3) Voy. *Olim.*, t. I, p. 272, n° 7. En ce sens, Marquis, *Du droit de retour de l'ascendant donateur*, p. 342 et suiv. (Thèse de doctorat soutenue devant la Faculté de Paris en 1885).

qu'il y est parlé des usages et coutumes de France parce qu'il a été rendu entre des parties établies sur le territoire des Albigeois où la coutume de Paris avait été introduite au temps de Simon de Montfort. Rien dans le texte n'autorise une pareille conjecture, et même en admettant qu'elle fût fondée, il n'en resterait pas moins la preuve de l'existence d'un droit de retour dans la coutume de Paris (1), si l'on admet que cet arrêt du parlement concerne un droit de ce genre. Mais nous ne le pensons pas. A notre avis, l'arrêt du parlement a en vue la même situation et pose la même règle que Beaumanoir dans ses coutumes de Beauvoisis au chapitre des *eritages* (2). Dans ce texte, comme dans l'arrêt du parlement, il s'agit tout simplement de savoir si les ascendants sont exclus de la succession aux propres. Beaumanoir nous apprend qu'on avait élevé des doutes à cet égard et il décide que les ascendants héritent des biens qui viennent de leur souche, sans distinguer si les biens laissés par leurs descendants s'y trouvent en vertu d'une donation ou par toute autre cause (3). Le même système est consacré encore par d'autres coutumiers (4). En réalité, tous ces textes, même l'arrêt du Parlement de Paris, sont étrangers au droit de retour de l'ascendant donateur et il faut en conclure que ce droit n'existait pas au moyen âge, ni dans les pays de coutume, ni même dans ceux de droit écrit. C'est seulement aux xv<sup>e</sup> et xvi<sup>e</sup> siècles qu'on le voit apparaître partout et même s'élargir singulièrement. Ce qui prouve bien qu'il n'était pas connu auparavant, c'est qu'il n'en est ques-

(1) *Olim*, t. 1, p. 715, n° 6.

(2) Beaumanoir, cbap. 24, n°s 22 et 23, t. 1, p. 236. — Cpr. *Livre des constitutions du Châtelet*, éd. Mortet, n° 18, p. 43.

(3) Ce qui prouve bien que tel est aussi le point de vue de l'arrêt du Parlement de Paris, c'est qu'il porte : *Ad matrem reverti debeat tanquam ad stirpem*.

(4) Voy., par exemple, *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 111. Cpr. *Conseil de Pierre De Fontaines*, chap. 15, n° 14, p. 114 : « Quand li prendoms de qui tu te conseilles maria sa fille, et li dona une pièce de terre en mariage, ce n'est pas contre coustume, si la terre revint au père après la mort de sa fille qui mourut sans oirs de son corps. » Mais on sait que De Fontaines a souvent coplé le droit romain et il est possible que le texte précité soit un de ceux qu'il a pris aux jurisconsultes classiques.

tion dans aucun des coutumiers de cette époque, lesquels contiennent même parfois des textes plus ou moins contraires. Ainsi on chercherait en vain la mention du droit de retour dans les *Assises de Jérusalem* qui s'occupent cependant de la donation de fief faite à l'héritier présomptif en ligne directe (1). Les *Établissements de Saint Louis* gardent le même silence. Il faut en dire autant du *Grand Coutumier de France*, et de la *Somme rural* de Bouteiller (2).

Toutefois, dès le XII<sup>e</sup> siècle, certaines chartes locales, dérogeant au droit commun des coutumes, consacrent un véritable droit de retour. Mais ce n'est certainement pas celui du droit romain. Il suffit pour le prouver de remarquer que ce droit de retour était accordé, non pas seulement à l'ascendant donateur, mais aussi à tout parent quelconque, même en ligne collatérale, qui avait fait une donation à une fille en faveur de son mariage; il se transmettait même aux héritiers du donateur. D'ailleurs ce droit de retour qui n'était certainement pas emprunté à la législation romaine supposait la mort de la femme sans enfants (3). Mais la coutume de Reims de 1520 (art. 6) parle d'un véritable droit de retour limité à l'ascendant donateur sur les biens qu'il a donnés à son enfant à l'occasion du mariage. C'est peut-être là un souvenir du droit romain, car on sait qu'à Reims l'influence du droit romain et celle du droit canonique étaient prépondérantes; seulement, comme on dotait à cette époque les fils aussi bien que les filles, l'ancienne coutume de Reims consacre le droit de retour vis-à-vis

(1) *Assises de Jérusalem*, liv. de Jean d'Ibelin, chap. 146 et 175; *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 54, 56, 58.

(2) On lit même dans le *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 857 : « Il est de droit écrit que le père et la mère succèdent au bien du fils après sa mort, mais la coutume est contraire. » L'art. 101 de l'ancienne coutume de Melun, rédigée en 1506, continua aussi à exclure le droit de retour.

(3) En ce sens, charte de Laon de 1128, chap. 13, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 185. — Cette disposition a passé, en 1181, dans l'art. 13 de la coutume de Bruyères, dans l'art. 13 de la coutume de Crespy, dans l'art. 23 de la charte de Montdidier. Enfin Philippe-Auguste accorda à huit pays du Laonnais (Cerny, Chamouilles, Beaune, Chevy, Cortone, Verneuil, Bourg, Comin) les privilèges de la charte de Laon. Voir sur ces chartes le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 231; cpr. p. 234 et 245.

du fils et vis-à-vis de la fille, lorsqu'un ou l'autre meurt sans descendants. La même disposition se retrouve dans l'ancienne coutume de Champagne et de Brie et le droit de retour est admis même s'il s'agit de fiefs. Peut-être cette disposition y a-t-elle été introduite sous l'influence de la coutume de Reims (1).

### § 17. — PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Dans les pays de droit écrit, le régime des successions était très différent de celui des coutumes et s'inspirait presque exclusivement du droit romain. Les fiefs étaient sans doute soumis à un système particulier que nous avons déjà étudié et sur lequel le droit romain avait même exercé son action, mais à un moindre degré que sur les autres biens. Ceux-ci, en effet, se transmettaient suivant les principes du droit romain. Après la renaissance de ce droit, on accepta le système des Nouvelles 118 et 127 de Justinien.

Dans ces pays de droit écrit, les biens se partageaient donc en ligne directe également entre tous les enfants, sans distinction de sexe ni de primogéniture et conformément au système de la Nouvelle 118. On appliquait volontiers ce système même aux terres nobles et aux fiefs (2). Mais toutefois, sous l'action de la féodalité et des mœurs du temps, on s'efforçait assez souvent d'éviter le partage égal par des procédés très divers, de sorte qu'en fait ce partage était exceptionnel.

À défaut de descendants, les ascendants succédaient en concours avec les frères et sœurs et neveux germains du défunt, à l'exclusion de tous autres collatéraux. C'était encore le système de la Nouvelle 118 et son application excluait la règle *propres ne remontent*. De même aucune distinction n'était établie entre les parents du côté paternel et ceux du côté

(1) *Li droict et li coutumes de Champagne*, chap. 10.

(2) Voy. par exemple, *Ancienne coutume de Bordeaux*, art. 234, dans *La-mothe, Coutumes du ressort du parlement de Guyenne*, t. 1, p. 143.

maternel. Mais le droit de Justinien avait consacré, au profit des frères et sœurs germains, le privilège dit du double lien, ce qui leur permettait d'exclure, malgré l'égalité de degré, les frères et sœurs consanguins ou utérins. Ce privilège avait été également accepté dans les pays de coutume.

Le troisième ordre d'héritiers comprenait les frères et sœurs, neveux et nièces consanguins ou utérins, mais non leurs descendants plus éloignés.

Enfin, une dernière classe était composée de tous les collatéraux autres que frères et sœurs, neveux et nièces; ils venaient les uns à défaut des autres, d'après la proximité de parenté.

Mais l'ancienne coutume de Toulouse ne s'était pas laissée séduire par le système de Justinien et elle avait en général conservé celui que consacrait le droit romain antérieur passé dans la loi romaine des Visigoths. Ainsi, à défaut de descendants, on appelait le père et à son défaut les plus proches parents paternels, par préférence à la mère et aux parents maternels. Cet ancien système du droit romain donnait la préférence à l'agnation sur la cognation, tandis qu'à Montpellier et à Carcassonne on suivait la maxime *paterna paternis, materna maternis*. De même, la coutume de Toulouse n'admettait pas le privilège du double lien par cela même qu'elle préférait la parenté paternelle à la parenté maternelle (1). En outre, l'ancienne coutume de Toulouse contenait une particularité remarquable pour le cas où un des enfants du père décédé avait acquis des biens depuis la mort de ce père et avant le partage de la succession : on présu-  
 mait que ces biens avaient été acquis avec les deniers du père, sauf preuve contraire et si cette preuve n'était pas faite, ils tombaient dans la succession (2).

L'ancienne coutume de Toulouse ne s'explique pas pour le

(1) Voy. sur ces différents points : Ancienne coutume de Toulouse, art. 124; ancienne coutume de Montpellier, art. 58. Cpr. *Lex romana Visigothorum*, éd. Hänel, p. 332 et 404 où l'on trouvera un texte de Gaius (II, 8) et un autre de Paul (IV, 8).

(2) Ancienne coutume de Toulouse, art. 91.

cas où il n'existerait aucun parent paternel. Mais il semble bien qu'à défaut d'agnats on aurait fait venir, conformément à l'ancien droit romain, les cognats, c'est-à-dire les parents du côté maternel.

Nous venons de voir que, dans les pays de droit écrit, par l'effet du maintien et de l'observation du droit romain, sauf exception dans certaines contrées pour les fiefs, l'égalité la plus parfaite devait régner entre les héritiers; il n'y avait ni droit d'ainesse, ni privilège de masculinité. Mais, sous l'influence des mœurs féodales, ce régime des successions *ab intestat* ne convenait pour ainsi dire plus. Aussi s'attachait-on, au moyen des donations et des testaments, à y déroger pour adopter un système de dévolution des biens assez semblable à celui des pays de coutume. Dans un grand nombre de villes du Midi, la coutume locale décidait que les filles dotées étaient par cela même exclues de la succession. Ainsi la charte consulaire d'Arles, rendue en 1142, défend aux consuls d'admettre à l'hérédité paternelle ou maternelle, les filles qui ont été dotées par leur père ou leur mère ou leurs frères (1). La charte de Salon, ville voisine, contient la même clause (2). De même l'ancienne coutume de Montpellier, tout en admettant, suivant le droit romain, le partage égal des biens entre les fils et les filles, ajoute que si un père, en mariant sa fille, lui a fait une libéralité quelconque, elle ne pourra plus rien réclamer plus tard dans la succession, à moins que son père n'ait formellement manifesté une intention contraire (3). La coutume de Montpellier était en outre très favorable aux substitutions pour lesquelles on n'admettait pas l'application de la légitime romaine (4); elle consacrait aussi en ligne collatérale la maxime coutumière *paterna paternis* (5).

(1) *Carta consularatus arelatensis*, § 5, dans Giraud, *op. cit.*, t. II, p. 2.

(2) Giraud, *ibid.*, t. II, p. 248.

(3) *Consuetudines Montispessulani*, art. 63. Quand la fille dotée précédait sans enfants ni testament, ses biens retournaient au père et, à son défaut, aux frères.

(4) *Consuetudines Montispessulani*, art. 50.

(5) *Ibid.*, art. 58.

L'ancienne coutume de Narbonne reproduisait pour les filles dotées le système de la coutume d'Arles. On sait que la coutume de Montpellier et celle de Carcassonne étaient surtout le droit des villes, tandis que celle de Narbonne représentait celui des nobles. On voit qu'ainsi l'exclusion des filles dotées formait le droit commun de la Provence et que même parfois d'autres règles coutumières, favorables à la conservation des biens dans les familles, y avaient également pénétré. Nous avons rencontré cette exclusion des filles dotées dans certains pays coutumiers, notamment en Normandie et en Bretagne, en nous occupant du mariage avenant. De même, dans l'ancienne coutume de Toulouse, les filles dotées, quelle que fût l'exiguïté de la dot, ne pouvaient prétendre à rien dans la succession de leurs parents (1). On remarquera que, dans tous ces pays du Midi, l'exclusion des filles dotées était absolue, sans qu'il y eût lieu de distinguer entre les biens roturiers et les biens nobles. L'esprit de conservation s'était introduit avec la même énergie dans les familles roturières que dans les familles nobles.

#### § 18. — DEVOIRS ENTRE HÉRITIERS, RAPPORT, INDIVISION, PARTAGE.

Sous la période suivante, les coutumes officielles se sont attachées à assurer une égalité aussi rigoureuse que possible entre les différents cohéritiers, surtout entre les enfants. L'inégalité existait sans doute dans les familles de la noblesse et de la haute bourgeoisie, par l'effet même du droit d'ainesse, des renoncations à succession, puis ensuite et surtout des institutions contractuelles et des substitutions. Mais l'esprit des coutumes était tout différent pour les roturiers et elles tenaient à assurer entre les héritiers une égalité beaucoup plus absolue que celle de notre Code civil. Ainsi aujourd'hui les donations et les legs faits aux successibles sont

(1) Ancienne coutume de Toulouse, t. III, 1, 5. Voy. aussi la coutume d'Alais, art. 12, dans les *Olim*, t. III, p. 1459. Cpr. Statuts de Provence et de Forcalquier, dans Richebourg, t. II, p. 1214.

valables et sujets à rapport; mais rien ne s'oppose à ce que le testateur ou le donateur les dispense de cette obligation au moyen d'une clause de préciput qui reçoit son entier effet, à la seule condition de ne pas entamer la réserve. En outre, le rapport est dû aujourd'hui par tous les successibles.

Bien différent était le système consacré par nos anciennes coutumes. Et d'abord, on ne pouvait pas être comme aujourd'hui héritier et légataire. Celui qui voulait garder son legs devait renoncer à la succession; s'il l'acceptait, son legs était nul (1). On en donnait pour raison que si une personne avait pu prendre à la fois son legs et sa part dans la succession, il en serait résulté à son profit une inégalité choquante qui aurait pu devenir une cause de haines dans la famille. Tout héritier, même l'enfant, devait donc renoncer à son legs pour pouvoir venir à la succession (2).

Mais ces haines étaient beaucoup moins à craindre s'il s'agissait de donations. Par cela même qu'elles dépouillaient le donateur, elles étaient moins fréquentes. Aussi pouvait-on être à la fois héritier et donataire. En outre les donations n'étaient pas sujettes à rapport si elles avaient été faites à des ascendants ou à des collatéraux, tandis qu'aujourd'hui, tout parent quelconque appelé à la succession en qualité d'héritier, est tenu au rapport de ce que le défunt lui a donné ou légué, à moins qu'il n'existe une clause de préciput à son profit. Dans notre ancien droit coutumier, au contraire, le rapport des donations n'était dû que par les descendants. On considérait les donations qui leur avaient été faites, comme de véritables avancements d'hoirie et la preuve contraire n'était même pas admise. En d'autres termes, pour assurer une égalité aussi parfaite que possible entre les descen-

(1) Toutefois, il ne faut pas perdre de vue qu'une personne laissait autant de successions différentes qu'elle avait de sortes de biens, meubles et acquêts, propres, fiefs, tenures roturières, etc. Il en résultait qu'on pouvait, tout en étant héritier dans une de ces successions, renoncer à une autre pour y prendre plus de biens en qualité de légataire.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 365, 369, 372. — Bou-teiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1037.

dants, les coutumes interdisaient de leur faire des donations par préciput et hors part.

Tels sont les principes fondamentaux qui se dégagent de l'ensemble de nos coutumes. Il n'est pas sans intérêt de rechercher maintenant comment on y est arrivé (1).

Les pays de droit écrit ne nous arrêteront pas. Il nous suffira de constater que le rapport y était pratiqué tel qu'il avait été organisé par le droit romain, en dernier lieu par le droit de Justinien.

Quant aux pays de coutume, nous avons déjà vu que dans le très ancien droit français, les enfants mariés et établis par leurs père et mère, étaient mis hors de la communauté de famille, et n'avaient par cela même aucun droit de succession. Sans admettre, comme les législations primitives, qu'ils étaient complètement sortis de la famille, on les considérait cependant comme émancipés et la dot qui leur avait été donnée leur tenait lieu de part dans la succession paternelle ou maternelle; ils avaient renoncé à cette succession, par cela seul qu'ils avaient accepté leur pécule. Mais il était permis, tout en les établissant et en les dotant, de stipuler qu'ils conserveraient leur droit à succession. Dans ce cas ils venaient à l'hérédité, à la condition toutefois de rapporter les libéralités qu'ils avaient reçues du défunt. Si, à la mort du père ou de la mère, tous les enfants avaient été établis, tous alors seraient venus à la succession malgré cette circonstance et sans être tenus au rapport (2). Dans ce système primitif, on l'aura remarqué, l'égalité n'était pas la règle et on laissait tout au contraire une grande latitude au père. Il pouvait, en établissant un de ses enfants lui donner beaucoup plus ou beaucoup moins qu'il n'aurait reçu dans la succession. C'est qu'en effet, certaines coutumes, con-

(1) On pourra consulter de Caqueray, *Recherches historiques sur la théorie du rapport*, dans la *Revue historique de droit français et étranger*, année 1860; Esmein, *Des rapports à succession* (Thèse de doctorat, 1872).

(2) *Libre de justice et de plet*, liv. XII, tit. 22, § 5 et tit. 24, § 1. — Desmares, *Décisions*, n° 236.

trairement peut-être à l'esprit du droit germanique, ont entendu laisser une assez large liberté au père de famille. Le *Livre de justice et de plet* consacre cette liberté (1). Les *Assises de Jérusalem* affirment que les père et mère peuvent donner plus ou moins à tel enfant, ou même toute leur fortune à des étrangers, sans que les descendants aient droit de se plaindre et, chose remarquable, elles permettent d'avantager un ou plusieurs enfants aussi bien par testament que par acte entre-vifs (2).

Cette tendance a laissé des traces dans certaines coutumes. Bouteiller nous apprend, dans sa *Somme rural*, que le père peut donner à l'un des enfants plus qu'à l'autre (3). On a aussi prétendu que la possibilité d'exclure les filles de la succession en les dotant, se rattachait à cette vieille coutume. Sans nier qu'elle ait pu exercer une certaine influence, nous croyons cependant qu'il faut en donner une autre explication. C'est qu'en effet cette exclusion des filles dotées était surtout, à l'origine, propre aux familles nobles et c'était alors une conséquence de la règle qui accordait la préférence aux mâles sur les filles. En retour de cette préférence, et à titre d'indemnité, on leur accordait droit, comme nous l'avons vu, à un mariage avenant. Mais dans la coutume d'Amiens, l'usage se maintint jusque dans les derniers temps, de dispenser tous les enfants du rapport lorsqu'ils venaient à la succession après avoir été tous établis par leurs parents (4). Toutefois, l'esprit d'égalité l'emporta de très bonne heure, dans la plupart des coutumes.

Le système des anciennes communautés ayant à peu près disparu, on ne comprit plus la dot ou la libéralité faite à l'enfant à l'occasion de son établissement qu'à titre d'avancement d'hoirie : on n'excluait plus de la succession à cause de cette donation, mais on donnait seulement à l'enfant une part de ce qui

(1) *Livre de justice et de plet*, liv. XII, tit. 21, § 5.

(2) *Cour des bourgeois*, chap. 170.

(3) *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1612, p. 507.

(4) Voy. Lebrun, *Des successions*, liv. III, chap. 6, sect. 1.

lui revenait dans l'héritage. Désormais tous les enfants, établis ou non, vinrent donc à la succession, mais ceux qui avaient reçu des libéralités entre-vifs étaient tenus de les rapporter (1). On s'était révolté contre le système qui donnait aux parents le droit d'avantager certains enfants. Pierre de Fontaines déclare qu'il est cruel et contre l'humanité de permettre à un père de donner tous ses biens à un de ses enfants ou à un étranger et, pour maintenir l'égalité entre tous, il déclare le rapport obligatoire. La même doctrine paraît se retrouver dans les *Etablissements de Saint Louis* (2). Cependant on y rencontre deux textes qui semblent en contradiction, l'un exigeant le rapport, l'autre permettant d'en dispenser, preuve manifeste de l'incertitude qui a régné quelque temps sur ce point (3). Les coutumiers sont assez précis pour permettre d'affirmer qu'à cette époque il n'aurait pas été permis à un enfant de renoncer à la succession pour s'en tenir à sa libéralité : celle-ci était nécessairement faite à titre d'avancement d'hoirie et par cela même que l'enfant l'avait reçue, il avait aussi à l'avance accepté la succession. Beaumanoir est toutefois d'un avis différent : il permet à un enfant de garder ce qu'il a reçu et de renoncer à la succession. Mais le grand jurisconsulte ne veut pas que le don soit *outrageux*, c'est-à-dire dépasse d'une manière considérable la part qui serait revenue à l'enfant dans la succession. Si le don est exagéré, il sera non pas annulé, mais réduit, d'après l'estimation d'un juge loyal. D'ailleurs Beaumanoir n'admet pas que l'enfant puisse venir à succession avec dispense de rapport. Pour tourner cette rigoureuse prohibition, le père (ou la mère) aurait pu songer à gratifier non pas directement son fils, mais le fils de son fils : Beaumanoir prévoit le danger et décide

(1) D'ailleurs, le rapport n'était dû que par les descendants. Les textes n'ont jamais parlé de cette obligation pour les autres héritiers. Voy. par exemple, *Livre des droiz et des commandemens*, n° 83, I, p. 354.

(2) Pierre de Fontaines, *Conseil*, chap. 34, n° 10, p. 420. — *Établissement de Saint Louis*, liv. I, chap. 136, éd. Viollot, t. II, p. 256.

(3) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 136 et liv. II, chap. 26, éd. Viollot, t. II, p. 256 et 418.

que les dons faits à l'enfant d'un enfant héritier ne doivent pas être tolérés. Il est donc probable qu'il les considère comme nuls (1).

Le *Grand coutumier de Normandie* et la *Très ancienne coutume de Bretagne* consacrent aussi le principe du rapport obligatoire pour les enfants de tout ce qu'ils ont reçu entre-vifs (2). Le premier affirme avec une grande fermeté la nécessité de l'égalité absolue entre tous les enfants.

Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* veulent, au nom de l'égalité, que les enfants coutumiers, même s'ils renoncent, rapportent à la succession sans qu'on puisse les dispenser de cette obligation. Elles imposent le rapport même dans les familles nobles. Nous avons vu que, d'après ces coutumes, le père peut écarter sa fille noble de la succession en lui donnant le tiers de son héritage. Lui donne-t-il moins, ne serait-ce qu'un chapeau de roses, mais si d'ailleurs elle est mariée noblement, elle est encore privée des successions de ses père et mère, aïeul et aïeule, frères et sœurs, « de ce qui est descendu desdites successions de père ou de mère ausdiz frères et sœurs. » Mais le père peut, dans ce cas, réserver par une clause du contrat de mariage le droit pour sa fille de venir à la succession, et, grâce à cette clause, elle hérite sans être tenue de rapporter les meubles qui lui ont été donnés. Toutefois cette réserve du droit de succession ne pourrait pas résulter d'un acte postérieur au mariage. Enfin, la fille noble mariée à un roturier viendrait toujours à la succession, mais à charge de rapport (3).

Le rapport doit être fait en nature, sans distinction entre les meubles et les immeubles, à moins que le donataire n'ait aliéné les biens, auquel cas le rapport a lieu en moins prenant.

(1) Voy. sur ces différents points, Beaumanoir, chap. 14, t. I, p. 224, notamment les n<sup>os</sup> 13 et 15. — Cpr. *Grand Coutumier de France*, liv. I, chap. 40.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 111. — *Ancienne coutume de Bretagne*, art. 530.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n<sup>o</sup> 128, t. IV, p. 203. Ajoutez F, n<sup>o</sup> 804 et suiv., t. II, p. 291; B, n<sup>o</sup> 142, t. I, p. 154; C, n<sup>o</sup> 131, t. I, p. 337; E, n<sup>o</sup> 176, t. I, p. 494; F, n<sup>os</sup> 462 et 463, t. II, p. 178.

Dans ce même cas, on détermine la valeur du bien en se plaçant au moment de la donation et sans rechercher si, au jour du décès, il avait augmenté ou diminué de valeur (1). D'après les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, si le bien donné a augmenté de prix ou diminué de valeur par le fait du donataire, celui-ci garde le bien en toute hypothèse : dans le premier cas, on ne tient pas compte de ses améliorations, dans le second on ne tient pas compte des dégradations, et on estime l'immeuble à la valeur qu'il avait au moment de la donation (2). D'ailleurs, l'héritier tenu au rapport ne restitue jamais les fruits perçus, même depuis l'ouverture de la succession. Enfin, certains biens sont dispensés de rapport, par exemple les livres donnés aux écoliers pour leurs études et probablement, d'une manière plus générale, tout ce qui était nécessaire à l'éducation des enfants.

Lorsque les diverses personnes appelées à la succession, se reconnaissent la qualité d'héritières entre elles, elles se trouvent alors en état d'indivision. Tant qu'elles restent dans cette situation, elles peuvent administrer en commun ou charger l'une d'elles de gérer les biens. Mais tout cohéritier qui fait des dépenses dans l'intérêt commun a droit à indemnité de la part de ses cohéritiers (3).

Les cohéritiers sortent de l'indivision par l'effet du partage. Il va sans dire que celui-ci ne portait pas sur les fiefs qui étaient déclarés indivisibles (4).

Nous avons vu que le principe suivant lequel *le mort saisit le vif*, bien antérieur à l'époque féodale, avait servi d'arme aux légistes pour attaquer les droits que les seigneurs prétendaient percevoir à l'occasion des transmissions héréditaires. Une fois ce principe consacré pour la transmission du dé-

(1) Voy. à cet égard Beaumanoir, chap. 14, n° 13, t. I, p. 230.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 806, t. II, p. 292.

(3) Beaumanoir, chap. 22, t. I, p. 323. On trouvera dans ce chapitre de nombreux détails sur les rapports et obligations entre héritiers et d'une manière plus générale entre compagnons.

(4) Voy. à cet égard *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 26, éd. Viollet, p. 36

funt à l'héritier, on s'efforça de le faire accepter pour le partage entre cohéritiers. La féodalité essaya aussi de résister à ce courant comme elle avait voulu résister aux conséquences de la saisine héréditaire, et ses prétentions furent défendues par quelques jurisconsultes. Ceux-ci soutinrent que le partage était un véritable échange et qu'en conséquence le seigneur pouvait prétendre aux droits dus en pareil cas (1). Mais cette opinion ne tarda pas à être très généralement repoussée et on préféra la doctrine contraire suivant laquelle le partage est une aliénation nécessaire. Bartole en concluait déjà, sur la loi 12, *De conditione furtiva*, qu'aucun droit de mutation n'était dû, non seulement pour les biens héréditaires, mais même s'il s'agissait d'autres choses communes. D'ailleurs, qu'on le remarque bien, jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle, les jurisconsultes reconnaissaient que le partage était translatif de propriété, seulement ils le considéraient, ainsi que nous l'avons dit, comme une aliénation nécessaire. C'est seulement à l'époque de Dumoulin qu'on songea à donner au partage un caractère nouveau et à dire qu'il était déclaratif et non translatif de propriété (2).

Nos anciens coutumiers s'occupent très longuement de la manière de procéder au partage, de la formation des lots et de leur attribution aux différents héritiers. C'est en effet là une question très pratique, mais qui offre peu d'intérêt pour l'étude de l'histoire des institutions. Aussi nous bornerons-nous à renvoyer aux anciens textes. On y verra que les lots étaient tantôt faits par l'ainé, plus souvent par le puiné, par-

(1) Voy. par exemple Borellus, *Summa decisionum*, tit. XXXV, § 51; Faber, *De erroribus*, au titre *De laudimittis, error II, dec. 3*; Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 83.

(2) Voy. en sens divers sur cette question : De Valroger, *Origines et effets de la maxime* : le partage n'est que déclaratif de propriété, dans la *Revue de Félix*, t. XVII, p. 108. — Liégeard, *De l'origine, de l'esprit et des cas d'application de la maxime* : le partage est déclaratif de propriété, Paris, 2<sup>e</sup> éd., 1856. — Aubépin, *De l'influence de Dumoulin sur la législation française*. — Valabrègue, *Étude historique sur l'art. 883 du Code civil*, Paris, 1872, 1 broch. in-8°, extrait de la *Revue pratique*, t. XXXIV, p. 483 et suiv. — Favre, *De l'origine de la maxime* : le partage est déclaratif de propriété, Thèse de doctorat, 1872.

fois aussi par la veuve, à cause de son douaire, mais qu'en général le droit de choisir parmi les lots appartenait d'abord au plus âgé (1). Lorsque le défunt laissait à sa mort un fils et une femme enceinte, Beaumanoir voulait qu'on procédât au partage comme s'il devait y avoir trois enfants; il en donnait pour raison qu'on ne sait pas si la femme en mettra au monde un ou deux. Les parts de ces enfants à naître étaient mises en *sauve-mains* (2).

Les héritiers étaient tenus des dettes du défunt comme ils profitaient de ses créances, à moins qu'il ne s'agit de droits essentiellement attachés à la personne, activement ou passivement (3). C'est une conséquence naturelle de ce que l'héritier remplace le défunt et elle s'imposait encore plus que dans le droit romain, lequel n'appliquait pas d'une manière générale la règle *le mort saisit le vif*. Déjà les *Assises des bourgeois* disaient que l'héritier doit payer toutes les dettes parce qu'il a juré la parenté et reçu les choses du mort (4). La coutume de Normandie contenait une disposition qui, par sa nature même, devait être très ancienne. Elle voulait que les différents héritiers fussent tenus solidairement des dettes du défunt vis-à-vis des créanciers. Entre héritiers, chacun sup-

(1) Voy. notamment Beaumanoir, chap. 11, n° 13 et suiv. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 26, éd. de Gruchy, p. 79. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, éd. Beauteemps-Beaupré, n° 265 et suiv., p. 137. — *Livre de justice et de plet*, p. 150 à 155. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 187 à 190, 422 à 478, t. II, p. 98 et 169; I, n° 220 à 224, t. III, p. 355; I, n° 140 et suiv., t. IV, p. 205; — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 95, 113, 412, 578, 721, 1033.

(2) Voy. à cet égard, Beaumanoir, chap. 20, n° 4, t. I, p. 298 et *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 455, t. II, p. 176.

(3) L'action d'injure se transmettait contre les héritiers du coupable, mais seulement en ce qui concernait le paiement de l'amende, et à la condition que le procès eût été commencé avant la mort du coupable; les héritiers ne devaient pas la réparation appelée amende honorable. — Desmares, *Décisions*, n° 117. — Lorsque le défendeur mourait au cours du procès, le demandeur devait faire assigner les héritiers le plus tôt possible, à l'effet de savoir s'ils voulaient maintenir ou abandonner la prétention de leur auteur; autrement il y aurait eu interruption de l'instance, Desmares, *Décisions*, n° 130. — *Grand Coutumier de France*, liv. III, chap. 5, p. 429. — D'après le *Livre des droiz et des commandemens*, n° 873, l'action d'injure tombe à la mort du demandeur et ne se transmet pas à son héritier s'il meurt avant la litiscontestation.

(4) *Assises des bourgeois*, chap. 165 et 171.

portait exclusivement les dettes héréditaires afférentes à l'espèce de biens qu'il avait recueillis. Ainsi les dettes relatives aux propres restaient à la charge de l'héritier des propres; les dettes relatives aux meubles, concernaient uniquement l'héritier des meubles et acquêts. Mais, qu'on le remarque bien, ce principe était seulement relatif à la répartition des dettes entre héritiers, ou, ainsi que nous disons aujourd'hui, à la contribution aux dettes et c'est précisément parce que ce système aurait été très gênant pour les créanciers, qu'à leur égard et pour le paiement des dettes, on avait déclaré les héritiers tenus solidairement (1). Pothier affirme que ce mode de répartition des dettes entre les héritiers, a été très généralement appliqué dans les coutumes jusqu'au temps de leur rédaction; à cette époque, on adopta un système beaucoup plus simple, consistant à faire contribuer chaque héritier aux dettes vis-à-vis de ses cohéritiers, en proportion, de la part d'actif qu'il prenait dans la succession, sans se préoccuper de la nature et de l'origine des biens qu'il recueillait. Mais quant au paiement des dettes, les coutumes n'avaient pas admis le principe de la solidarité consacré par l'ancienne et la nouvelle coutume de Normandie. Dans le dernier état de notre ancien droit, on décidait que, vis-à-vis des créanciers du défunt, les différents cohéritiers étaient tenus pour des parts égales ou viriles, sans qu'on se préoccupât de la quantité de biens recueillie par chacun d'eux. En d'autres termes, les cohéritiers contribuaient entre eux aux dettes en proportion de ce qu'ils prenaient dans l'actif, mais vis-à-vis des créanciers les dettes se partageaient également entre tous les héritiers. On avait pensé que si les créanciers avaient été obligés d'agir contre les héritiers en proportion de leur part d'actif, les actions de ces créanciers seraient parfois restées fort longtemps en suspens. Il aurait fallu, en effet

(1) Voy. Blanche-Cape, *Explication du douzième titre de la coutume de Normandie*, Caen, 1662, in-8°. — Cauvet, *De l'organisation de la famille, d'après la coutume de Normandie*, p. 110. Extrait de la *Revue de législation et de jurisprudence* de Wolowski, année 1847-1848. — Voy. toutefois Masuer, *Practica forensis*, tit. 31, n° 1; Hévin, sur Frain, t. II, p. 848.

avant tout, déterminer la valeur de la totalité des biens recueillis par chaque héritier et ces évaluations prennent souvent beaucoup de temps. Tel paraît bien aussi avoir été le système de la coutume de Paris pour la dernière partie de notre période : entre eux, les héritiers étaient tenus en proportion de leur part héréditaire ; vis-à-vis des créanciers ils payaient les dettes par parts viriles, à moins qu'il ne s'agit d'une dette hypothécaire, auquel cas l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué pouvait être poursuivi pour le tout, sauf, bien entendu, son recours contre ses cohéritiers (1).

Mais d'autres textes sont moins précis ; ils ne paraissent pas connaître la distinction entre le paiement des dettes et la contribution et ils décident que chacun est tenu en proportion de sa part héréditaire, aussi bien vis-à-vis des créanciers qu'à l'égard des autres héritiers (2). Dans certaines coutumes, l'aîné, malgré la prérogative attachée à cette qualité, ou pour mieux dire à raison même de son privilège, supportait les dettes comme ses cohéritiers et de même que s'il avait pris une part ordinaire ; en d'autres termes, on ne tenait pas compte de son préciput et les dettes se partageaient également entre lui et ses puînés (3). Mais il va sans dire que, dans les coutumes où il était seul héritier, seul aussi il était tenu des dettes.

On sait que dans le très ancien droit les meubles seuls répondaient des dettes, à l'exclusion des immeubles. Cette règle a été aussi observée au commencement de notre période et, dans la suite, sous son influence, certaines coutumes ont décidé que les créanciers devaient se faire payer avant tout sur les meubles et acquêts ; ils n'avaient action sur les autres biens qu'autant que les premiers ne les avaient pas intégralement désintéressés (4).

(1) Desmares, *Décisions*, n<sup>os</sup> 159 et 167. — *Coutumes notoires*, n<sup>os</sup> 18 et 86. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 369.

(2) *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n<sup>os</sup> 206 et suiv., éd. Beaupré, p. 107.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n<sup>o</sup> 177, t. IV, p. 94. — Cpr. Laurière, sur l'art. 334 de la coutume de Paris, t. III, p. 150 et suiv.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n<sup>o</sup> 133, t. I, p. 147 ; C, n<sup>o</sup> 121.

Il nous reste, pour terminer, à présenter quelques observations pour le cas où il s'agit de fiefs possédés par des bourgeois, et pour celui où des biens roturiers sont possédés par des nobles.

Pour régler la succession, on aurait dû, d'après la rigueur des principes, s'en tenir à la nature des biens, et c'est en effet ce que l'on admit dans le second cas : les nobles possesseurs de tenures roturières les partageaient comme biens de roture, c'est-à-dire par portions égales (1). Mais pour le cas inverse d'un fief possédé par un roturier, par exemple par suite d'un achat qu'il aurait fait, on décidait que ce fief se partageait comme s'il avait été un bien de roture entre l'ainé et les puînés, à la première et à la seconde génération, sauf que l'ainé seul faisait la foi au seigneur, et qu'à ce titre il avait « l'avantage selon la grandor de la chose por faire la foi ». Mais à la troisième génération, le bien se partageait noblement, et par exemple, l'ainé en obtenait les deux tiers, tandis que ses puînés en étaient réduits au troisième tiers. Il y avait, dès lors, en même temps aussi anoblissement de la famille. Ce procédé était d'ailleurs très général, et il est probable que d'autres solutions de même nature ont préparé celles que nous venons de donner. Ainsi on relève une solution analogue pour le cas où une femme noble avait épousé un homme coutumier ou vilain (2). De même, d'après la loi des Ripuaires, le descendant de l'affranchi n'acquerrait la pleine ingénuité qu'à la troisième génération (3).

t. I, p. 331; E, n<sup>os</sup> 160 et 161, t. I, p. 182; F, n<sup>o</sup> 533, t. II, p. 202; K, n<sup>o</sup> 177, t. IV, p. 94. — Voy. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 179 et suiv.

(1) Cpr. Laboulaye, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes*, p. 363.

(2) Voy. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 25 et 147, éd. Viollet, t. II, p. 35 et 281. — Pour le cas de succession d'un gentilhomme ayant épousé une roturière, ou d'un roturier ayant épousé une gentillefemme, voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 443 et 444, t. II, p. 171. — *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 425, 928 et 1015. Y joindre les observations de M. Beautemps-Beaupré, t. I, p. 170.

(3) Capit. de 803, cap. 10, Pertz, *Leges*, I, 118. Cpr. Zappell, *Deutsche Rechtsgeschichte*, t. I, p. 155. — Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 169.

§ 19. — DÉROGATIONS AUX SUCCESSIONS *ab intestat*,

## DONATIONS ENTRE-VIFS.

Les donations et les testaments ont toujours pour effet de déroger au droit commun des successions et fort souvent aussi c'est précisément le but que se propose d'atteindre le donateur ou le testateur. Toutefois il existe une différence essentielle entre les libéralités entre-vifs et celles qui ont lieu à cause de mort; les secondes ne nuisent qu'aux héritiers sans atteindre le testateur, tandis que les premières appauvrissent le donateur lui-même. Nous aurons occasion de constater que le législateur de l'époque féodale n'a pas perdu de vue cette différence.

D'ailleurs, à cette époque, les donations entre-vifs ne sont pas soumises, comme aujourd'hui, soit pour le fond, soit pour la forme, à des dispositions particulières et souvent restrictives. Ainsi il n'est pas parlé d'une capacité spéciale qui aurait été nécessaire pour faire ou recevoir une donation. Toute personne franche, majeure et jouissant de ses facultés, pouvait disposer de ses biens (1). Dans l'ancienne coutume de Paris, on avait la faculté de disposer librement de ses biens par donation dès l'âge de quatorze ou de vingt ans, selon qu'on était roturier ou noble. Mais en 1380, à l'occasion de la réformation de la coutume, cette règle fut reconnue dangereuse et il fut décidé qu'à l'avenir la pleine capacité de disposer par donation serait reculée jusqu'à vingt-cinq ans. Toutefois les mineurs émancipés pouvaient donner leurs meubles à partir de l'âge de vingt ans et on sait que le mariage emportait émancipation (2).

De même, certaines incapacités de recevoir s'introduisirent vers la fin de notre période et probablement sous l'influence du droit romain. Ainsi, dans la coutume de Paris, un supérieur ne pouvait pas recevoir de son inférieur, un juge de son jus-

(1) *Coutumes notoires*, n° 143.

(2) Voy. le procès-verbal de rédaction de la coutume, dans Richebourg, t. III, p. 83.

ticiable, un baillistre ou gardien de son pupille (1). Nous verrons que l'interdiction des donations entre époux s'est établie de la même manière. On doit bien probablement aussi faire remonter encore à la même source la prohibition adressée au débiteur insolvable de faire des libéralités en fraude des droits de ses créanciers et certains textes en proposent pour raison qu'en pareil cas le débiteur donnerait ce qui ne lui appartient plus. Cette prohibition adressée au débiteur insolvable paraît être toutefois de date plus ancienne que les précédentes, car elle est relevée de bonne heure par les coutumiers (2). D'autres causes d'incapacité de recevoir sont également de date ancienne et ont pour objet d'empêcher de porter atteinte aux règles des successions *ab intestat* sur la dévolution des biens. Ainsi le père ou la mère ne peut pas donner à son bâtard, lequel est frappé d'une incapacité complète à l'égard de ses parents (3). Les enfants adultérins et incestueux sont également incapables, et on a même soin d'ajouter que cette incapacité ne peut pas être tournée au moyen de libéralités faites à des personnes interposées (4). De même encore nous savons qu'il n'est pas permis de donner sur un fief de manière à entamer la part réservée à l'ainé sur ce bien : ainsi dans les coutumes où l'ainé doit obtenir les deux tiers du fief, il n'est pas possible de donner à un étranger au delà du tiers (5).

D'une manière plus générale, les donations pouvaient porter sur toutes sortes de biens, meubles ou immeubles, fiefs, alleux ou censives, propres ou acquêts, biens corporels ou incorporels. Mais pour les fiefs et les propres, il existait des

(1) Coutume de Paris, art. 276.

(2) Beaumanoir, chap. 54, n° 5, t. II, p. 309. — *Olim*, t. I, p. 159. — *Anciennes constitutions du Châtelet*, § 81, éd. Mortet, p. 86.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 112. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1240, t. II, p. 461. Ce texte ajoute toutefois que les héritiers ne peuvent pas critiquer la libéralité faite au bâtard si celui-ci a été mis en possession.

(4) *Livre des droits et des commandemens*, n° 770.

(5) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 10, éd. Viollet, t. II, p. 19. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 112.

réserves importantes, destinées à assurer le service des fiefs ou la conservation des biens dans les familles, et qui rendaient la plupart de ces biens indisponibles à titre gratuit, surtout à cause de mort.

En cas de donation de la chose d'autrui le donateur ne devait pas garantie, à moins qu'il ne s'y fût formellement obligé ou qu'il n'eût su qu'il donnait la chose d'autrui et que le donataire l'eût ignoré et eût cru qu'il recevait le bien d'une personne ayant le droit d'en disposer (1).

La donation n'était pas non plus soumise à des formes spéciales. On pouvait la faire constater par acte notarié, mais cette forme authentique n'était pas obligatoire et c'est seulement à partir du xvi<sup>e</sup> siècle qu'elle devint d'un usage général (2). Toutefois, suivant le principe ordinaire des contrats, la donation n'était valable que par la transmission de la saisine du donateur au donataire; la simple promesse de donner n'était pas par elle-même obligatoire et ne donnait pas action en justice (3). C'était là un principe très avantageux aux héritiers : si le donateur mourait avant d'avoir exécuté sa promesse, la donation était nulle et les héritiers n'étaient pas obligés de tenir ses engagements (4). Il est possible qu'une opinion contraire ait été proposée; on en trouve peut-être un écho dans Beaumanoir d'après lequel on n'a pas le droit de révoquer les promesses de don; il faut au contraire les exécuter (5). On pourrait croire que Beaumanoir avait en vue seulement l'obligation morale, sans donner action au donataire contre le donateur pour obtenir l'exécution de la promesse.

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1216, t. II, p. 463. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 479.

(2) L'intervention du notaire ne devint absolument obligatoire qu'en vertu de l'ordonnance de 1731, Isambert, t. XXI, p. 343.

(3) Il va sans dire qu'en tant que contrat, la donation aurait pu être annulée pour un vice du consentement, notamment pour erreur, dol, violence. Cpr. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 145.

(4) *Assises de Jérusalem, Abrégé des assises de la haute cour*, § 194; *Livre de Jean d'ibelin*, chap. 144; *Cour des bourgeois*, chap. 214. — Britton, liv. II, chap. 2, 8, 9, éd. Nichols, p. 220, 258, 259.

(5) Beaumanoir, chap. 12, n° 39, t. I, p. 182.

Ce serait toutefois là une erreur et d'autres passages du grand jurisconsulte prouvent très nettement qu'il donnait action en justice au donataire pour contraindre le donateur à exécuter son engagement. Seulement il voulait que les créances à titre gratuit ne fussent payées qu'après les créances à titre onéreux (1). En faisant ainsi produire effet à la donation par simple promesse et sans tradition, Beaumanoir était encore une fois, a-t-on dit, en avance sur son temps comme tous les hommes de génie. Peut-être s'était-il tout simplement inspiré du droit romain; ce fait est plus fréquent de sa part qu'on ne le croit généralement; toutefois, à la différence des autres jurisconsultes, au lieu de montrer qu'il se sert du droit romain, il a soin de le cacher avec art. Dans tous les cas il est certain que cette doctrine consistant à reconnaître effet obligatoire à la seule promesse de donner a été partout rejetée.

On s'est même montré particulièrement rigoureux en matière de donation. Pour les autres contrats, la prestation d'un objet accessoire suffisait. Sous la période franque, on simulait que le contrat était à titre onéreux dans tous les cas où le donateur ne voulait pas se dépouiller actuellement et irrévocablement, et il se faisait livrer par le donataire un objet de peu d'importance, de manière à rendre le contrat parfait par cette tradition. Mais au moyen âge, sans aucun doute en haine des donations et pour assurer la conservation des biens dans les familles, on exigea comme condition de validité de ces libéralités, que le donateur transférât tout de suite la propriété au donataire; la donation fut un contrat essentiellement réel, soumis au transport de la propriété et à la remise du bien donné entre les mains du donataire. Les coutumes de Champagne, rédigées en 1224 par l'ordre de Thibaut, exigent dans leur art. 44, non seulement que l'homme ou la femme qui donne à un autre une maison ou autre héritage, « s'en devestent par justice et l'en revestent par justice, »

(1) Beaumanoir, chap. 70, n° 9, t. II, p. 501. — Cpr. la *Très ancienne coutume de Bretagne*, art. 319. Voy. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 42.

mais encore « qu'ils li quittent et li donnent quanques ils i ont et toutes voies li devesteres retient et en demeure saisis, sans ce qu'il en paie loier, ne nulle redevance à celui à qui aura fait li don, li don ne vaudra rien contre loir dou mort, pourceque par droit commun et par coutume de Champagne, donner et retenirs ne vaut riens ». Ainsi apparaît la formule encore aujourd'hui acceptée par la doctrine et la jurisprudence « *Donner et retenir ne vaut*, » et que consacre également sans la reproduire notre Code civil, dans les art. 894, 943 et suiv. Mais au moyen âge, cette formule à un sens différent de celui qu'on lui donne aujourd'hui : elle signifie que le dessaisissement du donateur doit être immédiat et résulter d'une tradition réelle. Cette condition de la validité de toute donation est répétée par un grand nombre d'autres textes (1). Elle a pour objet d'empêcher les donations irréfléchies et par cela même aussi de favoriser les héritiers. Plus tard, pendant la période suivante, on se montra moins rigoureux sous ce rapport et, suivant le droit commun, la tradition feinte ou clause de dessaisine-saisine sera déclarée suffisante.

Mais en même temps qu'on se relâchait sous ce rapport, on devenait plus rigoureux au point de vue de l'irrévocabilité ; on exigeait que le donateur ne pût, par aucune clause insérée au contrat de donation, se réserver le moyen de revenir sur sa libéralité et de reprendre son bien. C'est pour exprimer cette nouvelle restriction apportée à la liberté de donner qu'on continua à dire « *donner et retenir ne vaut* ». Cette maxime a donc changé de sens. Au moyen âge, elle se rapportait à la formation du contrat et dans les temps modernes, sous la période suivante, elle eut pour objet de retirer au donateur le moyen

(1) *Livre des assises de la cour des bourgeois*, chap. 214; Jean d'Íbelin, chap. 144; *Clef des assises de la haute cour*, n° 194. — Glanville, lib. VII, cap. 1. — *Regiam majestatem*, lib. II, cap. 18, nos 3 à 6. — Bracton, fol. 39 et 40. — Britton, liv. II, chap. 9, nos 1 et 3, éd. Nichols, t. I, p. 258 et 259. — *Coutumes notoires*, n° 143. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 45. — Cpr. coutume de Paris, art. 273 et suiv. — Voy. aussi *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n° 91, p. 57.

de révoquer sa libéralité. D'ailleurs aux deux époques on s'est proposé le même but par des moyens différents : empêcher le donateur de faire des libéralités irréfléchies et d'en abuser aux dépens de ses héritiers ; on se dépouille moins volontiers lorsqu'on sait qu'on a aucun moyen de reprendre le bien donné (1).

En résumé, après la rédaction des coutumes, la formation du contrat de donation ne fut soumise à aucune règle particulièrement rigoureuse et rien ne s'opposait à ce qu'on recourût à la tradition feinte. Mais il était interdit au donateur de se réserver un moyen quelconque de revenir sur sa libéralité ; c'est en ce sens que les donations étaient irrévocables comme aujourd'hui encore sous l'empire du Code civil. Au moyen âge au contraire on était rigoureux pour le transport de la propriété, mais rien ne s'opposait à ce que le donateur se réservât le moyen de revenir sur sa libéralité. La règle *« donner et retenir ne vaut »* a ainsi présenté deux sens successifs qu'il est essentiel de ne pas confondre (2).

L'irrévocabilité de la donation quant au fond du droit n'offrant aucune particularité au moyen âge, le donateur pouvait revenir sur sa libéralité s'il s'était réservé ce droit, et il paraît même qu'en fait lui ou ses héritiers en usaient même dans le cas contraire et de la façon la plus arbitraire. A vrai dire, les donations n'assuraient aucune garantie spéciale aux donataires. Les nombreux actes de confirmation qu'on avait soin de demander en sont la meilleure preuve. Il fallait souvent payer fort cher ces confirmations du seigneur, des enfants, de la femme, des parents, etc., mais on ne reculait

(1) D'ailleurs, jusqu'à l'ordonnance de 1731 qui trancha les controverses, on fut loin de s'entendre sur les conséquences de cette irrévocabilité des donations.

(2) Il résulte aussi de ce qui précède que si au moyen âge le simple échange des consentements n'était pas obligatoire pour le donateur et au profit du donataire (sauf l'opinion contraire de Beaumanoir), il en fut autrement après la rédaction officielle des coutumes. La simple promesse de donner fit naître une action au profit du donataire devenu créancier du donateur. L'influence du droit romain favorisa cette innovation. Voy., par exemple, Le Caron, sur les art. 272 et suiv. de la coutume de Paris.

pas devant ce sacrifice pour obtenir quelque sécurité (1).

A la fin de notre période, peut-être sous l'influence du droit romain, l'irrévocabilité de la donation commença à être affirmée avec une certaine rigueur; c'est ce que fait notamment *Le livre des droitz et des commandemens* (2). Bien certainement sous l'action du droit romain, après avoir proclamé le principe de l'irrévocabilité, on y admettait trois dérogations, encore aujourd'hui consacrées par le Code civil. Toute donation pouvait être révoquée : pour cause d'inexécution des conditions ou charges par le donataire; pour survenance d'enfant au donateur qui n'en avait pas au moment de la libéralité; enfin en cas d'ingratitude du donataire, et par exemple s'il avait refusé des aliments au donateur tombé dans la misère, s'il avait attenté à sa vie, etc. Toutefois la révocation pour cause de survenance d'enfant ne pouvait être demandée que par ces enfants ou en leur nom, et celle qui était fondée sur l'ingratitude ne donnait naissance qu'à une action attachée à la personne du donateur; en d'autres termes, cette action ne se transmettait pas aux héritiers et de plus, pour pouvoir l'intenter, le donateur devait se pourvoir de lettres royaux (3). Mais il va sans dire que le donateur pouvait demander la nullité de la donation pour les causes qui permettaient d'obtenir la nullité des autres contrats, par exemple, pour violence ou dol (4).

(1) Voy., par exemple, Orderic Vidal, collection Guyot, t. II, p. 32, 378, 390, 395, 411, 423, 432, 435, 438, 462. — Cf. Albert Desjardins, *Recherches sur l'origine de la règle: Donner et retenir ne vaut*, n° 20, p. 57.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 479. Cependant l'auteur de ce coutumier ne connaît pas encore l'irrévocabilité des donations avec le second sens rigoureux de la maxime *donner et retenir ne vaut*, car il admet la validité de la libéralité par laquelle le donateur promet une chose à prendre dans sa succession et il ajoute que, dans ce cas, le donateur conserve la libre disposition de la chose pendant sa vie. Mais il déclare qu'il est inutile de confirmer cette libéralité par testament. On remarquera qu'en outre, dans ce texte, il s'agit d'une simple promesse de donner et qu'ainsi la libéralité est en contradiction avec les deux sens successifs de la règle *donner et retenir ne vaut*. Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 982, t. II, p. 302.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1249, t. II, p. 463. — *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 135, 197, 479, 889.

(4) Beaumanoir, chap. 34, n°s 30 et 31, t. II, p. 17.

Le principe du transport de la propriété, comme condition de la validité de la donation, devait apporter une certaine gêne à l'adjonction des modalités telles que le terme ou la condition. Cependant plusieurs textes nous montrent qu'une donation pouvait être faite sous condition résolutoire. Lorsqu'une donation avait lieu *sub causa* au profit d'un enfant placé en puissance de parents, on considérait la libéralité comme s'adressant à l'enfant lui-même, mais si la cause venait à disparaître, elle profitait aux parents. Au contraire, la donation faite sans cause à un enfant en puissance était toujours directement acquise aux parents (1).

Dans les pays de droit écrit, les donations ne présentaient aucune particularité remarquable. Assez souvent on suivait le système consacré par la loi romaine des Visigoths. C'est ce qui avait lieu notamment à Toulouse. Ainsi la donation devait être rédigée par écrit, signée du donateur et du donataire et l'acte contenait la désignation précise de la chose ; si le donateur ne savait pas signer, cette formalité était remplie en son lieu et place par un tiers en présence de témoins. L'acte était ensuite transcrit sur les registres du tribunal ou sur ceux de la municipalité. Mais en outre il fallait la tradition réelle de la chose, comme dans les pays de coutume. De même encore, le donateur pouvait revenir sur sa libéralité s'il s'était réservé ce droit. La coutume de Toulouse ne déclare absolument irrévocable que la donation faite par un père à son fils pour cause de mariage (2). A Montpellier, on n'exigeait pas, comme à Toulouse, la rédaction d'un écrit pour la validité de la donation ; l'influence du droit romain s'était effacée même à ce point de vue (3).

#### § 20. — DONATIONS A CAUSE DE MORT.

La donation à cause de mort était en droit romain une li-

(1) Desmares, *Décisions*, nos 248, 371, 372.

(2) Ancienne coutume de Toulouse, art. 186 et 187. Cpr. *Lex romana Wisigothorum*, III, 5, 1 ; VIII, 5, 1.

(3) Ancienne coutume de Montpellier, art. 74. Cpr. Tardif, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 70.

béralité intermédiaire entre la donation entre-vifs et le legs. En dernier lieu Justinien avait assimilé sous certains rapports les donations à cause de mort, les legs et les fidéicommiss à titre particulier. A l'époque franque, on pratiquait aussi des espèces de donations à cause de mort, mais bien différentes de celles du droit romain. Il semble que ces libéralités mentionnées par les formules soient peu à peu tombées dans l'oubli, car dans les coutumiers les plus anciens il n'est plus parlé des donations à cause de mort, ni dans le sens du droit franc, ni dans celui du droit romain. C'est seulement dans les auteurs les plus récents de notre période que les donations à cause de mort reparaissent par l'infiltration manifeste du droit romain. Ainsi les coutumiers nous disent souvent qu'il existe deux sortes de donations à cause de mort, les unes par testament, les autres par contrat. Il est certain que cette distinction a été établie par suite de l'assimilation que Justinien avait faite des donations à cause de mort aux legs (1). Mais d'autres textes ont soin d'éviter cette confusion même partielle entre le legs et la donation à cause de mort, et ils distinguent très nettement ces deux sortes de libéralités, le legs contenu dans un testament et la donation à cause de mort qui prend la forme d'un acte entre-vifs (2).

La donation à cause de mort se fait comme la donation entre-vifs par tradition, mais elle ne suppose pas le dessaisissement irrévocable du donateur et elle se rapproche sous ce rapport au contraire du legs en ce qu'elle est essentiellement révocable *ad nutum*. En outre, toute donation à cause de mort est nécessairement soumise à des causes de révocation qui lui sont propres. Parfois elle est faite en vue d'un danger déterminé, par exemple d'une guerre à laquelle le donateur va prendre part, ou d'un voyage sur mer qu'il est sur le point d'entreprendre et dans ces cas si le donateur

(1) Voy. par exemple, sur cette distinction, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 269, t. III, p. 396. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 55, p. 559 et 566.

(2) Voy. par exemple, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1252, t. II, p. 465.

échappe au danger, la libéralité se trouve par cela même révoquée. D'autres fois la donation a lieu en vue de la mort plus ou moins prochaine du donateur, et sans que celui-ci soit soumis à aucun péril; la cause de révocation précédente disparaît alors tout naturellement. Mais il existe toutefois une autre cause de révocation commune à toutes les donations à cause de mort, qu'elles soient faites ou non en vue d'un danger : c'est le prédécès du donataire. Enfin il ne faut pas oublier que toute donation à cause de mort, comme disent les anciens textes, tombe par le repentir du donateur, c'est-à-dire est essentiellement révocable par sa seule volonté (1). On aura reconnu à ces caractères la donation à cause de mort telle qu'elle était organisée par le droit romain (2).

#### § 21. — DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

On a beaucoup discuté sur l'origine et le développement de la prohibition des donations entre époux dans notre ancien droit coutumier. Les auteurs sont généralement d'accord pour l'attribuer à l'influence du droit romain. Tel est aussi notre avis. Mais cependant ce motif n'explique pas tout. Ainsi un certain nombre de coutumes, parfois très anciennes, défendent seulement à la femme de donner à son mari, mais ne s'opposent pas à ce que le mari donne à sa femme (3). En droit romain, au contraire, la prohibition, dans la mesure où elle existe et sous la forme qu'elle prend, concerne aussi bien le mari que la femme.

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 235 et 236, t. I, p. 531; F, n<sup>os</sup> 1251 à 1254, t. II, p. 465. — La donation à cause de mort ressemblait encore au legs en ce qu'à la différence de la donation entre-vifs, elle était permise entre époux. Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 116.

(2) Voy. pour le droit romain, mon *Étude sur les donations à cause de mort*, Paris, 1871, 1 vol. in-8.

(3) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 118, éd. Viollot, t. II, p. 212. — Coutume de Bar, art. 26 et 31, dans Richebourg, t. II, p. 1017. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 765, t. II, p. 277. Cpr. B, n<sup>o</sup> 122, t. I, p. 139; C, n<sup>o</sup> 114, t. I, p. 323; E, n<sup>o</sup> 227, t. I, p. 528; I, n<sup>o</sup> 260, t. III, p. 390. Mais entre concubins, les donations étaient complètement interdites par les mêmes coutumes : E, n<sup>o</sup> 239, t. I, p. 532; F, n<sup>o</sup> 1245, t. II, p. 462; I, n<sup>o</sup> 271, t. III, p. 397. — Coutumes de Lorraine, publiées par Bonvalot, p. 45. — Cpr. *Miroir de Saxe*, I, liv. I, art. 31, § 2.

Il est certain que les lois barbares ne parlent pas de la prohibition des donations entre époux et que plusieurs formules tout au contraire, nous donnent des exemples de ces libéralités qui étaient manifestement permises à l'époque franque (1). Mais il est essentiel d'observer que ces formules s'occupent presque toujours de donations mutuelles et réciproques entre mari et femme et au profit du survivant des époux, très rarement de donations du mari à la femme et jamais de donations unilatérales de la femme au mari. Il paraît donc bien que déjà à l'époque franque, ces dernières libéralités n'étaient pas permises. Comment expliquer cette prohibition? La question est assez délicate. Dans les anciennes législations germaniques où le *mundium* avait pour effet d'absorber la personne de la femme dans celle du mari, les libéralités entre époux étaient, à vrai dire, impossibles et ce système a existé pendant de nombreux siècles en Angleterre. Le mari et la femme étaient considérés comme ne formant qu'une seule personne; si le mari avait donné à sa femme, en réalité, il se serait fait une libéralité à lui-même et, d'un autre côté, la femme ne pouvait pas donner à son mari puisqu'elle n'avait pas d'existence propre. En France on n'admit jamais cette suppression de la personnalité de la femme. Aussi le mari pouvait-il donner à son épouse et les donations mutuelles étaient également permises de manière à profiter au survivant. Mais il est fort probable que déjà à l'époque franque et indépendamment de toute influence romaine, on défendait à la femme de donner à son mari, dans la crainte que celui-ci n'abusât de son autorité pour se faire attribuer des libéralités plus ou moins forcées. C'est le motif que donnent encore les *Établissements de Saint Louis* et les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, en constatant cette prohibition (2). Mais les abus d'autorité n'étaient pas à craindre en

(1) Formule de Tours, 17, Zeumer, p. 144. — Formules saliques de Merkel, 16, Zeumer, p. 247. — Formules de Lindenbrog, 13, Zeumer, p. 275. — Formules visigothiques, n° 23, p. 586.

(2) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 118, éd. Viollet, t. II, p. 212. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 260, t. II, p. 276.

cas de donation réciproque ni avant le mariage, ni par testament toujours révocable; aussi la femme pouvait-elle, même dans les coutumes qui lui défendaient de faire des donations entre-vifs à son mari, le gratifier de donations à cause de mort, de legs ou de donations anténuptiales (1).

Il n'en est pas moins vrai qu'il faut reconnaître sur ce dernier point l'influence romaine. Mais cette influence n'était pas générale et dans d'autres pays de coutume, ainsi que dans les pays de droit écrit, les donations entre époux étaient permises sans restriction particulière. On avait perdu depuis longtemps la notion de la suppression de la personnalité de la femme et les rigueurs du droit romain avaient paru injustes. Ainsi Beaumanoir ne dit nulle part que les libéralités entre-vifs aient été interdites entre mari et femme et dans son chapitre 77, consacré aux dons outrageux, il n'aurait pas manqué de mentionner cette prohibition si elle avait existé. La même observation s'applique à Pierre de Fontaines et à l'auteur du *Livre de justice et de plet* (2); c'est en vain qu'on chercherait dans leurs ouvrages une mention de la défense des donations entre époux. Dans les pays du Midi, où la prohibition du droit romain aurait dû se maintenir, les coutumes de certaines villes sont au contraire formelles pour permettre les donations entre mari et femme, à la seule condition qu'elles ne soient pas exagérées. Quelques-unes cependant défendent à la femme de donner à son mari si le mariage est resté stérile; mais la prohibition disparaît dans le cas contraire, probablement parce que l'amour maternel est considéré comme suffisant pour empêcher les entraînements irréfléchis en faveur du mari (3).

(1) Voy. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 118, éd. Viollet, t. II, p. 212.

(2) Beaumanoir et de Fontaines disent positivement que le mari peut laisser à sa femme et la femme à son mari, et comme ces deux textes se trouvent au milieu des dispositions à cause de mort et des testaments, il est bien certain qu'il s'agit là de libéralités testamentaires. Mais il n'est pas permis d'en conclure *a contrario* que les donations entre-vifs aient été interdites. Cpr. de Fontaines, *Consell*, chap. XXXII, n° 14; Beaumanoir, chap. 12, n° 4, t. I, p. 181.

(3) Voy. coutume de Montpellier, art. 54; Carcassonne, art. 54; coutume de

Dans la suite, pendant la dernière partie de notre période, la législation change complètement : les donations entre époux sont purement et simplement interdites dans les pays de coutume comme dans ceux de droit écrit. La loi romaine l'emporte définitivement et la prohibition est même appliquée plus brutalement qu'à l'époque des jurisconsultes de Rome. Presque toutes les coutumes seront désormais unanimes pour défendre les donations entre époux (1). Mais elles présenteront de grandes divergences dans les détails et sur l'étendue d'application de cette défense. Ainsi la plupart des coutumes prononçaient purement et simplement la nullité des donations entre époux; d'autres voulaient qu'elles devinssent valables si elles étaient ratifiées à la mort; d'autres encore faisaient dépendre la prohibition de l'existence d'enfants du mariage. Le plus souvent la prohibition portait seulement sur la donation unilatérale entre-vifs que l'un des époux aurait faite à l'autre; on permettait ainsi les dons mutuels entre-vifs, les donations à cause de mort, les legs, les libéralités entre futurs époux. Mais certaines coutumes apportaient des restrictions même à ces libéralités ou les défendaient parfois purement ou simplement.

Le don mutuel était moins grave qu'une donation ordinaire : l'un des époux ne donnait à l'autre qu'à la condition de réciprocité, ce qui attribuait à l'acte, dans une certaine mesure, le caractère d'un contrat à titre onéreux. D'après les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, le don mutuel est valable et irrévocable, même si l'un des époux est riche et

Soule, XXIV, 3; de Labourd, IX, 3; de Bergerac, art. 129. Cf. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, 2<sup>e</sup> éd., p. 391. — Les *Assises de Jérusalem* se plaçant à un point de vue opposé et craignant plutôt l'influence de la femme sur le mari, défendent au mari de donner à sa femme pendant le mariage : *Cour des bourgeois*, chap. 173. C'est d'ailleurs là une particularité sans importance sur les développements historiques de notre question.

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 760 et suiv., t. II, p. 276. — *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 116. Cpr. n<sup>o</sup> 559. — Coutume de Lorris, n<sup>o</sup> 259, éd. Tardif, p. 48. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1030. Cpr. p. 976 et 977. — Coutume de Paris de 1510, article 156, et de 1580, art. 282. — Cpr. Cauvet, *De l'organisation de la famille d'après la coutume de Normandie*, p. 16 et 17.

l'autre pauvre. Cette libéralité a pour effet d'attribuer au survivant des deux époux les biens compris dans la donation. Ainsi dans le Maine et l'Anjou le survivant peut obtenir le tiers des héritages et la totalité des meubles et acquêts ; dans l'Anjou, s'il s'agit de roturiers, la moitié des héritages au lieu du tiers (1).

Les textes de notre période prouvent qu'à l'origine le don mutuel pouvait être fait aussi bien en propriété qu'en usufruit. Ils ne le subordonnent pas non plus à l'absence d'enfants et ne montrent pas pour la réciprocité une bien grande rigueur puisque l'un des époux pouvait être riche et l'autre pauvre ; enfin le don mutuel portait sur toutes espèces de biens, d'ailleurs dans la limite où il était permis de disposer à titre gratuit d'après la coutume (2).

Mais bientôt, à mesure que la prohibition des donations entre époux devint plus étroite, on s'attacha aussi à restreindre le don mutuel ; la plupart des coutumes le soumirent à des conditions. Toutefois elles présentèrent au début, comme le reconnaît Bouteiller, une grande diversité en cette matière. Ainsi dans la coutume de Paris, alors que le *Grand coutumier* permettait le don mutuel sur toutes sortes de biens, Desmares nous apprend déjà qu'il doit être restreint aux meubles et conquêts (3). Autrefois le don mutuel pouvait être fait en pleine propriété ; dans la rédaction officielle de la coutume de Paris, il se réduisit nécessairement à un usufruit au profit du survivant, lequel devait fournir caution à l'effet d'assurer la restitution des biens après sa mort (4). Aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles, le don mutuel était permis, qu'il y eût ou non des enfants du mariage et c'était aussi le système consacré par le projet de la première rédaction de la coutume de Paris. Mais après dis-

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 761 et 762, t. II, p. 276.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 760 et suiv., t. II, p. 276. — *Coutumes notoires du Châtelet*, n<sup>o</sup> 58. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 235. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 321.

(3) Cpr. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32 et Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 35.

(4) Coutume de Paris, de 1510, art. 155, et de 1580, art. 280. Voy. aussi, coutume de Lorris, art. 229, éd. Tardif, p. 48.

cussion il fut décidé que dans cette coutume la validité du don mutuel serait subordonnée à l'absence d'enfants (1). Enfin, en dernier lieu et au XVI<sup>e</sup> siècle, les donations mutuelles furent assimilées aux donations à cause de mort; elles continuèrent cependant à être irrévocables, mais elles ne saisissaient pas le donataire, lequel devait demander délivrance comme un légataire (2).

Les donations à cause de mort étaient permises entre époux de même que les legs par testament. Cela résulte des nombreux textes qui établissent la prohibition seulement pour les donations entre-vifs (3). Les coutumes du Poitou et de l'Angoumois sont même formelles pour autoriser les donations à cause de mort entre époux, et, lorsqu'un mari faisait une libéralité à sa femme ou une femme à son mari, on présumait qu'elle était à cause de mort. Mais on admettait d'ailleurs aussi qu'elle était essentiellement révocable (4). Lorsqu'une coutume voulait interdire les libéralités testamentaires entre époux, elle avait soin de le faire en termes formels, et ce cas était très rare.

A la différence des donations entre époux, celles qui avaient lieu entre futurs époux étaient permises, sans aucune condition de mutualité et soumises au droit commun quant à la forme et aux effets. Tel était du moins le système de la cou-

(1) Voy. coutume de Paris de 1510, art. 155, et le procès-verbal de la discussion, dans Richebourg, t. III, p. 4. Un passage du *Grand Coutumier*, liv. II, chap. 32, éd. Dareste, p. 331, semble indiquer que déjà au XIV<sup>e</sup> siècle la validité du don mutuel était subordonnée à la condition qu'il ne fût pas né d'enfants du mariage. Mais la discussion de la rédaction de la coutume officielle prouve bien manifestement que ce passage a été ajouté après la rédaction; aussi n'existe-t-il pas dans tous les manuscrits.

(2) Loisel, *Institutes coutumières*, liv. I, tit. 2, règle 129. Toutefois, les dons mutuels pouvaient être révoqués par consentement mutuel, mais à raison même du caractère réciproque de ces libéralités, on n'admettait pas que la volonté d'un seul pût les faire tomber. Cpr. coutume de Paris, art. 284.

(3) Voy. par exemple, coutume de Lorrain, art. 229, éd. Tardif, p. 48. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 924.

(4) Voy. coutume du Poitou, art. 209 et 213; Boucheul, *Commentaire sur la coutume du Poitou*, t. I, p. 559, n° 26; coutume de La Rochelle, art. 149; coutume d'Angoumois, art. 52; Vigier, *Coutumes du pays et duché d'Angoumois*, p. 241.

tume de Paris et il formait dans les autres pays aussi la règle générale à raison de la faveur due au mariage (1).

Dans les pays de droit écrit, le futur ou ses parents assuraient habituellement à la femme, en retour de la dot promise ou reçue, une donation en vue du mariage et pour le cas où elle survivrait à son mari, connue sous le nom romain de donation *propter nuptias* et qu'on appelait aussi parfois, sous l'influence des coutumes, *agentiamentum*, *augmentum dotis*, *osculum*, *sponsalitiun*, *dotalitiun* (2). Mais d'après les coutumes de Montpellier et de Carcassonne et par dérogation expresse au droit romain, cette donation *propter nuptias* n'était pas nécessairement d'une valeur égale à celle de la dot, et son chiffre était fixé d'après la libre convention des contractants (3).

Il ne faut pas oublier non plus qu'il existait au profit de la femme un douaire, que la communauté se partageait entre époux, que la veuve avait, après la mort de son mari, dans les pays de droit écrit comme dans ceux de coutume, divers privilèges consistant dans le droit d'être entretenue et logée pendant un certain temps, aux frais de la succession du mari. Ces avantages atténuaient singulièrement les effets de la prohibition des donations entre époux; mais on doit se rappeler aussi que le plus souvent il n'existait pas à cette époque de succession entre mari et femme et qu'à défaut de parents et de testament, la succession du conjoint prédécédé allait au seigneur ou au roi. Un seul texte, en parlant de la succession entre époux, appelle la femme à la succession de son mari, même par préférence à toutes autres personnes: c'est un passage de la *Cour des bourgeois des Assises de Jérusalem* (4). Mais ce texte s'explique par l'état social particulier du pays pour lequel il a été rédigé: la femme ayant partagé les dangers et les

(1) Desmares, *Décisions*, n° 157. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 32, p. 321.

(2) Voy. Du Cange, v° *Agentiamentum*.

(3) Coutume de Montpellier, art. 95. — Tardif, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, p. 84.

(4) *Assises de Jérusalem*, Cour des bourgeois, chap. 185: « Nuls home n'est si dreit heir au mort come est sa feme (et légitime) espouze. »

périls courus par son mari en partant avec lui pour la croisade et la Terre Sainte, on voulait aussi qu'à la mort du mari elle eût tous ses biens par préférence à tous autres parents. Toutefois cette particularité n'étant relevée que par la Cour des bourgeois, il est fort douteux que le même privilège ait appartenu aux femmes nobles.

Il n'est pas sans intérêt de relever, en terminant, le droit propre à la coutume de Normandie. Dans celle-ci, les libéralités entre époux étaient interdites avec une rigueur particulière; il leur était défendu de passer ensemble même des contrats à titre onéreux. Certains auteurs expliquent cette particularité en disant que c'était un moyen d'empêcher les libéralités indirectes (1). Mais nous voyons là plutôt une influence anglaise. Nous avons établi ailleurs qu'en Angleterre et jusqu'à une époque très rapprochée de la nôtre, la personne du mari absorbait celle de la femme. Cette confusion rendait tout contrat impossible entre époux, à titre gratuit ou onéreux. Le même système se retrouve en Normandie et c'est ce qui nous a aussi permis d'expliquer comment ce pays de coutume n'a jamais connu le régime de communauté et a consacré en fait une sorte d'inaliénabilité de la dot.

Quant aux libéralités entre futurs époux, elles n'étaient permises au mari dans le dernier état du droit qu'avec de très importantes restrictions. Il ne pouvait donner à sa fiancée aucun immeuble, et quant aux meubles, il n'avait le droit d'en disposer au profit de sa future, que dans une certaine mesure fixée d'après la valeur de ses immeubles. La fiancée, au contraire, abandonnait de droit commun et par le seul fait du mariage, ses meubles à son mari et elle avait le droit de lui attribuer en outre le tiers de ses immeubles présents et à venir; cette dernière libéralité s'appelait *don mobil*, terme qui, suivant certains auteurs, est une preuve manifeste de sa haute antiquité (2).

(1) Voy. par exemple Cauvet, *De l'organisation de la famille d'après la coutume de Normandie*, p. 17.

(2) Coutume de Normandie, art. 429; — Cauvet, *op. cit.*, p. 16 et 17.

## § 22. — LE TESTAMENT.

Le testament s'était introduit parmi les Barbares sous l'influence de l'Église. Aussi était-ce au moyen âge un acte connu et pratiqué depuis plusieurs siècles. L'Église continuait à en retirer des avantages et des richesses considérables. Toute personne devait à l'heure de la mort se confesser et faire des legs pieux pour le salut de son âme. Celui-là était un *déconfès* ou un *intestat* qui mourait sans avoir rempli ces deux devoirs : le seigneur ecclésiastique ou même laïque s'emparait de ses biens et jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle, on lui refusait la sépulture religieuse (1). A vrai dire, l'Église profitait seule des testaments, et les legs faits à d'autres personnes étaient, du moins pendant les premiers siècles du moyen âge, à peu près inconnus ou même interdits. Aussi le testament était-il un acte autant religieux que civil et les juridictions d'Église prétendirent connaître des difficultés que soulevaient ces dispositions ; l'Église en arriva même, dès le xii<sup>e</sup> siècle, à régler les formes des testaments.

Elles avaient été auparavant déterminées par les lois barbares ou par les coutumes non écrites qui s'étaient presque toujours inspirées du droit romain. Cette influence romaine est manifeste dans les testaments de l'époque mérovingienne où l'on retrouve les formules solennelles mentionnées par les jurisconsultes de l'époque classique, bien qu'elles aient perdu tout sens sérieux. C'est là une nouvelle preuve de l'attachement des praticiens pour les anciennes formules, même lorsque les institutions auxquelles elles se réfèrent ont complètement disparu. Ainsi dans un testament de 690 on retrouve la formule suivante : « *Ita do, ita lego, ita testor, (ita, vos mihi, Quirites, testi) munium testanti citeri citerque proximi proximæque tribuitote, pristote atque habetote* (2). » De même et par tradition du droit romain, on exigeait la pré-

(1) Voy. à cet égard Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 129 et 130.

(2) Voy. Tardif, *Monuments historiques*, n° 26, p. 22.

sence de cinq ou de sept témoins. Ce nombre est consacré par la loi des Burgondes. Celle-ci nous apprend en outre que déjà, à cette époque, certaines personnes trouvaient ce nombre de témoins trop élevé. On demandait qu'il fût réduit à deux ou trois en s'appuyant sur cette parole de Jésus-Christ : « *In ore duorum vel trium testium stet omne verbum* (1). » La loi des Burgondes resta néanmoins fidèle au principe du droit romain qui exigeait la présence de sept témoins (2), et c'est ce que rapporte encore le *Brachylogus* en s'occupant du testament. Il nous dit qu'il existe deux sortes de testaments, l'un écrit, l'autre verbal ou nuncupatif; mais, dans les deux cas, il exige la présence de sept témoins. En outre, il veut que dans le testament écrit le nom de l'héritier soit tracé de la main propre du testateur ou d'un tabellion, et que l'acte soit signé des témoins (3). Cependant le *Petri exceptiones* paraît déjà accepter la doctrine chrétienne. Celle-ci triompha définitivement en l'année 1171 (1172), en vertu d'une décrétale du pape Alexandre III qui autorisa les curés et les vicaires à recevoir les testaments en présence de deux ou trois témoins. Par cette décrétale, le pape rappelait le système des lois humaines, c'est-à-dire du droit romain, qui ne reconnaissait pas la validité des testaments souscrits par un nombre de témoins inférieur à sept ou cinq, et il le condamnait au nom des lois divines. Cette disposition très favorable à l'Église, qu'il était difficile d'oublier dans un acte reçu par un de ses ministres, fut adoptée par les pays de coutume et passa même plus tard dans l'art. 89 de la coutume de Paris.

On remarquera que la décrétale d'Alexandre III contenait une seconde innovation : elle permettait aux curés de recevoir des testaments, sans d'ailleurs exclure le ministère des notaires. On pouvait donc indifféremment s'adresser aux uns ou aux autres. Enfin, comme l'écriture était peu répandue,

(1) Saint Mathieu, XVIII, 16; Saint Jean, VIII, 17; Saint Paul, *Épître aux Corinthiens*, II, 13, 1.

(2) Loi des Burgondes, XLIII, 1.

(3) *Omnium quæ testium, signaculis uno vel diversis annulis, signari necesse est*. Voy. sur tous ces points *Brachylogus*, lib. II, tit. 19, éd. Bocking, p. 59.

l'Église permettait même, sous certaines conditions, les testaments purement verbaux ou nuncupatifs, pourvu qu'ils fussent passés, comme les testaments écrits, en présence de deux ou trois témoins. Tel était le système général quant à la forme des testaments dans les pays de coutume (1).

Dans les pays de droit écrit, la décrétale du pape Alexandre III rencontra une assez vive résistance, et elle ne fut admise que par exception. On exigeait en général la présence d'un notaire et celle de sept témoins. En outre, le testament était à la fois nuncupatif et écrit; nuncupatif, en ce sens qu'il était dicté par le testateur et ensuite écrit par notaire (2). La coutume de Montpellier admit bien, conformément au droit canonique, que le testament pourrait être fait par écrit ou verbalement, en présence de trois témoins, mais cette disposition s'appliquait seulement dans la ville; hors de ses murs on maintint l'ancienne règle des cinq ou sept témoins, sans exiger d'ailleurs les *signacula et suprascriptiones* du droit romain (3). La coutume de Toulouse accepta la réduction des témoins à deux ou trois et il en fut de même à Bayonne, dans le Labour et dans la Soule (4).

De même que les pays de droit écrit avaient en principe repoussé l'innovation d'Alexandre III et conservé le système romain sauf certaines exceptions, de même dans les pays de coutume et en sens inverse, le système canonique devint la règle et celui du droit romain l'exception. Ainsi en Artois, la

(1) Beaumanoir, chap. 12, t. I, p. 178 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, N, n° 75, t. IV, p. 540. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 364. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 198. Ce coutumier nous apprend qu'une femme ne peut pas être témoin dans un testament, n° 184.

(2) Voy. les testaments de 1257, 1264, 1363 cités par Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 769.

(3) Ancienne coutume de Montpellier, art. 57.

(4) Ancienne coutume de Toulouse, art. 123, éd. Tardif, p. 57. — Cpr. *Encyclopédie méthodique, jurisprudence*, t. II, p. 699 et 700. — Sur l'annulation du testament de Raymond VII, d'après la consultation de plusieurs jurisconsultes, pour inobservation des formes prescrites par le droit romain et défaut d'insinuation au greffe d'une justice royale, voy. Boutaric, *Saint Louis et Alphonse de Poitiers*, p. 83. L'original de la consultation est au Trésor des Chartes, J, 311, n° 69.

présence de sept témoins était nécessaire (1). D'ailleurs, à la fin de notre période encore, les formes des testaments reçus par les curés ou les notaires et celles des testaments nuncupatifs étaient soumises dans les détails à des règles très diverses, comme nous l'apprend Bouteiller dans sa *Somme rural* (2).

Indépendamment des deux formes ordinaires des testaments, il existait aussi certaines manières exceptionnelles de disposer par acte de dernière volonté. Ainsi le testament olographe, consacré par la loi des Visigoths (3), était devenu très exceptionnel : dans les pays de coutume, il n'était permis au moyen âge qu'au profit des personnes ayant scel authentique (4). Mais il semble bien résulter d'un passage de Beaumanoir que le testateur qui n'avait pas de sceau pouvait employer celui d'un gentilhomme ou d'un homme de religion (5). D'après l'ancienne coutume de Paris, le testament olographe n'était permis qu'aux gens de condition noble et en cas de nécessité absolue, par exemple en danger de guerre (6).

La loi des Burgondes admettait aussi le testament que nous appelons aujourd'hui mystique et il paraît qu'il s'était maintenu dans les pays de droit écrit, mais il était à peu près inconnu dans ceux de coutume (7). Enfin, Bouteiller nous apprend qu'indépendamment du testament, on pouvait rédiger

(1) *Anciens usages d'Artois*, tit. L, art. 36. C'est seulement à la suite de l'édit du 12 juillet 1611 (art. 12) que le nombre des témoins fut réduit à deux en Artois.

(2) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1028. L'addition de Charondas, fait connaître en même temps les règles introduites par les ordonnances d'Orléans et de 1579, lesquelles appartiennent toutefois à la période suivante. Voy. *ibid.*, p. 1042.

(3) *Forum judicum*, II, 5, 15 et 16.

(4) Voy. testament de 1332 dans Barabé, *Recherches historiques sur le tabellionage royal*, p. 78.

(5) Beaumanoir, chap. 12, n° 9, t. I, p. 182.

(6) *Style du Châtelet*, ms. fr., 1076, fol. 82 r°, ms. fr. 18419, fol. 88, r° et v°, cité par Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 768, note 1. — Voy. aussi *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 364.

(7) Voy. à cet égard Viollet, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 773.

des codicilles pour l'augmenter ou le diminuer, mais non pour l'annuler (1).

En principe, toute personne saine d'esprit et jouissant de ses droits civils avait le droit de tester. Ainsi dans les pays du Nord celui qui était sorti de la mainbournie pouvait valablement faire son testament; mais on déclarait incapable le mineur en bail ou en garde (2). Dès qu'on sortait de cette puissance, on avait la faculté de tester, par conséquent à douze, quatorze ou quinze ans pour les roturiers suivant les coutumes, à vingt ans pour les nobles, et dans les pays de droit écrit, le testament était permis dès qu'on avait atteint la puberté (3).

Les femmes pouvaient tester comme les hommes, mais cependant elles jouissaient de ce droit d'une manière moins absolue dans certaines contrées. En général, les pays de coutume admettaient que la femme mariée pouvait tester sans le consentement de son mari; il s'agissait là en effet d'un acte essentiellement personnel et qui devait produire effet seulement après la dissolution du mariage. Tel était notamment le droit de la coutume de Paris (4). Ajoutons toutefois que la faculté de tester était soumise à diverses restrictions dans quelques coutumes. Ainsi, en Bretagne, la femme mariée avait besoin de l'autorisation de son mari; elle pouvait cependant léguer seule à titre d'aumône ou en retour de services qui lui avaient été rendus. Ce même système est consacré par la coutume de Bourgogne et par celle de Normandie (5). Mais il est possible que dans le très ancien droit de la Normandie, peut-être même aussi de la Bretagne, la femme mariée n'ait pas eu le droit de tester. C'était le système du droit anglais qui,

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 104, éd. de 1621, p. 1047.

(2) Beaumanoir, chap. 12, n° 45, t. I, p. 201.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 224. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, édit. de 1621, p. 1024. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 163.

(4) Voy. aussi *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 811, t. II, p. 294. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 219.

(5) Cf. Laurière, sur l'art. 292 de la coutume de Paris. — Coutume de Bretagne, art. 619; coutume de Normandie, art. 417.

d'ailleurs, perdit une partie de sa rigueur (1). C'est qu'en effet l'ancienne coutume de Normandie, comme le droit anglais, pose en principe que la femme, confondant sa personne dans celle de son mari, ne peut rien posséder en propre (2).

Dans les pays du Midi, les règles étaient encore moins uniformes. L'ancienne coutume de Toulouse permettait à la femme mariée de tester valablement seule; elle n'était même pas obligée d'assurer une part à ses enfants ni d'instituer héritier (3). Mais cette ancienne coutume fut réprouvée par les commissaires du roi, probablement parce que le père de famille devait instituer héritier et ne pouvait pas passer ses enfants sous silence. Désormais la mère fut soumise à la même règle, mais elle continua d'ailleurs à avoir la faculté de tester sans l'autorisation de son mari. En Béarn, au contraire, cette autorisation lui était nécessaire et on l'imposait même à la femme remariée (4). Dans certaines villes du Midi, la fille ne pouvait pas tester seule. A Montpellier, la fille mariée n'avait pas le droit de tester ni même de disposer par donation à cause de mort sans le conseil de son père ou de sa mère survivante et à leur défaut de ses proches parents, tant qu'il n'était pas né d'enfant du mariage; mais une fois qu'elle était devenue mère, elle acquérait la capacité de tester; on ne redoutait plus les abus de sa part (5). D'ailleurs dans aucun cas, le consentement du mari n'était exigé. Tout en adoptant la coutume de Montpellier, la ville de Carcassonne lui fit subir quelques modifications: l'art. 54 de la coutume de cette ville n'exigea plus le consentement de la mère pour que la fille mariée, sans enfants, pût valablement tester, mais elle maintint l'autorisation du père ou des proches parents.

On sait que les mainmortables ne pouvaient tester que de

(1) Voy. ce que j'ai dit à cet égard dans mon *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 261, où l'on trouvera aussi des développements sur le testament d'après Glanville. Cpr. t. III, p. 205.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 15, éd. de Gruchy, p. 45.

(3) Ancienne coutume de Toulouse, art. 123, A et B.

(4) Fors de Béarn, art. 261.

(5) Ancienne coutume de Montpellier, art. 55.

cinq sous et pour le salut de leur âme (1). D'après l'ancienne coutume de Toulouse, les hommes de corps pouvaient disposer de leurs immeubles par testament avec le consentement de leur seigneur ; ils avaient la libre disposition des meubles par acte de dernière volonté, mais le legs devenait caduc si le seigneur s'emparait des meubles avant le légataire. C'est donc en apparence seulement que l'ancienne coutume de Toulouse était plus favorable aux mainmortables que le droit commun (2).

Le bâtard avait été très longtemps réduit à la condition de serf, mais dès le XIII<sup>e</sup> siècle Beaumanoir nous apprend que si le bâtard n'a pas disposé de ses biens par testament, ceux-ci vont au seigneur comme choses épaves. Le grand jurisconsulte constate ainsi deux changements au droit antérieur : le bâtard a certainement le droit de tester ; s'il n'en a pas usé, ses meubles vont au seigneur par droit de déshérence et non plus comme au temps où le bâtard était serf, à raison de la mainmorte (3). Mais il ne paraît pas que la faculté reconnue aux bâtards de laisser des testaments, se soit établie sans difficulté. Bouteiller nous apprend que de son temps certains jurisconsultes coutumiers leur contestaient ce droit ; il ajoute, d'ailleurs, que leur prétention était contredite par la loi écrite (4).

Ceux qui étaient frappés de mort civile ne pouvaient naturellement pas tester. Tel était notamment, d'après Beaumanoir, le sort de ceux qui étaient bannis du royaume, auxquels il faut ajouter les condamnés à mort et plus tard, d'une manière générale, tous ceux qui perdaient la vie civile à titre de peine (5). On sait que le religieux profès était, par son entrée même en religion, privé de la vie civile et en consé-

(1) Beaumanoir, chap. 12, n° 3, t. I, p. 180.

(2) Ancienne coutume de Toulouse, art. 147 et 148.

(3) Beaumanoir, chap. 45, n° 35, t. II, p. 236. — *Les Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 101, éd. Viollet, t. I, p. 172, s'expliquent aussi sur ce second point, mais ils ne parlent pas du droit de tester.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1027.

(5) Beaumanoir, chap. 12, n° 45, t. I, p. 201. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 816, t. I, p. 294.

quence, il lui était interdit de tester; mais le testament qu'il avait fait avant son entrée en religion était parfaitement valable et produisait effet au moment où il perdait la vie civile. Quant aux membres du clergé séculier, comme ils restaient dans le monde, ils avaient sans aucun doute la faculté de tester; mais Beaumanoir nous apprend qu'ils se gardaient d'en user aux dépens de leurs églises (1).

Nous avons vu que, pendant la première partie du moyen âge, les testaments faits sans legs pieux étaient nuls et assimilés à des testaments d'excommuniés. Mais on constate déjà dans les *Établissements de Saint Louis* un sérieux progrès : le testament du déconfès, c'est-à-dire de celui qui est mort après huit jours de maladie, sans vouloir se confesser, n'en est pas moins valable, probablement sous l'influence du droit romain que les *Établissements de Saint Louis* citent à cette occasion pour montrer combien il est important d'accomplir avant tout la volonté du mort (2). Bouteiller nous apprend aussi que le testament de celui qui s'est suicidé produit effet pourvu que le défunt ne se soit pas donné la mort pour éviter les poursuites de justice criminelle (3).

Mais il va sans dire qu'on n'admettait pas la validité des testaments de ceux qui n'étaient pas sains d'esprit. On aurait déclaré nul le testament fait par un aliéné, à moins qu'il n'eût été écrit dans un intervalle lucide, et on assimilait à l'aliéné le sourd et muet de naissance, considéré comme ne jouissant que d'une intelligence très limitée. Beaumanoir déclare même comme incapable de tester celui qui est devenu muet à la suite de maladie (4). Mais Bouteiller ne frappe d'incapacité que le sourd et muet de naissance; celui qui est

(1) Beaumanoir, chap. 12, n° 45, t. I. p. 201. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1027 et addition de Charondas, p. 1041.

(2) Mais si le déconfès était mort sans testament, ses biens auraient été au baron. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 93, éd. Viollet, p. 110. Voir les observations de du Cange et de Laurière sur ce chapitre qui porte le n° 87 dans l'éd. de du Cange et le n° 89 dans celle de Laurière.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1025.

(4) Voy. sur ces différents points Beaumanoir, chap. 12, n° 45, t. I, p. 201.

devenu muet par maladie, s'il sait écrire, peut faire connaître sa dernière volonté et cette distinction paraît avoir été consacrée aussi par les autres coutumiers (1).

Dans le modèle de testament donné par Beaumanoir (2) il ne parle pas de libéralités autres que les legs pieux. Nous n'oserions pas conclure de son silence qu'il fût interdit de faire des libéralités à telle ou telle personne, parente ou non, mais ces libéralités étaient tout à fait secondaires et sans importance; elles constituaient ce que nous appellerions aujourd'hui des legs à titre particulier. C'est plus tard seulement, au commencement des temps modernes, que les legs universels ou à titre universel furent connus et pratiqués. Au moyen âge le testament était avant tout un acte religieux; on se confessait pour avouer ses fautes et on testait pour les réparer. On considérait comme un déshonneur de mourir déconfès ou *ab intestat*, et les évêques prétendaient souvent qu'ils avaient le droit de s'emparer des biens de ceux qui mouraient ainsi (3). Mais les seigneurs laïques leur disputèrent ce droit et avec succès (4). D'autres fois on imposait au mourant l'obligation de laisser des biens pour dire des messes et les abus furent tels qu'un concile dut intervenir à Paris en 1212 (1213) pour les réprimer (5).

Mais il est certain que ce caractère religieux du testament, sans jamais disparaître, s'affaiblit peu à peu dans la suite et que les legs ordinaires devinrent très nombreux à côté des libéralités pieuses. Toutefois on se rappellera que jamais les

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1026. Voir les observations de Charondas, p. 1040. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 815, t. II, p. 294.

(2) Beaumanoir, chap. 12, n° 58, t. I, p. 209.

(3) Ils n'émettaient plus cette prétention en cas de mort civile.

(4) Voy. par exemple *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 21, éd. de Gruchy, p. 56. D'après ce texte, les chatels des suicidés, des excommuniés, des déconfès, c'est-à-dire de ceux qui ont refusé de se confesser et sont morts après une maladie de neuf jours au moins, vont au duc de Normandie et non à l'Église, mais les autres biens, et notamment les terres, sont acquis à l'héritier. Cpr. sur cette question Bordier, dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, année 1844, p. 409. — Viollet, *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 129.

(5) Cpr. Héfély, *Histoire des conciles*, traduct. française, t. VIII, p. 105.

pays de coutume n'allèrent jusqu'à autoriser, comme le droit romain, des institutions d'héritier par testament. Glanville avait dit : « *Solus Deus heredem facere potest* (1), » et notre droit coutumier répétait après lui : *Institution d'héritier n'a lieu* (2).

Toutefois il n'était aucune règle coutumière qui ne comportât dérogation. Ainsi la coutume de Berry admettait l'institution d'héritier par testament et le *Livre de justice et de plet* dont la doctrine n'a d'ailleurs exercé aucune influence, paraît bien aussi reconnaître à l'institué par testament la qualité d'héritier (3).

Dans les pays de droit écrit, la règle contraire n'avait jamais cessé d'être observée, par tradition du droit romain, et elle y a été suivie jusqu'à la fin de l'ancien régime. Le testament devait contenir, à peine de nullité, une institution d'héritier. L'ancienne coutume de Toulouse s'écartait, toutefois, sous ce rapport du droit romain et permettait de tester valablement sans faire un héritier. Mais cette disposition fut condamnée par le roi dans la révision de la coutume et l'on revint au droit commun des pays du Midi (4). L'ancienne coutume de Montpellier, conforme sous ce rapport, comme sous beaucoup d'autres, à la coutume de Toulouse, n'exigeait pas non plus l'institution d'héritier comme condition de validité du testament (5).

Il ne faudrait pas croire toutefois que dans les pays de droit écrit, on pratiquât le testament comme l'entendaient les Romains. Il fut tout au contraire adapté aux mœurs féodales, et c'est notamment lui qui servit fort souvent à créer ou à fortifier le droit d'ainesse.

(1) Glanville, lib. VII, cap. 1.

(2) Voy. par exemple, Loisel, *Institutes coutumières*, liv. II, tit. 4, règle 5; Chartres, art. 95; Paris, art. 299.

(3) C'était évidemment sous l'influence du droit romain. *Livre de justice et de plet*, p. 245 et 253. — Coutume de Berry, XVIII, 1.

(4) Ancienne coutume de Toulouse, art. 123, B, éd. Tardif, p. 58. Cpr. Tardif, *Le droit privé au XIII<sup>e</sup> siècle, d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*.

(5) *Consuetudines Montispessulani*, art. 56 : *Omne testamentum valet sine heredis institutione*.

Si dans les pays de coutume, l'institution d'héritier par testament était ignorée, cependant il existait à sa place une véritable institution d'héritier par contrat. Celle-ci remontait bien certainement aux mœurs germaniques, car elle est formellement mentionnée par certaines lois barbares et par diverses formules et il est même permis d'en rapprocher l'*affaticio* de la loi Salique (1). Ces sortes d'adoption appelées plus tard *institutions contractuelles*, étaient plus ou moins fréquentes au moyen âge, mais elles furent plutôt affaiblies sous l'influence des romanistes et ne reprirent une nouvelle vigueur que sous la période suivante, où elles durent toutefois être faites par contrat de mariage et non autrement (2).

Il semble que de son côté le droit coutumier ait essayé d'apporter de très sérieux obstacles à l'introduction des substitutions fidéicommissaires. C'est seulement beaucoup plus tard, sous la période suivante, qu'elles devinrent très générales dans les familles nobles et qu'on en abusa même, tout autant dans l'intention de rendre les biens indisponibles pour les soustraire à l'action des créanciers, que dans le but de fortifier le droit d'aînesse et de primogéniture. Pendant notre période, les substitutions sont très rares en pays coutumier. La meilleure preuve qu'on en puisse donner, c'est que nos anciens coutumiers n'en parlent pas et lorsque plus tard elles apparurent, plusieurs coutumes défendirent d'en faire par testament. Mais dans le Midi il semble qu'on ait fait d'assez bonne heure des substitutions, précisément pour introduire le droit d'aînesse qu'on ne pouvait pas emprunter à la législation romaine. Dans ces mêmes pays, certaines clauses des contrats de mariage se rapprochaient assez sensiblement des substitutions (3).

(1) Voy. par exemple, lois de Rotharis, chap. 173, Periz, *Leges*, t. IV, p. 329. — Rozière, form. 137, p. 175. C'est la formule 47 de l'appendice de Marculfe, devenue dans Zeumer, p. 204, la 42<sup>e</sup> formule de Sens.

(2) Cpr. Beseler, *Die Lehre von den Erbverträgen*, p. 118. — Beaumanoir ne dit rien de l'institution contractuelle, mais il en est question dans Pierre de Fontaines, *Conseil*, chap. CXI, n° 7.

(3) Voy. par exemple, un acte de 1139, dans Vaissète, éd. de 1733, t. II, col. 437. — Viollet, *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 119, t. II, p. 213 et suiv., t. IV, p. 103; du même, *Précis de l'histoire du droit français*, p. 758.

Le testament pouvait contenir des libéralités au profit de toute personne capable de recevoir, mais non en faveur des autres; par exemple, il n'aurait pas été permis de faire une libéralité au profit de son bâtard, car le père ou la mère aurait ainsi tourné la disposition de la coutume qui déclarait le bâtard incapable d'hériter de ses parents (1). D'une manière générale, on ne pouvait pas, par testament, déroger aux dispositions de la coutume (2). Toutefois certaines personnes, on s'en souvient, pouvaient faire ou recevoir des libéralités à cause de mort, alors qu'elles auraient été tout à fait incapables s'il s'était agi de donations entre-vifs; c'est ainsi que les legs étaient permis entre mari et femme, à la différence des donations (3).

On pouvait donner par testament toutes sortes de biens, sauf à observer pour la quantité ce que nous dirons à l'occasion de la légitime et de la réserve. S'il existait des dettes, elles devaient naturellement être payées par l'héritier et non par le légataire, même dans le cas où celui-ci aurait obtenu les meubles ou acquêts (4). D'ailleurs certains textes paraissent admettre que les dispositions du testament peuvent être laissées à la discrétion d'autrui (5).

Le testament était un acte essentiellement révocable. Lorsqu'une personne faisait successivement plusieurs actes de dernière volonté, chacun d'eux restait valable, à moins qu'ils ne contiennent des dispositions inconciliables; le dernier testament abrogeait alors le précédent d'une manière tacite et il va sans dire que la révocation formelle était également per-

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1240, t. II, p. 461; I, n° 273, t. III, p. 398.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 65, t. I, p. 54. Mais il va sans dire qu'il en aurait été autrement s'il s'était agi de dispositions de pur intérêt privé.

(3) Voy. par exemple, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 122, t. I, p. 139; C, n° 114, t. I, p. 323; E, n° 227, t. I, p. 528; F, n° 1241, t. II, p. 461; I, n° 260, t. III, p. 390. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 924.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 852, t. II, p. 306.

(5) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 220.

mise (1). Mais d'ailleurs quelque ancien que fût le testament non révoqué, il n'en demeurerait pas moins valable, même s'il remontait à plus de dix ans, comme le dit Bouteiller dans sa *Somme rural* (2).

Les dispositions de dernière volonté s'exécutaient le plus souvent par l'intermédiaire de personnes interposées. C'était là une ancienne coutume d'origine germanique dont on retrouve des traces dans les formes de l'*affatomie* et dans le transport de la propriété par l'intermédiaire d'un *salmann*. Cet usage se maintint d'autant plus facilement, que de leur côté, les Romains, dans leurs testaments, employaient aussi des intermédiaires, le fiduciaire devant remettre une partie de l'hérédité ou certains biens au fidéicommissaire. On a prétendu qu'à l'origine les exécuteurs testamentaires, *executores, distributores*, acquéraient la propriété des biens meubles et acquêts ou autres dont ils devaient ensuite disposer suivant la volonté du testateur. Ce qui est certain, c'est que ce droit, s'il a existé, a disparu de bonne heure. Mais on peut considérer comme un vestige de cette ancienne coutume la saisine légale des meubles et acquêts qui a toujours existé au profit des exécuteurs testamentaires, en dernier lieu pendant l'an et jour (3). Ils devaient durant ce temps remplir leur mission, notamment exécuter les legs et payer les dettes; à titre de garantie pour les héritiers, ils étaient tenus de faire inventaire; autrement, en cas de contestation relative à la valeur des biens, les héritiers auraient été crus sur leur seule déclaration. Il en aurait été de même dans le cas où l'inventaire aurait été frauduleux, et alors les exécuteurs testamentaires auraient en outre encouru une amende (4).

(1) Beaumanoir, chap. 12, n° 43, t. I, p. 199. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 817 et 818, t. II, p. 295.

(2) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1029.

(3) Beaumanoir, chap. 12, n° 2, t. I, p. 179. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 369. — Desmares, *Décisions*, n° 51. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1035. — *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 71, p. 31.

(4) Desmares, *Décisions*, n°s 50, 71, 121. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 365. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1033 et 1034. — Voy. aussi les observations de Charondas, *ibid.*, p. 1044.

Pendant les premiers temps, le testament ne renfermant que des dispositions pieuses, on choisissait naturellement comme exécuteurs testamentaires des clercs et notamment des évêques. Dans la suite, alors que le testament comprenait encore d'autres dispositions, on préféra souvent des laïques; mais les évêques prétendirent qu'ils étaient exécuteurs testamentaires de droit toutes les fois que le testateur n'avait désigné personne pour ces fonctions (1). Cette prétention fut naturellement respectée tant qu'on reconnut aux cours d'Église une compétence à peu près exclusive en matière testamentaire; mais il semble bien qu'elle n'eut plus le même succès lorsque les tribunaux laïques commencèrent à connaître de ces contestations. A Paris, au Châtelet, au xv<sup>e</sup> siècle, les examinateurs se faisaient présenter les testaments et les ouvraient (2). Ce qui est certain, c'est qu'on reconnut aux héritiers le droit d'exclure les exécuteurs testamentaires, à condition de fournir l'engagement de remplir les volontés du défunt et de donner caution en garantie de cette promesse (3).

Toute personne à laquelle le testament portait préjudice, avait le droit de l'attaquer, s'il avait été fait contrairement à la coutume, et, par exemple, si le testateur avait laissé plus que ce dont la loi lui permettait de disposer à titre de legs.

On pouvait aussi attaquer le testament en soutenant qu'il avait été fait par un incapable ou au profit d'un incapable, ou encore que les formes prescrites n'avaient pas été observées. Mais Beaumanoir a soin d'ajouter que la seule haine contre le mort, les hoirs ou les exécuteurs, ne saurait donner action en justice (4). Les actions les plus fréquentes, dirigées contre les testaments, se rapportaient en fait à la réserve coutumière, à la légitime ou à l'exhérédation injuste.

(1) Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 68.

(2) *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n<sup>o</sup> 83, p. 33, et n<sup>o</sup> 178, p. 91. — Il y avait aussi lieu de faire inventaire si les héritiers étaient mineurs. *Ibid.*, n<sup>os</sup> 81 et suiv., p. 36 et suiv.

(3) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 369.

(4) Beaumanoir, chap. 12, n<sup>os</sup> 16, 25, 26, 35, t. I, p. 186, 191, 195.

## § 23. — RÉSERVE ET LÉGITIME.

Au moyen âge, les donations et les testaments étaient, comme on l'a vu, permis sans conditions particulièrement rigoureuses au point de vue des formes. Mais sous le rapport des biens, il existait d'importantes restrictions; les unes résultaient de la réserve coutumière établie sur les propres dans l'intérêt de la conservation des biens par la famille; les autres de la légitime empruntée au droit romain.

La réserve des quatre quintes des propres était établie pour assurer la conservation des biens dans la famille. Aussi existait-elle au profit de tous les parents, à la différence de la légitime, et de même que le retrait lignager. La famille était protégée contre les aliénations à titre onéreux des propres au moyen du retrait lignager et elle était garantie contre l'abus des dispositions testamentaires par la réserve des quatre quintes des propres. Mais il n'existait aucune mesure de protection contre l'abus des donations, sauf dans certaines coutumes telles que celle de Normandie, où la défense de disposer à titre gratuit de plus du cinquième des propres s'appliquait aussi bien aux donations qu'aux legs. En général, on n'avait pas redouté l'abus des donations par cela même qu'elles obligeaient le disposant à se dépouiller actuellement.

Cette réserve des quatre quintes s'appliquait à tous les biens propres, immeubles, rentes, offices ou autres, mais elle était étrangère aux acquêts dont on pouvait disposer librement par donation ou testament.

Elle profitait à tous les parents lignagers; avait-on cette qualité dans les deux lignes, c'était le cas des descendants, on avait droit aux quatre quintes dans chaque ligne. Tout legs dépassant le cinquième des propres aurait été déclaré nul au profit du lignager, pourvu, bien entendu, que celui-ci eût accepté la succession. Le renonçant n'avait pas droit à la réserve coutumière, pas même par voie de rétention (1).

(1) Voy. sur ces différents points, Beaumanoir, chap. 12, n<sup>o</sup> 3 et 17, t. I, p. 180 et 187. — *Livre de justice et de plet*, p. 224. — *Coutumes notoires*, n<sup>o</sup> 7. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 149. — Cpr. Coutume de Paris, art. 292. — Coutume de Normandie, art. 413.

Lorsqu'il n'y avait aucun héritier lignager, le testateur pouvait disposer librement de ses propres comme de ses acquêts (1).

On a beaucoup discuté sur les origines en effet fort obscures de cette réserve coutumière. Certains auteurs l'ont fait remonter aux lois barbares et ont vu en elle une trace de l'ancienne copropriété de famille. Mais nous avons constaté précédemment que la légitime des lois barbares est d'une nature tout à fait différente de celle qu'il faut reconnaître à la réserve coutumière (2).

Nous pensons plutôt que cette réserve coutumière s'est établie sous l'influence du droit féodal, à l'effet d'assurer la conservation des biens dans les familles. Les roturiers pratiquèrent ce que faisaient les nobles et l'on rendit les propres indisponibles dans une certaine mesure, de même que les fiefs. Ceux-ci étaient en général indisponibles pour les deux tiers. On établit par analogie la réserve coutumière. Sans doute cette réserve coutumière a été ordinairement fixée aux quatre quintes, mais ce système ne s'est pas établi tout de suite et n'a jamais été absolument général. Dans le droit angevin, le père roturier avait le droit de disposer du tiers de ses propres (3). Dans l'Anjou, le roturier pouvait aumôner, c'est-à-dire laisser à titre de legs pieux jusqu'à la moitié de ses propres, tandis que dans l'Orléanais ces legs pieux étaient nécessairement limités au cinquième. Les coutumes d'Anjou et du Maine les plus récentes disent formellement, en se plaçant au point de vue des personnes, que le roturier peut léguer la moitié de ses propres et tous ses meubles et acquêts à des étrangers, le noble le tiers des propres et également tous les meubles et acquêts; au point de vue des biens, elles déclarent disponibles la moitié des censives et un tiers des fiefs (4). De même, à Bordeaux, la réserve des propres était

(1) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 49, p. 361.

(2) Voy. aussi *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 193.

(3) Voy. à cet égard la coutume de Touraine, art. 219 et 325.

(4) Le gentilhomme pouvait léguer le tiers de ses propres. Cpr. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 68; éd. Viollet, t. II, p. 103. — *Anciennes*

fixée à un tiers, comme en Anjou (1). Le *Livre des droiz et des commandemens* est encore plus curieux : il nous apprend que la réserve de l'ainé porte sur les deux tiers des fiefs en Anjou, et sous ce rapport il est conforme aux *Établissements de Saint Louis*. Mais il ajoute qu'en Poitou la réserve de l'ainé sur les fiefs est limitée au quint (2). Il a donc existé à une certaine époque, et même toujours dans différentes contrées, un rapport entre la quotité indisponible des propres et celle des fiefs (3).

Parmi les nobles et pour les fiefs, il ne pouvait être question de disposer par testament tant qu'ils furent viagers et on sait que quelques fiefs conservèrent ce caractère pendant plusieurs siècles du moyen âge. Quant aux fiefs héréditaires, et ce fut de bonne heure leur caractère général, on ne put en disposer par testament aux dépens de l'ainé que dans la mesure où il était permis de les démembrer. S'il s'agissait d'un fief conquêt, le concessionnaire pouvait en disposer librement. Mais lorsque le fief avait déjà été transmis héréditairement alors apparaissait le droit de l'ainé et on ne pouvait lui enlever aucune partie du fief s'il était complètement indivisible ; une portion était disponible, ordinairement le tiers, s'il était divisible. En d'autres termes, la réserve du fief était au profit de l'ainé des deux tiers. Tel était du moins le droit le plus général (4). Mais il comportait parfois des modifications plus ou moins graves. Ainsi, d'après les *Assises de Jérusalem*, le titulaire d'un fief qui lui avait été nouvellement concédé, pouvait en disposer librement au profit de celui de

*coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 223, t. I, p. 526 ; F, n°s 1236, 1237, 1242, t. II, p. 460 et suiv.

(1) *Las coutumas de la vilà de Bordeū*, art. 10.

(2) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 10, éd. Viollet, t. II, p. 19. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 412 et 750.

(3) On trouvera dans Laferrière, *op. cit.*, t. VI, p. 386, l'énumération des coutumes où la réserve coutumière était des quatre quintes. En Alsace, cette réserve était inconnue et le retrait lignager n'avait lieu que dans certaines localités. Voy. Laferrière, *op. cit.*, t. V, p. 51.

(4) Voy. par exemple, de Fontaines, *Conseil*, p. 476. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 112. — Nous nous sommes longuement expliqué sur ce point en parlant de la succession aux fiefs.

ses héritiers qu'il voulait choisir; mais il n'aurait pas pu le laisser à un étranger (1).

L'irrévocabilité des donations et la réserve coutumière des quatre cinquièmes des propres au profit de tous les parents lignagers ne suffisaient pourtant pas pour garantir la famille contre les abus des libéralités et pour assurer des aliments aux parents les plus proches. Il pouvait arriver qu'une personne ne reculât pas devant l'irrévocabilité des donations. D'un autre côté, la réserve coutumière ne portant que sur les biens propres et ne permettant d'attaquer que les legs, le chef de famille pouvait disposer librement de tous ses biens et en priver complètement les siens, soit en les donnant entre-vifs, soit même en les légant, mais après avoir eu la précaution, dans ce second cas, de convertir ses propres en meubles et acquêts. Aussi de bonne heure, les jurisconsultes et la pratique imaginèrent un moyen de protéger au moins les plus proches parents contre les abus des libéralités. On emprunta au droit romain le système de la légitime, bien différent de celui de la réserve coutumière. Celle-ci portait seulement sur les biens propres, existait au profit de tous les lignagers appelés à la succession et avait surtout pour objet d'assurer la conservation des biens dans les familles. Tout autre était la légitime : elle portait sur tous les biens, sur les meubles et acquêts comme sur les propres; elle existait seulement au profit de certains parents d'un degré rapproché et avait pour objet d'assurer leur *soutenance*, c'est-à-dire les moyens de vivre suivant leur condition.

Les jurisconsultes coutumiers n'étaient pas tous d'accord sur la manière d'entendre la légitime. De Fontaines se bornait à l'emprunter purement et simplement au droit romain. Il permettait aux enfants, aux père et mère, mais non pas aux autres parents, pas même aux frères et sœurs, toutes les fois que le défunt avait fait des libéralités exagérées, donations entre-vifs ou legs, portant sur des meubles et ac-

(1) Voy. pour plus de détails, Jean d'Ibelin, chap. 141, 145, 152; Jacques d'Ibelin, chap. 28 et 29.

quêts, de se plaindre à la justice et de demander leur soutenance, des aliments et une part de fortune suffisante pour leur donner le moyen de vivre suivant leur condition. Ce droit était reconnu aux enfants et aux père et mère à défaut d'enfants, qu'ils fussent vilains, bourgeois ou gentilshommes. Peu importait d'ailleurs que les libéralités eussent été faites à un des enfants, à un autre héritier ou à des étrangers. Mais dans aucun cas, l'action en paiement de la légitime ne permettait de faire tomber toute la donation ou tout le legs. Il y avait seulement lieu à une réduction dont le montant était abandonné à l'appréciation du juge. Les donations se réduisaient par ordre de dates en commençant par les plus récentes (1). En outre, lorsque la réserve des propres suffisait pour assurer la soutenance des enfants, ceux-ci n'avaient pas le droit de se plaindre ni de réclamer leur légitime sur les acquêts qui restaient entièrement disponibles à titre gratuit, entre-vifs ou à cause de mort, de la part du père ou de la mère (2).

D'un autre côté, si le légitimaire avait reçu du défunt une libéralité entre-vifs ou à cause de mort, cette libéralité s'imputait sur sa légitime et il ne pouvait en réclamer que le supplément. De même, on imputait encore sur la légitime les deniers qui avaient été donnés pour l'achat d'une charge (3).

Beaumanoir proposait, pour organiser la légitime, des solutions un peu différentes; il distinguait entre les legs et les donations. Le legs fait à un enfant devait être considéré comme nul; fait à un étranger, il ne pouvait qu'être réduit pour assurer la soutenance des enfants, et encore fallait-il qu'il portât sur des meubles et acquêts, car pour les biens propres les enfants auraient été suffisamment protégés par leur réserve coutumière. Quant aux donations, Beaumanoir permettait aussi aux enfants de les attaquer pour assurer leur sou-

(1) *Anciens Coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 62.

(2) Voy. sur ces différents points, de Fontaines, *Conseil*, chap. XXXIII, p. 405, chap. XXXIV, p. 422 et 423.

(3) De Fontaines, *Conseil*, chap. XXXIII, n° 37, p. 405 et suiv.

tenance, qu'il s'agit de propres ou d'acquêts; si ces donations avaient été faites à d'autres enfants, ceux-ci ne pouvaient pas se soustraire à l'action en renonçant à la succession. Mais Beaumanoir n'autorisait pas à attaquer les donations faites à des étrangers. Enfin l'auteur des coutumes de Beauvoisis ne reconnaissait aucune légitime aux père et mère (1).

Dans les pays de droit écrit, la légitime était soumise aux principes du droit romain, notamment pour sa quotité. L'ancienne coutume de Toulouse contenait toutefois une disposition particulière qui a exercé la sagacité des interprètes : elle voulait que la légitime fût de cinq sous toulousains ou plus, de cent sous toulousains ou plus. On a expliqué cette alternative en disant que dans le premier cas la coutume songeait à un *minimum* de cinq sous d'intérêt et dans le second cas à un *minimum* de cent sous de capital. En outre, il était permis à la mère de priver par testament ses enfants de toute légitime (2). Ces deux particularités furent supprimées par les conseillers du roi Philippe III, précisément pour ramener la ville de Toulouse à la loi générale des pays de droit écrit.

Certains coutumiers ne voulaient pas laisser au juge le soin de fixer la quotité de la légitime et la déterminaient eux-mêmes d'une manière précise. De Fontaines parle du quart, mais dans un passage où il copie purement et simplement le droit romain et n'attache peut-être aucune importance à cette disposition (3). Le *Livre de justice et de plet* veut que les parents laissent à leurs enfants le tiers de leurs meubles et acquêts (4). Ce qui est certain, c'est que de bonne heure on finit par comprendre la nécessité d'établir un chiffre fixe pour éviter les procès entre les légitimaires et les légataires. Le *Grand coutumier de France* fixait la légitime à la moitié des meubles et acquêts (5). Cependant la première rédaction de

(1) Beaumanoir, chap. 12, n<sup>os</sup> 17, 18 et 20, t. I, p. 187; chap. 70, n<sup>o</sup> 5, t. II, p. 498.

(2) Ancienne coutume de Toulouse, art. 123, C.

(3) De Fontaines, *Conseil*, p. 416.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 225.

(5) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 40, p. 364.

la coutume de Paris ne mentionnait pas encore la légitime; elle n'y fut introduite que dans la seconde rédaction, sous l'influence de Dumoulin. Les autres coutumes admirèrent aussi cette légitime, mais elles adoptèrent des chiffres très divers pour sa fixation et il en est même qui restèrent muettes.

Il avait été d'autant plus facile de se passer à Paris de la légitime, que le plus souvent l'existence des enfants était déjà garantie par leur douaire. D'un autre côté on admit fort souvent, et de très bonne heure dans les pays de coutume comme dans ceux de droit écrit, que la fille dotée devenant étrangère à la succession, ne pouvait par cela même prétendre à la légitime (1). Dans la plupart des cas, elle avait en effet déjà renoncé à la succession en acceptant sa dot. Mais on perdit de vue cette considération et on décida bientôt d'une manière générale que la fille dotée ne viendrait pas à succession, pas même pour la légitime (2).

#### § 24. — EXHÉRÉDATION.

Il pouvait encore arriver qu'un parent fût privé de sa légitime et même de sa réserve coutumière, alors cependant qu'il n'avait absolument rien reçu du défunt; c'est ce qui se produisait en cas d'exhérédation. C'était là une institution manifestement empruntée au droit romain. Beaumanoir, suivant sa coutume, se garde bien de le dire et il se croit par ce silence plus facilement autorisé à modifier les règles du droit romain lorsqu'elles ne lui conviennent pas. Ainsi le droit romain avait fixé le nombre des causes d'exhérédation et il avait voulu que chacune d'elles fût un motif d'exclusion complète de la succession. Mais ce système ne convenant pas à Beaumanoir, il en indique un autre : les causes d'exhérédation sont abandonnées à la vo-

(1) Voy. par exemple, ancienne coutume de Toulouse, art. 117.

(2) Voy. *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 11, éd. Viollet, t. II, p. 32. — Ancienne coutume de Bourgogne, dans Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge*, t. II, p. 271. — Très ancienne coutume de Bretagne, chap. 210. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 128, t. IV, p. 402.

lonté du testateur, elles doivent être graves et sérieuses et le grand jurisconsulte donne des exemples qu'il emprunte d'ailleurs pour la plupart au droit romain. Les méfaits, la vie deshonnête, le mariage d'un enfant sans la volonté des parents, la prodigalité, seront des causes d'exhérédation. Mais Beaumanoir n'admet pas que l'exhérédation puisse exclure complètement de la succession; l'héritier ainsi écarté gardera toujours son droit à la réserve coutumière des quatre quints sur les propres; on ne pourra lui enlever que tous ses droits sur les meubles et acquêts et le quint sur les propres (1). Cette doctrine de Beaumanoir n'a pourtant pas été acceptée et en général on a tout au contraire admis le système de l'exhérédation tel qu'il était réglé par le droit romain. En d'autres termes, l'exhérédation privait de tout droit dans la succession, quelle que fût la nature des biens, de la réserve coutumière comme de la légitime. Les causes d'exhérédation étaient limitées et empruntées au droit romain; elles concernaient d'ailleurs seulement les descendants et les ascendants. Il résultait de là qu'on pouvait exhéredier sans cause légitime les autres parents, même les frères et sœurs, contrairement au droit romain (2). Quant à l'enfant ou à l'ascendant injustement exhéredé, il aurait eu le droit d'attaquer le testament et de le faire tomber en prouvant qu'il n'existait aucune cause sérieuse de l'exclure de la succession (3).

### § 23. — LE RETRAIT LIGNAGER.

L'origine du retrait lignager a, de tout temps, piqué la curiosité des jurisconsultes. Déjà au moyen âge, Liger avait cru découvrir la source du retrait lignager dans la constitution 14, de *contrahenda emptione* (IV, 38) (4). D'autres jurisconsultes,

(1) Beaumanoir, chap. 12, n° 17, t. I, p. 187.

(2) *Cour des bourgeois*, chap. 239. — Pierre de Fontaines, *Conseil*, chap. XXXIV, n° 10, p. 420. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 837 et 838, t. II, p. 300 et suiv. Ces derniers textes sont intéressants à lire, car on y voit comment les mœurs du moyen âge ont modifié les causes d'exhérédation du droit romain.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 103, éd. de 1621, p. 1636.

(4) Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 649, t. II, p. 238.

autrefois Pilhou, de nos jours Laferrière, ont donné au retrait lignager, une origine encore plus ancienne et n'ont pas hésité à le faire remonter aux Gaulois. Une troisième opinion, également professée par des érudits, rattache le retrait lignager au droit féodal. Houard y voit une invention des seigneurs destinée à favoriser le développement des villes de bourgeoisie (1). D'après Laurière, les concessions de fiefs ayant eu lieu au profit des vassaux et de leurs hoirs, ceux-ci avaient le droit d'invoquer cette clause pour s'opposer aux aliénations des fiefs en les prenant pour eux et, à leur défaut, le seigneur avait aussi la faculté d'opérer le retrait; on préférait toutefois le retrait lignager à celui du seigneur, précisément parce qu'il laissait le bien dans la famille du vassal et était, par cela même, plus conforme aux termes de la concession. D'autres, enfin, écartant les origines gauloise, romaine ou féodale, prétendent que le retrait lignager doit sa naissance, ou tout au moins son développement, à l'influence du droit canonique, lequel n'admettait pas que les parents pussent disposer de leurs biens aux dépens de leurs enfants ni, d'une manière plus générale, de la famille.

Qu'on retrouve le retrait lignager dans des pays où l'Église a fait pénétrer ses doctrines dans la législation, en Irlande, à Jérusalem, en Espagne, le fait est incontestable. Mais il serait facile de citer d'autres pays où l'action de l'Église a été aussi puissante et qui n'ont pas connu, du moins à cette époque, le retrait lignager. Ce qui nous paraît surtout décisif contre l'opinion qui attribue le développement de cette institution à l'action de l'Église, c'est qu'elle est tout à fait contraire aux tendances et aux intérêts de l'Église elle-même. Tout en s'opposant à l'aliénation des biens qu'elle possédait, l'Église s'efforçait de rendre disponibles ceux des laïques. Ne s'est-elle pas attachée à supprimer ou tout au moins à restreindre les droits de réserve des enfants pour rendre plus faciles les libéralités qui lui étaient faites? Elle se serait mise en contradiction avec elle-même si elle avait favorisé le retrait

(1) *Anciennes lois des Français*, t. 1, p. 456.

lignager qui avait pour effet de conserver aux immeubles leur caractère de propres, car les biens de cette nature étaient plus particulièrement indisponibles et la réserve des héritiers les comprenait presque tous (1).

A notre avis, le germe du retrait lignager se trouve dans les vieilles coutumes germaniques qui consacrent le principe de la copropriété de famille et assurent la conservation des biens des ancêtres. On a vu combien cette notion de la copropriété de famille était générale parmi les Barbares. Après leur établissement dans l'Empire romain, leurs coutumes vinrent se heurter à la civilisation romaine qui préférait la propriété individuelle, et à l'Église qui en favorisait le développement (2). Tout en acceptant cette propriété individuelle, les Barbares maintinrent intacte la distinction des immeubles en propres et en acquêts et s'attachèrent, par divers moyens, à en assurer la conservation dans la famille. La loi des Saxons était tout particulièrement rigoureuse : elle ne permettait l'aliénation de l'*hæreditas* qu'en cas de nécessité absolue et encore fallait-il commencer par l'offrir au plus proche parent, sur son refus au tuteur et à son défaut seulement l'aliénation était autorisée au profit d'une personne quelconque (3). En plein moyen âge, certaines coutumes de l'Allemagne déclarent les immeubles inaliénables, sauf en cas de nécessité absolue et même alors l'héritier présomptif peut empêcher la vente en prenant l'engagement de subvenir aux besoins du propriétaire (4). Ailleurs, le propriétaire devra d'abord offrir l'immeuble, en présence de témoins, à ses plus proches héritiers et c'est seulement sur leur refus qu'il pourra ensuite l'aliéner à un étranger (5). D'après les *Miroirs de*

(1) Voy. ce que j'ai dit dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1885, t. IX, p. 633.

(2) Chez les Romains, une constitution de l'empereur Constantin avait permis aux proches parents du vendeur et aux *consortes* (on entendait probablement par là les copropriétaires par indivis) d'écarter tout acheteur étranger, mais cette loi fut abrogée par une constitution des empereurs Valentinien, Théodose et Arcadius. Voy. Const. 14, *De contrahenda emptione*, IV, 38.

(3) Loi des Saxons, tit. 62 et 64.

(4) *Stadtrecht* de Fribourg, année 1120, § 28.

(5) *Leges Buchardi*, art. 2 et 6.

*Souabe et de Saxe*, le propriétaire peut aliéner avec le consentement des héritiers, à charge cependant de conserver une certaine quantité de terre (1). En Italie, dès le XII<sup>e</sup> siècle, les *Libri feudorum* consacrent la nécessité d'offrir au préalable l'immeuble patrimonial aux parents, et ils nous apprennent qu'il s'agit là d'une coutume ancienne (2). Le statut de Milan donne trente jours aux héritiers pour se décider, et si aucune offre ne leur a été faite, ils ont un an et un jour pour revendiquer l'immeuble (3). Plus tard le retrait lignager est consacré par une Décrétale de Grégoire IX (4). En Espagne, les *fueros* du XI<sup>e</sup> siècle interdisent la vente des immeubles sans nécessité, mais c'est seulement au XVI<sup>e</sup> siècle qu'ils consacrent le retrait lignager (5). Le livre des *Assises de la cour des bourgeois* veut que le vendeur offre avant tout l'immeuble à ses héritiers présomptifs auxquels on donne sept jours à partir de la vente pour délibérer; si cette formalité n'a pas été remplie, ils peuvent revendiquer pendant un an et un jour (6). Il est manifeste que cette dernière solution doit être généralisée et que dans toutes les coutumes où l'aliénation était soumise à certaines conditions dans l'intérêt de la famille, la revendication était permise aux parents si ces conditions n'avaient pas été observées.

L'offre aux héritiers se rencontre aussi dans le Hainaut, en Ecosse, en Danemark (7).

On retrouve aussi en France cette formalité, même dans des textes postérieurs à l'organisation du retrait lignager. Elle a, en effet, conservé un grand intérêt; toutes les fois qu'elle a été remplie vis-à-vis d'un héritier et que celui-ci a refusé l'offre, il est par cela même considéré comme renonçant à exercer plus tard le retrait. Aussi les textes nous

(1) *Miroir de Saxe*, liv. I, art. 34.

(2) *Libri feudorum*, lib. II, tit. 4.

(3) Sclopis, *Histoire de la législation italienne*, t. II, p. 126.

(4) Lib. I, tit. 41, cap. 8.

(5) Cpr. Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière*, p. 391.

(6) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 30 et 31, éd. Beugnot, t. II, p. 35.

(7) Voy. par exemple coutume de Mons, chap. 49, et pour l'Ecosse, les *Leges Burgorum*, p. 45, dans Houard, *Coutumes anglo-normandes*, t. II, p. 46.

montrent-ils que cette offre de l'héritage, c'est-à-dire du bien propre, est faite tantôt par l'acheteur tantôt par le vendeur (1); tous deux ont en effet un égal intérêt à connaître l'intention du parent le plus proche (2).

Certaines coutumes fixent le délai dans lequel les héritiers doivent déclarer qu'ils prennent l'acquisition pour eux. La charte de Villefranche, de 1270, leur donne quinze jours; mais si on ne leur a pas offert la préemption, ils auront un an et un jour, pour exercer le retrait (3). En Bretagne, il existait toute une procédure pour mettre les parents en demeure d'empêcher le propre de sortir de la famille. Un sergent dit *bannier* faisait des *bannies*, c'est-à-dire des criées, ordinairement le dimanche, dans la paroisse où était situé l'héritage vendu, soit à la porte de l'Église, à la sortie de la grand'messe, soit au marché. Ces bannies étaient au nombre de trois, à un intervalle de huit à quinze jours, selon les coutumes locales. En outre, le sergent bannier notifiait, en présence de témoins, la vente aux parents du vendeur auxquels appartenait à l'origine le droit de préemption, dans la suite le droit de retrait. Ces sommations individuelles appelées *requêtes* et probablement d'une origine fort ancienne, ne pouvaient être faites qu'aux parents présents. Elles paraissent être tombées en désuétude à partir du xiv<sup>e</sup> siècle. On estima que les publications à cri public suffisaient désormais pour tous (4).

(1) Les textes ne s'expliquent pas toujours bien nettement sur le point de savoir si l'offre au plus proche est imposée pour la vente d'un immeuble quelconque ou seulement pour celle d'un immeuble propre. Mais le retrait lignager suppose nécessairement un propre.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 167, t. I, p. 167; C, n° 152, t. I, p. 348. — *Établissements de Saint Louis*, chap. 161, éd. Viollet, t. II, p. 297. — *Charte d'Amiens*, de 1190, art. 25. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 149. — *Livre de justice et de plet*, p. 129. — *Coutume de Ferrette*, chap. 23. — *Coutume d'Erkinghen*, tit. 1, dans *Richebourg*, t. II, p. 924.

(3) Voy. La Thaumassière, *Anciennes et nouvelles coutumes du Berry*, Paris, 1680, p. 620.

(4) Ces requêtes et bannies établies uniquement pour le cas de vente et en vue du droit de préemption, ensuite du retrait, furent plus tard étendues à d'autres contrats et à d'autres personnes. Cette procédure fut employée pour toute aliénation d'immeuble et servit à mettre en demeure ceux qui avaient des droits sur le bien, tels que le véritable propriétaire et les créanciers hypothé-

Dans d'autres coutumes, au contraire, et en faveur du retraits lignager, on décidait que la mise en demeure faite par le vendeur ou par l'acheteur, aux lignagers, à cri public ou autrement, de prendre pour leur compte l'acquisition ne les privait pas du droit d'exercer le retrait pendant l'an et jour (1). C'est qu'en effet le retrait lignager avait reçu une organisation complète et on ne voyait plus bien l'utilité de l'offre aux lignagers. Le retrait féodal s'était établi et on avait très naturellement organisé, sur le même modèle, le retrait lignager. C'est dans cette mesure et dans cette mesure seulement qu'on peut attribuer au droit féodal une certaine influence. Puisque le seigneur avait le droit de se plaindre lorsque le vassal aliénait sans son consentement à un étranger et qu'il pouvait exercer le retrait, pourquoi le même droit n'aurait-il pas appartenu au lignager dans les pays où son consentement exprès ou tacite était nécessaire, ou tout au moins là où on lui reconnaissait un droit de préemption qu'il n'avait pas été mis à même d'exercer ?

On s'explique ainsi que le retrait lignager étant modelé sur le retrait féodal, n'apparaisse qu'assez tard, à la fin du XII<sup>e</sup> siècle et au commencement du XIII<sup>e</sup> (2). D'abord propre à certaines coutumes, le retrait lignager ne tarda pas à se généraliser dans toute la France. Il était alors très populaire et il se développa même aux dépens du droit féodal. On admit, de très bonne heure, que le retrait lignager devait être préféré au retrait féodal qu'il excluait. En effet, lorsque le vassal aliénait son fief sans le consentement de son seigneur et qu'un lignager du vendeur exerçait le retrait, le seigneur n'avait pas le droit de se plaindre de la violation de la clause de la

caires; si ceux-ci ne faisaient pas opposition dans le délai de la coutume, leurs droits réels, propriété ou hypothèque, n'étaient pas opposables à l'acquéreur. Voy. Planioi, *Les appropriations par bannies dans l'ancienne province de Bretagne*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1890, t. XIV, p. 433.

(1) Beaumanoir, chap. 44, n° 27, t. II, p. 196.

(2) Le retrait féodal apparaît déjà deux siècles auparavant. Voy. *Charte d'établissement du monastère de La Réole*, de 977, dans Laurière, préface au *Traité du retrait lignager de la coutume de Paris*.

concession que le fief ne sortirait pas de la famille du vassal sans son assentiment. Mais bientôt le retrait lignager, à raison même des entraves qu'il apportait à la libre circulation des biens, devint la source de fréquents procès. Il exerça la sagacité des jurisconsultes et ceux-ci, s'inspirant du droit romain, proposèrent souvent des solutions fort subtiles. On en arriva aux xiv<sup>e</sup> et xv<sup>e</sup> siècles, dans la doctrine comme dans la pratique, à voir le retrait lignager avec une extrême défaveur; on le considéra comme un droit haineux et les procédés les plus divers furent employés pour en rendre l'exercice difficile ou même impossible. Toutefois, dès le commencement de la période monarchique, au temps de la rédaction des coutumes officielles, une nouvelle réaction s'opéra contre cette tendance. Par cela même qu'il flattait l'esprit nobiliaire, le retrait lignager reprit faveur; on le rendit moins rigoureux en même temps qu'on reconnut le droit au retrait à tous les lignagers, quel que fût le degré de parenté avec le vendeur. Il résulta de cette innovation que la vente faite à un lignager, même éloigné, ne donna plus jamais ouverture au retrait (1).

Tel fut, selon nous, le développement historique du retrait lignager : il s'est organisé sous l'influence du droit féodal, mais il n'a pas sa source dans ce droit et il remonte à un principe très général et fort répandu dans les sociétés primitives, le principe de la copropriété de famille, qui a pour conséquence d'interdire à l'individu de vendre les biens de famille (propres, biens avitins, *bona patrimonialia*), sans le consentement de ses plus proches parents.

Le retrait lignager consiste dans le droit reconnu par les coutumes au parent lignager le plus proche du vendeur d'un propre, de reprendre ce bien entre les mains de l'acquéreur dans l'an et jour de l'ensaisinement, à charge d'indemniser cet acquéreur du prix et des accessoires (2). Ce retrait porte

(1) On ne l'admit pas non plus contre les offices ni contre les rentes constituées, de sorte qu'il fut facile d'éviter l'application du retrait en donnant à l'aliénation la forme d'un bail à rente.

(2) Voy. sur le retrait lignager, *Livre de justice et de plet*, p. 123 et 129. —

des noms assez divers : *premesse* en Bretagne (1) ; *primessa* en Béarn (2) ; droit de *proismeté* ou de proximité, dans le nord de la France (3) ; termes employés pour montrer que ce droit est réservé à l'héritier le plus proche. Beaumanoir et d'autres appellent notre retrait la *rescousse*, expression indiquant une sorte de tort, de violence même faite à l'héritier présomptif. Mais c'est le mot *retrait* qui, en dernier lieu, est devenu tout à fait général.

Le retrait existait au profit du parent le plus proche du vendeur, au degré successible et du côté d'où provenait le bien patrimonial. Les anciens textes ne sont pas d'ailleurs bien précis sur le point de savoir si la parenté de simple côté suffisait ou s'il ne fallait pas, tout au moins dans certaines coutumes, être de côté et ligne (4). Lorsque plusieurs parents au plus proche degré se présentaient pour exercer le retrait, ils le faisaient tous en commun (5), et chacun en profitait dans la proportion où il devait être un jour héritier (6). Si l'acheteur

*Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 161 et suiv. — *Établissements, coutumes assises et arrêts de l'Échiquier*, éd. Marnier, p. 92, 98, 100, 102, 104, 105, 107, 154. — *Recueil de jugements de l'Échiquier de Normandie*, par Léopold Delisle, n° 517, p. 122. — *Grand coutumier de Normandie*, chap. 116, éd. de Gruchy, p. 295. — Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 44. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34. — *Coutumes notoires*, n°s 89, 146. — Desmares, *Décisions*, n°s 82, 145, 197, 211, 213, 214, 234, 298, 367. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n°s 245 à 286, t. I, p. 536 ; F, n°s 649 à 707, t. II, p. 238 ; I, n°s 277 à 322, t. III, p. 401. — *Livre des droitz et des commandemens*, t. I, p. 141. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, chap. 70, éd. de 1621, p. 707.

(1) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. II, p. 101, estime que ce mot est d'origine celtique, tandis qu'il dérive tout simplement du latin *proximus*.

(2) Fors de 1552, *De contractes*, art. 24.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, *op. et loc. cit.*

(4) Voy. en sens divers, Beaumanoir, chap. 44, n°s 7 et 8, t. II, p. 189, et dans le second, Desmares, *Décisions*, n° 82. — *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 124 et 361. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 285, t. III, p. 408.

(5) Arrêt de 1308, dans les *Olim*, t. III, p. 302. — Beaumanoir, chap. 44, n° 25, t. II, p. 195. — Desmares, *Décisions*, n° 82. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 339. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 245, t. I, p. 536 ; E, n°s 253 et 254, t. I, p. 340 ; E, n° 270, t. I, p. 552 ; B, n° 168, t. I, p. 168 ; C, n°s 153 à 157, t. I, p. 349 et suiv. ; F, n°s 650, 658 à 758, t. II, p. 228 et suiv. ; I, n°s 285, 286, t. III, p. 408.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 205, t. IV, p. 232.

était un lignager plus éloigné, le retrait s'exerçait aussi bien que contre un étranger (1). Dans la suite, ce système a changé (2). Lorsque l'acheteur était précisément le plus prochain lignager et le seul, il ne pouvait être question de retrait; mais s'il existait un autre lignager au même degré, celui-ci pouvait-il exercer le retrait pour moitié? Beaumanoir répond négativement; il cite le cas d'un frère vendant à un second frère et décide que le troisième frère ne peut pas exercer le retrait parce qu'il n'est pas parent plus rapproché que l'acheteur (3). Mais cette opinion n'avait pas prévalu (4) et on avait autorisé le troisième frère à exercer le retrait pour moitié (5).

Il y avait aussi diversité dans les coutumes pour le cas où plusieurs lignagers avaient droit au retrait en qualité de parents les plus proches, et que les uns se montraient diligents, les autres négligents. Certaines coutumes voulaient que le retrait opéré par le plus diligent profitât aussi à l'autre lignager, si celui-ci en réclamait plus tard sa part, même après l'expiration d'un an et un jour, pourvu que le premier retrayant n'eût pas encore payé le prix (6). Mais en général les coutumes ne permettaient au lignager négligent de réclamer sa part à celui qui avait pris les devants, qu'autant que l'adjudication n'avait pas été prononcée au profit de ce dernier (7).

(1) Beaumanoir, chap. 44, n° 10, t. II, p. 190. — *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 46. — *Livre des droitz et des commandemens*, nos 80 et 125.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 328.

(3) Beaumanoir, chap. 44, n° 13, t. II, p. 191.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 303, t. III, p. 424. Cpr. F, n° 676, t. II, p. 246.

(5) *Très ancienne coutume de Bourgogne*, n° 73, dans Giraud, t. II, p. 281. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 170, t. I, p. 171; C, n° 159, t. I, p. 352. Lorsque deux époux acquièrent un immeuble et que l'un d'eux est le plus proche lignager, s'il meurt ensuite sans héritier de son corps les autres lignagers peuvent alors exercer le retrait. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 271, t. I, p. 552; F, nos 677 et 678, t. II, p. 777 et 778; I, nos 227, 304, 305, t. III, p. 361, 425, 426.

(6) *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, éd. Marnier, p. 98 et 154.

(7) *Livre des droitz et des commandemens*, nos 595, 659, 978, 979. — *Olim*, t. III, p. 302, n° 44.

Lorsque le plus prochain lignager était exclu du bénéfice du retrait par une raison quelconque, le droit passait au suivant et ainsi de suite, tant qu'on trouvait des parents au degré successible (1). Au temps de Beaumanoir, on admettait le retrait jusqu'au septième degré (2), et cette règle paraît avoir été très générale, sauf quelques exceptions, notamment en Bretagne où le retrait était permis, même au profit du lignager au neuvième degré (3). On admettait le droit de retrait jusqu'au septième degré parce qu'autrefois le droit canonique défendait le mariage jusqu'à ce degré. Cette prohibition étant devenue la source de nombreuses nullités de mariage et rendant même difficile le mariage de certains seigneurs, le quatrième concile de Latran limita les empêchements de mariage au quatrième degré, mais on n'en conserva pas moins dans le droit coutumier la faculté de retraire jusqu'au septième. Le bâtard n'étant pas du lignage, ne pouvait prétendre au retrait, ni lui ni ses descendants (4). Enfin le lignager même le plus proche ne pouvait pas exercer le retrait s'il n'était pas sujet du pays où il fallait ajourner l'acheteur. Certains textes le dispensaient de cette condition s'il présentait à sa place un attourné ou s'il donnait plège au sergent (5).

Dans la suite Loysel posa là formule, « *Qui n'est habile à succéder ne peut à retraire aspirer* (6) ». Cette règle ne signifiait pas, bien entendu, qu'il fût nécessaire d'être le successible du vendeur, mais seulement qu'il ne fallait pas être frappé d'incapacité de lui succéder. On discuta toutefois longtemps sur le point de savoir si le fils pouvait exercer le retrait de l'héritage vendu par son père. Ne devait-on pas considérer

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 369, t. III, p. 429.

(2) Beaumanoir, chap. 44, n° 7 et 12, t. II, p. 189 et 191.

(3) *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 46.

(4) Beaumanoir, chap. 44, n° 18, t. II, p. 193. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 253, t. I, p. 540; F, n° 656 et 702, t. II, p. 218 et 255. Cpr. B, n° 107, t. I, p. 127; C, n° 99, t. I, p. 312.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 283, t. I, p. 560; F, n° 694, t. II, p. 252; I, n° 314, t. III, p. 431.

(6) Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, règle 18.

cet acte comme contraire à la piété filiale? Cependant on finit par écarter cette raison et par appliquer le droit commun; on permit au fils d'exercer le retrait de l'héritage aliéné par son père, même s'il n'était pas encore né ni conçu au moment de la vente, pourvu qu'il eût été au moins conçu dans l'année du contrat (1).

N'étaient soumis au retrait que les immeubles de famille, les propres; les acquêts y échappaient. Peu importait d'ailleurs qu'il s'agit d'immeubles corporels ou d'immeubles incorporels. Ainsi tout fief de famille pouvait être retrayé (2). Mais certaines coutumes n'admettaient pas cependant qu'il y eût lieu à retrait en cas *d'abournement* de fief, c'est-à-dire de vente d'une partie seulement du fief (3). Parmi les biens incorporels, on soumettait au retrait les cens, rentes et autres droits perpétuels (4). Il y avait aussi lieu à retrait en cas de vente d'une dime inféodée, à moins qu'elle n'eût eu lieu au profit du curé de la paroisse de laquelle cette dime relevait (5). Quant aux meubles, ils ne pouvaient donner lieu à retrait, à moins qu'il ne s'agit de certains meubles précieux assimilés aux immeubles à raison même de leur valeur et, d'un autre côté, lorsqu'un héritage avait été vendu avec des meubles, le retrait devait nécessairement porter sur le tout (6).

Par dérogation au principe que le retrait lignager supposait en général un immeuble propre, quelques coutumes l'admettaient même pour les acquêts (7). Plus tard ce système fut consacré par les coutumes d'Anjou, du Maine, de Tours, de Poi-

(1) Coutume de Vermaadois, art. 253. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, règles 20 et 21.

(2) *Olim*, t. II, p. 233, n° 19. — Beaumanoir, chap. 44, n° 2, t. II, p. 187. — Desmares, *Décisions*, n° 82. — *Coutumes notoires*, n° 16.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 322, t. III, p. 439.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 323 et 347. — Desmares, *Décisions*, n° 234. — *Coutumes notoires*, n° 89. — *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 552, 537, 984.

(5) *Olim*, t. I, p. 233, n° 19.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 338, t. IV, p. 237.

(7) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 116. — Coutume d'Ypres, dans les *Olim*, t. II, p. 843, n° 293.

tu, de l'Angoumois, de Saint-Jean-d'Angély (1). Pour notre période, le fait est moins certain, bien qu'un ancien texte permette au père d'exercer le retrait d'un acquêt que son fils a vendu (2). Mais d'autres textes exigent en termes impératifs que le retrayant soit du lignage ou du branchage de celui qui a aliéné, ce qui implique bien l'exclusion du retrait pour les acquêts (3).

On admit aussi qu'il n'y aurait pas lieu à retrait lorsque l'aliénation avait eu pour effet de mettre dans le patrimoine de l'aliénateur un autre propre qui aurait pris la place du bien aliéné, au moyen de ce que nous appelons aujourd'hui la subrogation réelle. C'est ainsi qu'on explique l'exclusion du retrait en cas d'échange. Dans ces circonstances, la famille n'éprouvait en réalité aucun préjudice. En sens inverse, on admettait dans la coutume de Paris deux exceptions à la règle suivant laquelle le retrait supposait l'aliénation d'un propre. D'une part, lorsque l'acheteur était parent du vendeur du côté et ligne dont l'héritage était venu à ce vendeur, bien que l'immeuble fût pour cet acheteur un acquêt, cependant s'il vendait lui-même à un étranger, l'héritage pouvait être retrait dans l'an et jour (4). D'autre part, lorsqu'un même acheteur avait subi le retrait, que plus tard il acquérait de nouveau le bien à titre de conquêt et le vendait à un étranger, il y avait néanmoins lieu à retrait (5).

Le retrait supposait que l'aliénation du propre avait eu lieu à la suite d'une vente, par conséquent moyennant un prix en argent, ou encore en échange de meubles, et ce second procédé était volontiers employé parce qu'il avait pour effet de rendre le retrait plus difficile (6). En cas de vente à réméré,

(1) Anjou, art. 366; Maine, art. 376; Tours, art. 156; Poitou, art. 358; Angoumois, art. 55; Saint-Jean-d'Angély, tit. *Des retraits*, art. 1<sup>er</sup>.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 221, t. IV, p. 236.

(3) Voy. notamment, *Livre des droiz et des commandemens*, nos 80 et 125.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 343.

(5) *Grand Coutumier de France*, *ibid.*

(6) C'est à tort que, de nos jours, on a dit que cette combinaison était rare. On verra bientôt le contraire et pour quelles causes les contractants y recourraient. Desmares, *Décisions*, nos 145, 197, 198. — *Grand Coutumier de France*,

le lignager pouvait exercer tout de suite le retrait et aussi pendant un an et un jour à partir de l'expiration du délai donné au vendeur pour reprendre son immeuble (1). On autorisait le retrait même en cas de vente faite en justice (2). Plus tard, Masuer critiquera cette solution en faisant remarquer que, dans le cas de vente forcée, le lignager est suffisamment protégé par le droit de se porter adjudicataire (3).

Ce droit de retrait laissant la propriété de l'immeuble propre dans l'incertitude pendant un certain temps, on avait imaginé toutes sortes de moyens pour échapper à cette conséquence. Ainsi on prétendait que l'offre faite aux parents d'acheter l'immeuble les mettait en demeure d'exercer leur droit et cette solution était en effet admise dans certaines coutumes, mais d'autres la repoussaient. Beaumanoir nous apprend que, dans diverses contrées du Beauvoisis, on essayait de faire observer l'usage de proclamer l'achat en pleine paroisse, pour obliger les parents à exercer le retrait dans la quinzaine suivante. Mais il ajoute que cet usage ne vaut rien parce qu'il est contraire à la coutume générale du comté de Clermont (4).

On avait aussi imaginé de modifier certains éléments du contrat de vente pour empêcher le retrait. Ainsi, au lieu de stipuler le prix en argent, il était convenu qu'il serait dû en autres choses fongibles, blé, avoine, vin, et on avait soin d'estimer ces choses au delà de leur valeur pour empêcher le retrait; Beaumanoir décide que, dans ces circonstances, le retrayant devra donner une somme d'argent représentant la valeur exacte de ces denrées au jour de la vente, sans qu'il

liv. II, chap. 34, p. 341. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 245, t. I, p. 536; F, n° 650, t. II, p. 238; I, n° 277, t. III, p. 401. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 577.

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 302, t. III, p. 423.

(2) *Très ancienne coutume de Bourgogne*, n° 73. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 282, t. I, p. 560; F, n° 686, t. II, p. 250; I, n° 313, t. III, p. 434; F, n° 1118, t. II, p. 421.

(3) Masuer, *Practica forensis*, tit. 30.

(4) Beaumanoir, chap. 44, n° 27, t. II, p. 196.

y ait lieu de rechercher si, depuis cette époque, elles ont augmenté ou diminué de valeur (1).

Beaucoup d'autres moyens étaient encore pratiqués pour échapper au retrait; le plus fréquent consistait à faire un échange sérieux ou simulé (2).

Le retrait lignager n'existait pas en cas d'échange, même si l'un des immeubles avait en réalité une valeur de beaucoup supérieure à celle de l'autre, même si l'immeuble reçu en échange était bien inférieur à celui qui avait été donné, pourvu qu'aucune soulte n'eût été stipulée; il y avait en effet, en pareil cas, à la fois échange et donation et aucun de ces deux actes ne pouvait autoriser un retrait (3). Mais si l'échange avait eu lieu à charge de payer une soulte, on admettait volontiers le retrait, d'ailleurs sous des conditions diverses. Beaumanoir considérait dans tous les cas cette opération comme une vente donnant lieu au retrait lignager (4). Dans l'Anjou, le Maine et le Poitou, il n'y avait vente qu'autant que la soulte était d'une valeur supérieure à l'immeuble donné (5). D'après le *Grand coutumier de France*, le retrait n'était admis que dans la mesure où il y avait soulte (6). Plus tard, la coutume de Paris (art. 143) ne permit le retrait qu'autant que la soulte excédait la moitié de la valeur de l'héritage.

La transaction ne donnait pas lieu à retrait (7).

(1) Beaumanoir, chap. 44, n<sup>os</sup> 20 et 21, t. II, p. 194.

(2) Beaumanoir, chap. 44, n<sup>o</sup> 3, t. II, p. 188. Voy. encore n<sup>os</sup> 44 et 52, p. 206 et 210. — On se demandait aussi s'il y avait lieu à retrait lorsque la vente avait été faite par un exécuteur testamentaire, et Beaumanoir répond affirmativement, chap. 44, n<sup>o</sup> 55, t. II, p. 214.

(3) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 124 et 572. — Boutaric, *Actes du Parlement*, n<sup>o</sup> 645, p. 406.

(4) Beaumanoir, chap. 44, n<sup>o</sup> 4, t. II, p. 183.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n<sup>o</sup> 167, t. I, p. 167; C, n<sup>os</sup> 151 et 152, t. I, p. 348. — *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 124 et 572. Cependant les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, décident d'une manière générale que la donation faite à charge d'entretenir le donateur est toujours sujette à retrait parce qu'elle est à titre onéreux. E, n<sup>o</sup> 233, t. I, p. 530; F, n<sup>o</sup> 687 et 1250, t. II, p. 250 et 464; I, n<sup>o</sup> 206, t. III, p. 395; L, n<sup>os</sup> 214 et 218, t. IV, p. 234 et 235.

(6) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 337.

(7) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 699, t. II, p. 254.

L'aliénation résultant d'une donation ou d'un legs échappait aussi au retrait; dans le second cas la famille était suffisamment protégée par la réserve des quatre quintes, et dans le premier cas par le danger d'appauvrissement immédiat et actuel.

Le contrat d'inféodation et le bail à cens ne donnaient pas non plus naissance au retrait (1). Quant au bail à rente, les coutumes étaient divisées; celles de l'Anjou et du Maine admettaient le retrait (2). Dans d'autres il était exclu et on ne le permit plus tard qu'autant que la rente avait été stipulée rachetable (3).

On discuta longtemps sur le point de savoir quelle était la nature de l'action en retrait accordée au lignager, le plus souvent au plus proche à l'exclusion des autres. Les uns voulaient que l'action fût personnelle et portée à ce titre devant le tribunal du défendeur (4). D'autres donnaient à cette action un caractère mixte et pensaient qu'elle pouvait, au choix du demandeur, être soumise soit au tribunal du domicile de l'acheteur, soit au tribunal de la situation de l'immeuble (5). Mais suivant l'opinion dominante, l'action était surtout réelle et pouvait être intentée contre quiconque était propriétaire au moment où elle était mise en mouvement (6).

Une fois l'ajournement lancé, on ne tenait pas compte des aliénations postérieures et celui qui avait été défendeur au moment de l'ajournement, continuait à jouer ce rôle au procès (7). Il paraît toutefois que cette fraude était assez

(1) Très ancienne coutume de Bretagne, art. 220. Cpr. *Ancienne coutume de Bretagne*, art. 198. — Desmares, *Décisions*, n° 197.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 248, t. I, p. 537 et n° 249, t. I, p. 538; F, n° 651 et suiv., t. II, p. 238; I, n° 279 et suiv., t. III, p. 403.

(3) Cpr. art. 137 de la coutume de Paris.

(4) Vermandois, art. 233; Reims, art. 298; Châlons, art. 232; Ribemont, art. 33; Touraine, art. 169; Grand Perche, art. 193; Bourbonnais, art. 437; Poitou, art. 327.

(5) Desmares, *Décisions*, n° 257.

(6) *Coutumes notoires*, n° 145 et 146.

(7) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 335.

fréquente et certaines coutumes prirent même des dispositions rigoureuses pour l'empêcher. Ainsi, d'après les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, si l'acheteur aliénait après avoir été assigné en retrait, il encourait une amende arbitraire et devait subir le retrait sans toucher aucun prix (1).

Le retrait ne pouvait pas avoir lieu pour partie, à moins que l'acquéreur n'y consentit (2).

Il devait être exercé dans l'an et jour de l'ensaisinement, hommage ou souffrance baillée à l'acheteur (3). Au bout de ce temps, l'acquéreur ne pouvait donc plus être inquiété et on admettait même généralement, par dérogation au droit commun, que cette prescription, manifestement empruntée aux vieux usages germaniques, courait contre les mineurs et les absents (4). On voit par là que, même à l'époque où les formalités d'investiture et d'ensaisinement devinrent purement facultatives, elles continuèrent à rester fort utiles pour fixer le point de départ de la prescription d'an et jour de l'action en retrait. Dans les coutumes où ces formalités étaient tombées en désuétude et dans celles qui ne les avaient jamais admises, le

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 280, t. I, p. 558; F, n° 684, t. II, p. 249; I, n° 312, t. III, p. 432. Des peines, notamment une amende, menacent également l'acheteur qui commet une fraude sur le prix et le lignager qui fait en apparence le retrait pour lui-même et en réalité pour autrui. Cpr. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 325, t. IV, p. 280.

(2) *Anciennes constitutions du Châtelet*, § 86. Cpr. Beaumanoir, chap. 44, n° 40, t. II, p. 203.

(3) *Coutumes notoires*, n° 145. — Desmares, *Décisions*, n° 207. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 247, t. I, p. 537. — Beaumanoir, chap. 44, n° 2, t. II, p. 187. Pour le cas où l'acheteur avait payé son prix avant d'avoir été mis en saisine par le seigneur et où le vendeur refusait ensuite de le faire ensaisiner, voy. Beaumanoir, chap. 44, n° 14, t. II, p. 192.

(4) Voy. cependant en sens divers sur ce point, Boutaric, *Actes du Parlement*, t. I, p. 214, n° 2225. — Delisle, *Recueil de jugements de l'Échiquier de Normandie*, n° 507. — *Livre de justice et de plet*, p. 129. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 588. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 315, t. I, p. 581; F, n° 692, t. II, p. 252; I, n° 353, t. III, p. 469. — Loyssel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, n° 467. Il ne faut pas essayer de concilier tous ces textes; les uns admettent l'interruption de prescription suivant le droit commun au profit du lignager mineur ou absent; les autres veulent que la prescription de l'an et jour, donnée pour exercer l'action en retrait, ne soit pas interrompue par la minorité ou l'absence du lignager et c'est cette doctrine qui devint dominante.

lignager avait un an et un jour pour faire le retrait, à partir du moment où il avait eu connaissance de l'aliénation, c'est-à-dire en réalité, à partir de la signification que l'acheteur lui faisait par sergent, précisément pour porter l'acquisition à sa connaissance (1).

En principe, la juridiction ecclésiastique était toujours incompétente pour connaître du retrait, à moins qu'il ne s'agit de la vente d'une dime inféodée (2); l'action était alors portée devant la juridiction laïque, et, en particulier, si l'on admet que cette action était réelle, suivant l'opinion dominante, devant la juridiction du seigneur dont l'héritage relevait. Si la cour suzeraine et la cour sujette étaient toutes deux saisies de l'action en retrait, la seconde devait renoncer à la procédure (3).

Le retrait avait nécessairement lieu en justice; il ne pouvait pas se faire à l'amiable (4). La femme mariée ne pouvait pas exercer l'action en retrait sans le consentement de son mari, à moins que celui-ci ne fût aliéné ou absent; mais on admettait que le mari pouvait venir en justice à sa place pour exercer le retrait si elle était empêchée, par exemple à raison de son état de grossesse, et cela même à l'époque où il était défendu au demandeur de se faire représenter par procureur (5).

La procédure du retrait lignager était entourée d'un formalisme étroit et rigoureux, qui avait été introduit en partie à une époque où le retrait était vu avec faveur et où on se montrait sévère envers l'acheteur, en partie à une époque où l'on considérait le retrait comme un droit haineux et où par cela même on multipliait les rigueurs contre le retrayant;

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 286, t. I, p. 562; I, n° 197, t. III, p. 438; L, n° 197, t. IV, p. 228.

(2) *Olim*, t. I, p. 897, n° 40.

(3) Beaumanoir, chap. 44, n°s 17 et 29, t. II, p. 193 et 198. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n°s 263, 277 à 279, t. I, p. 517 et 564; F, n°s 268 et 269, t. II, p. 244; I, n°s 294, 310, 311, t. III, p. 418, 430, 431.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 216, t. IV, p. 235.

(5) Beaumanoir, chap. 44, n°s 19 et 26, t. II, p. 193 et 196.

puis ces usages ont survécu aux causes qui les avaient fait introduire et on s'est ainsi trouvé en présence d'un ensemble de règles de procédure qui, sans cette explication, paraîtraient bien étranges.

Avant le <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle il suffisait, pour que l'action en retrait fût valablement intentée, que l'ajournement eût été signifié dans l'an et jour. Il n'était pas nécessaire que le délai donné au défendeur pour comparaitre expirât dans cette année. Mais plus tard, au <sup>xiv</sup><sup>e</sup> siècle, on se montra moins facile et le lignager dut assigner, à peine d'être déchu de son droit, de manière à ce que le délai donné au défendeur pour comparaitre se trouvât dans l'an et jour (1).

L'ajournement se faisait en présence de records qui plus tard en attestaient l'existence (2). Le sergent ne pouvait ajourner en retrait hors de son bailliage qu'avec la permission du juge, à peine de nullité (3). Si le sergent ne rencontrait pas l'acheteur, il avait le droit de prendre et de saisir l'immeuble pour empêcher la prescription de s'accomplir contre le retrayant (4).

L'acheteur niait-il l'existence de l'ajournement, le lignager en faisait la preuve par serment et par records (5). L'acquéreur soutenait-il qu'il avait été assigné trop tard, le combat judiciaire en décidait, d'après le *Livre de justice et de plet* (6).

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 263, t. I, p. 517; F, n° 669, t. II, p. 244; I, n° 294, t. III, p. 418. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 329. Cpr. Coutume de Paris, art. 130. — Beaumanoir, chap. 44, n° 30, t. II, p. 198. Ce jurisconsulte exige déjà que le délai d'ajournement soit compris dans l'an et jour.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 685, t. II, p. 243.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 319, t. III, p. 438.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, I, n° 315, t. III, p. 436. D'après Beaumanoir, si l'acheteur a quitté le pays, le retrait peut être exercé contre son procureur; s'il n'en a pas laissé, il faut le faire ajourner par le seigneur et s'il ne vient pas, le retrayant met la somme entre les mains du seigneur qui la rendra à l'acheteur à son retour ou à ses héritiers. Beaumanoir, chap. 44, n° 29, t. II, p. 197.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 284, t. I, p. 561; F, n° 689; t. II, p. 251; I, n° 316, t. III, p. 436.

(6) *Livre de justice et de plet*, p. 128 et 129.

La procédure était également rigoureuse entre les deux parties. Ainsi le demandeur était déchu de son droit dès qu'il faisait défaut à une seule audience (1), et toutes les fois qu'il abandonnait l'instance, il devait payer les frais du procès et pouvait être condamné à des dommages-intérêts. Dans plus d'une coutume la péremption d'instances s'accomplissait contre lui plus rapidement qu'en toute autre matière. Dans l'Anjou et le Maine, le délai de la péremption était réduit de dix ans à un an (2). Si le défendeur niait l'existence d'un lignage entre le retrayant et le vendeur, les rigueurs de la loi se retournaient contre lui et du moment que le demandeur établissait sa parenté par témoins, il avait le droit d'exercer le retrait sans rien payer (3).

Pour exercer le retrait, le demandeur devait en effet prouver qu'il y avait eu vente, qu'il était parent du vendeur, et même, dans certaines coutumes, qu'il était parent du côté d'où venait l'immeuble. Beaumanoir ajoute que si le vendeur possède l'immeuble depuis une époque tellement reculée qu'on ne peut plus savoir de quel côté vient le bien, il suffit au retrayant de prouver sa parenté et que c'est ensuite à l'acheteur à établir que le demandeur n'est pas parent de la ligne à laquelle appartient l'immeuble (4).

Chaque partie s'efforçait de profiter de la rigueur de la procédure pour prendre son adversaire au mot. Le retrayant avait-il déclaré qu'il s'en rapportait, pour la fixation du prix, au serment du vendeur et de l'acheteur, il ne pouvait plus faire la preuve contraire; pour conserver ce droit, il aurait fallu le réserver dans la formule de délation de serment. De même le retrayant avait-il dit à l'acheteur qu'il lui laissait l'immeuble s'il prouvait sa qualité de lignager, l'action en retrait tombait dès que l'acheteur avait fait la preuve de sa

(1) *Olim*, t. III, p. 1437, n° 71. — Beaumanoir, chap. 44, n° 33, t. II, p. 200.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 317, t. I, p. 582; F, n° 884, t. II, p. 316; I, n° 355, t. III, p. 471; L, n° 203, t. IV, p. 232.

(3) *Livre de justice et de plet*, p. 128 et 129. — *Anciennes coutumes d'Anjou du Maine*, E, n° 255, t. I, p. 541; F, n° 659 et 701, t. II, p. 240 et 254; I, n° 287, t. III, p. 410.

(4) Beaumanoir, chap. 44, n° 7 et 8, t. II, p. 189.

parenté et bien qu'il fût d'un degré plus éloigné que le retrayant. Celui-ci aurait dû déclarer qu'il n'abandonnerait à son action qu'autant que l'acheteur serait d'un degré plus rapproché; c'est bien probablement ce qu'il avait voulu dire, remarque Beaumanoir, mais, ajoute ce jurisconsulte, il faut juger les plaideurs d'après leurs déclarations et non d'après leurs intentions (1).

De même, au temps de Beaumanoir, toutes les fois que l'acheteur acceptait le retrait, le lignager devait lui rembourser sur-le-champ la totalité du prix, à peine de déchéance (2). D'après Beaumanoir, lorsque le retrayant faisait assigner l'acheteur le dernier jour du délai et que l'offre de l'argent avait lieu après l'an et jour, le retrait était nul. Le jurisconsulte a bien soin de relever à plusieurs reprises que le retrayant doit toujours être prêt à payer à première réquisition de l'acheteur (3). Dans la suite on se départit de cette rigueur et on donna à l'acheteur huitaine à partir du jour où il avait eu connaissance de l'aliénation, c'est-à-dire de la signification faite par l'acquéreur. Si le retrayant et le retrayé ne s'entendaient pas sur le prix, alors le paiement ne pouvait avoir lieu qu'au jour de l'adjudication du retrait, mais il n'en fallait pas moins faire l'offre dès le début du procès, sauf à consigner ensuite la somme en main de justice et à signifier cette consignation à l'acheteur (4). Lorsque ce dernier réclamait un prix supérieur à celui de la vente, le lignager pouvait faire la preuve de la fraude et l'acheteur encourait une amende ainsi que ses complices, notamment le notaire. Certaines coutumes relevaient même le lignager de l'obligation de payer le prix dans la huitaine, toutes les fois que les prétentions de

(1) Beaumanoir, chap. 44, n<sup>os</sup> 36 et 47, t. II, p. 201 et 207.

(2) Mais alors le droit de retrait passait au parent le plus rapproché après le demandeur. Toutefois, lorsque l'acheteur avait obtenu terme pour le prix, le retrayant jouissait du même bénéfice. Cpr. Beaumanoir, chap. 44, n<sup>os</sup> 22 et 37, t. II, p. 194 et 201.

(3) Beaumanoir, chap. 44, n<sup>os</sup> 31, 33, 34, 35, t. II, p. 199.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 340. — Desmares, *Déclinations*, n<sup>o</sup> 83. — Brodeau, sur l'art. 136 de la coutume de Paris.

l'acheteur étaient notoirement exagérées (1). Dans tous les cas où il y avait contestation sur le montant du prix, le retrayant pouvait déférer le serment au retrayé; si le défendeur refusait de jurer, il devait rendre l'immeuble sans rien recevoir (2).

Lorsque le propre avait été revendu par l'acheteur moyennant un second prix plus élevé que le premier, le lignager ne devait que le premier prix au sous-acquéreur, sauf recours de celui-ci contre son vendeur (3).

Le lignager devait aussi indemniser l'acheteur des frais et loyaux coûts du contrat. Pendant longtemps on n'y comprit pas les ventes que l'acheteur avait payées au seigneur, mais ensuite la coutume changea (4).

L'acheteur n'avait pas droit aux impenses voluptuaires qu'il avait pu faire sur l'immeuble, mais il devait être remboursé des dépenses nécessaires ou utiles. Certains auteurs avaient, il est vrai, proposé de ne lui donner droit à indemnité pour ses impenses nécessaires et utiles, qu'autant qu'il les avait faites avec autorisation de justice, mais cette doctrine n'avait pas prévalu (5).

De son côté l'acheteur était tenu des détériorations qu'il avait pu commettre; il devait rendre l'immeuble en l'état où il l'avait reçu et après l'avoir entretenu en bon père de famille. C'est ainsi qu'il devait des dommages-intérêts s'il coupait les blés encore verts (6). Mais il avait le droit de

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 256 et suiv., t. I, p. 541; F, n° 660 et suiv., t. II, p. 240; I, n° 289, t. III, p. 13. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 331.

(2) *Beaumanoir*, chap. 44, n° 38, t. II, p. 201. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 124 et 571.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 273, t. I, p. 554; F, n° 681, t. II, p. 648; I, n° 307, t. III, p. 428. — Les deniers payés à deux conjoints pour un retrait se partageaient par moitié. *Cpr. F*, n° 476 et 477, t. II, p. 183.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 330. — *Desmares, Décisions*, n° 211 et 367. — *Brodeau*, sur l'art. 137 de la coutume de Paris.

(5) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 333. — *Desmares, Décisions*, n° 113. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 260, t. I, p. 546; F, n° 666, t. II, p. 243; I, n° 291, t. III, p. 416.

(6) *Beaumanoir*, chap. 44, n° 30, 43, 44, t. II, p. 198, 205, 206. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34, p. 334.

garder les fruits qu'il avait régulièrement perçus à l'époque de leur maturité et il était, sous ce rapport, assimilé à un possesseur de bonne foi (1). D'après Beaumanoir, s'il coupait la récolte au moment où l'action était intentée, il gardait ce qu'il avait déjà perçu, mais le retrayant prenait ce qui était encore sur pied (2). Il semble bien résulter de là que l'acheteur n'aurait eu droit à aucune partie de la récolte s'il n'avait pas commencé à la faire. Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine donnent au lignager le choix entre deux partis, laisser à l'acheteur la récolte sur pied ou la prendre, mais à charge, dans ce second cas, d'indemniser l'acheteur des frais de semence et de labour (3).

Par l'effet du retrait, l'immeuble rentrait dans la famille dont il était sorti, non pas en vertu d'une seconde aliénation qui aurait eu lieu de l'acheteur au lignager, mais par l'effet de la résolution des droits de cet acheteur. Celui-ci étant considéré comme n'ayant jamais acquis le bien, l'immeuble rentrait avec sa qualité de propre qu'il n'avait jamais perdue. Mais, d'ailleurs, si l'acheteur avait été fermier de cet immeuble avant son acquisition, il l'aurait conservé en cette qualité, tout en cessant d'être propriétaire (4).

En fait, le lignager ne devait exercer le retrait qu'autant qu'il y voyait une opération avantageuse. Mais la loi ne se plaçait pas à ce point de vue et elle organisait le retrait bien plutôt en faveur de la famille que dans l'intérêt du lignager qui l'exerçait; aussi lorsque le lignager, après avoir usé du retrait, vendait lui-même l'immeuble dans l'an et jour, l'acheteur avait le droit de reprendre le bien en agissant contre le lignager ou contre l'acheteur de celui-ci (5).

(1) Desmares, *Décisions*, n° 214.

(2) Beaumanoir, chap. 41, n°s 41 et 42, t. II, p. 204 et 205.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 693, t. II, p. 253; I, n° 292, t. III, p. 416. L'acheteur n'aurait eu droit à aucune indemnité s'il avait précédemment soutenu qu'il n'y avait pas lieu au retrait, E, n° 262, t. I, p. 517; F, n° 668, t. II, p. 241; I, n°s 292 et 293, t. III, p. 416.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 223, t. IV, p. 236.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 679, t. II, p. 247; L, n° 206, t. IV, p. 232.

Tel était l'ensemble des principes qui se sont de très bonne heure répandus dans presque toutes les parties de la France, comme le prouvent les nombreux textes des coutumiers où l'on trouve parfois de véritables traités sur le sujet. Ainsi nous rencontrons le retrait lignager dans le Beauvoisis (1), dans l'ancienne coutume de Paris (2), dans l'Orléanais (3), dans l'Anjou, le Maine, le Poitou (4), en Normandie (5), en Bretagne (6), en Flandre (7), en Picardie (8) et même dans les pays du Midi où le droit romain n'a pas essayé de résister à son introduction, par exemple à Bordeaux (9), à Agen, enfin dans des contrées telles que le Béarn et le Lavedan (10), qui sont restés, sous de nombreux rapports, soumises à des coutumes propres.

On voyait pendant la première partie du moyen âge, le retrait lignager avec une telle faveur qu'on le préférait en général au retrait seigneurial; en d'autres termes, lorsqu'une aliénation donnait lieu à deux retraits, l'une au profit du seigneur, l'autre au profit du parent, celui-ci exerçait son retrait par préférence au seigneur et on expliquait ce privilège en faisant remarquer que le retrait lignager constituait une sorte de succession légitime (11). Il existait d'ailleurs d'assez nombreuses différences entre ces deux sortes de retraits.

(1) Beaumanoir, chap. 44, t. II, p. 186.

(2) *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 34.

(3) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 161 à 163, éd. Viollet, p. 297. — *Livre de justice et de plet*, p. 128.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n°s 245 et suiv., t. I, p. 536; F, n°s 649 et suiv. t. II, p. 238; I, n°s 277 et suiv., t. III, p. 401. — *Livre des droiz et des commandemens*, t. I, p. 141.

(5) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 116, éd. de Gruchy, p. 295.

(6) *Voy. Très ancienne coutume de Bretagne*, art. 220.

(7) *Olim*, t. II, p. 847, n° 293.

(8) *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 143. — Charte d'Amiens, de 1190, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 267.

(9) *Las costumaz de la vila de Burdeü*. Cette ancienne coutume refusait au fils en puissance le droit d'exercer le retrait des biens vendus par son père, mais elle l'accordait à la fille mariée, précisément à cause de l'émancipation résultant du mariage.

(10) *Ancienne coutume de Barèges*, art. 17; *Ancienne coutume de Lavedan*, art. 11.

(11) *Olim*, t. I, p. 666. — Beaumanoir, chap. 51, n° 20, t. II, p. 281. — *Ancienne coutume d'Orléans*, art. 288. — Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, règle 4.

Ainsi le retrait seigneurial était cessible, tandis que le retrait lignager ne l'était pas, sauf au profit d'un autre lignager. On comprend facilement, en effet, que si le droit du lignager avait été cessible (1), le retrait n'aurait plus atteint le but qu'on se proposait; par l'effet de la cession, le bien serait sorti de la famille, résultat absolument contraire à celui que devait produire le retrait lignager. De même, le retrait féodal s'exerçait quelle que fût la nature du bien, sans qu'il y eût lieu de rechercher s'il s'agissait d'un propre ou d'un acquêt, car c'était la mutation elle-même qui donnait ouverture au retrait, à cause de la mouvance, tandis que le retrait lignager ne concernait que les propres et ne s'exerçait pas sur les acquêts (2). Le retrait lignager devait être exercé dans l'an et jour tandis que le retrait féodal était soumis à un délai encore plus court, ordinairement celui de quarante jours (3).

Cependant, dans certaines provinces, le retrait féodal était préféré au retrait lignager; il en est même quelques-unes qui ne connurent pas le retrait lignager, tout au moins pendant notre période. Chose curieuse à constater, les provinces qui mettent le retrait féodal en première ligne et le retrait lignager au second rang, appartiennent en général au midi de la France. On a essayé d'expliquer cette différence avec les pays du Nord en disant que la féodalité s'étant introduite plus tard dans les pays du Midi, elle y avait aussi plus longtemps conservé sa force et sa vitalité. Ainsi l'ancienne coutume de Bordeaux préférait le retrait féodal au retrait lignager et c'est seulement en 1520 que les rédacteurs de la coutume officielle renversèrent cette règle (4). Dans les an-

*Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 246, t. 1, p. 536, n° 268, t. 1, p. 350; F, n° 650, t. II, p. 238, n° 678, t. II, p. 247; I, n° 278, t. III, p. 402.

(1) Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, règle 7.

(2) Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, règle 8. Cependant dans la suite quelques coutumes admirent le retrait lignager, même pour les acquêts. — La Rochelle, art. 29; Poitou, art. 358; Angoumois, art. 55; Normandie, art. 451.

(3) Loysel, *Inst. cout.*, liv. III, tit. 5, règle 6. — Brodeau, sur l'art. 20 de la coutume de Paris.

(4) C'est ce qu'ils firent en se bornant à copier purement et simplement tout

ciennes coutumes des deux Bourgognes, le retrait féodal l'emportait sur le retrait lignager; là aussi l'esprit féodal avait conservé ses droits (1). Au xv<sup>e</sup> siècle, la coutume du duché de Bourgogne se décida à préférer le lignager au seigneur. Mais la coutume de la comté ne subit aucun changement et elle continua à mettre au premier rang le retrait féodal (2). En Provence, le retrait lignager ne fut introduit que fort tard par le statut de 1472 et encore admit-on que le seigneur devait être préféré au lignager (3). Enfin, si nous nous éloignons davantage encore du centre de la France, nous constatons que le retrait lignager n'était même pas connu pendant notre période dans le pays messin et en Alsace (4). En Bretagne le retrait lignager ne s'appliquait pas non plus aux biens nobles; son exclusion s'explique certainement par l'intérêt du seigneur. La très ancienne coutume de Bretagne prend la peine de nous dire que si le retrait lignager était admis, le parent devenu acquéreur ne rendrait pas toujours au seigneur les mêmes services qu'un étranger (5). Mais sauf ces divergences peu nombreuses, le retrait lignager fut admis avec faveur jusqu'au xv<sup>e</sup> siècle.

A cette époque les juristes l'attaquèrent très vivement, lui reprochant, probablement sous l'influence du droit romain, d'être un droit haineux, une institution contraire à la justice; aussi les coutumiers du temps s'attachèrent-ils à indiquer les moyens d'en éviter l'application, par exemple en déguisant la vente sous la forme d'un échange de deux

le titre de la coutume de Poitou relatif au retrait lignager. Cpr. coutume de Bordeaux de 1520, art. 5, et coutume de Poitou, tit. 10. Voy. le commentaire des frères Lamothe sur l'art. 128 de l'*Ancienne coutume de Bordeaux*.

(1) *Ancienne coutume de Bourgogne*, art. 85 de l'éd. de Bouhier.

(2) Coutume du duché de Bourgogne de 1459, chap. 10, art. 10. — Coutume de la Comté de Bourgogne, art. 22 et 71.

(3) Mourgues, *Les statuts et coutumes du pays de Provence*, p. 11.

(4) L'ancienne coutume de Metz n'admettait le retrait lignager qu'autant qu'il y avait eu réserve expresse dans les titres, et en Alsace le retrait lignager n'avait lieu que dans certaines localités. Voy. à cet égard, Laferrière, *Histoire du droit français*, t. V, p. 33 et 51.

(5) *Très ancienne coutume de Bretagne*, art. 293.

immeubles dont l'un était ensuite racheté quelques jours après par son ancien propriétaire (1).

Mais, dans la suite, c'est-à-dire à l'époque de la rédaction officielle des coutumes, un revirement s'opéra et le retrait lignager devint de nouveau très populaire. Doit-on attribuer ce fait à ce que certains jurisconsultes, au lieu de considérer le retrait lignager comme contraire au droit romain, essayèrent de le faire sortir de cette législation? Nous avons vu que déjà précédemment Liger, dans son coutumier angevin, avait rattaché le retrait lignager au droit romain et que, au xvi<sup>e</sup> siècle, Cujas, par suite d'une erreur tout-à fait extraordinaire de sa part, enseigna aussi la même doctrine. Nous croyons cependant que cette faveur nouvelle du retrait peut s'expliquer autrement. On remarquera qu'elle coïncide avec l'époque de la rédaction officielle des coutumes. Or, la noblesse a exercé sur cette rédaction une influence considérable, tandis que celle du Tiers État est restée très secondaire. On s'explique ainsi que les coutumes officielles aient réalisé peu d'innovations et qu'elles se soient plus d'une fois attachées à restaurer les institutions favorables à la conservation des biens dans la famille. Aussi Charondas pourra-t-il écrire dans ses annotations sur Bouteiller qui avait qualifié le retrait lignager de droit odieux : « Le retrait lignager est reçu en France, Italie, et en tant de pays, qu'il n'est plus réputé odieux dont traicte simplement Tiragu, *in præfat. de retractu* (2). »

Dans un cas particulier, le retrait lignager prenait le nom de *retrait de mi-denier*. L'exposé de l'hypothèse suffira pour faire comprendre cette expression. On suppose que pendant le

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 1, p. 5, éd. de 1621 : « Droict haineux est le droict, qui par le moyen de la coustume du pais est contraire au droict escrit, comme sont cas de retrait lignagier, qu'aucuns coutumiers appellent cas en droict de promesse, ou autres plusieurs cas qu'à droict sont contraires, et toutesfois coustume les souffre et approuve. » Cpr. Masuer, *Practica forensis*, tit. 25 et 27, — *Grand Coutumier de France*, liv. 11, chap. 34, p. 331, 346. — Louis le Grand, *Coutume du bailliage de Troyes*, sous l'art. 55.

(2) Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 1, éd. de Charondas de 1621, p. 7.

mariage les époux achètent un bien propre de la ligne de l'un d'eux et qu'ensuite le conjoint non lignager meurt le premier. Dans ces circonstances, le droit au retrait ayant été conservé par la communauté, le survivant a le droit de l'exercer dans l'an et jour sur la moitié de l'héritage qui ne lui est pas attribuée. Ce délai d'an et jour court à partir de la dissolution du mariage, si tous les enfants sont majeurs ou s'il n'en existe pas; dans le cas contraire, du jour de la majorité du plus jeune des enfants (1).

Indépendamment du retrait lignager, il existait encore beaucoup d'autres retraits. Nous avons vu que le suzerain pouvait, en cas d'aliénation d'un fief et dans certaines circonstances, exercer le *retrait féodal*; dans les mêmes circonstances, le seigneur censier pouvait retenir la censive vendue par le censitaire, à condition d'indemniser l'acquéreur, c'était le *retrait censuel* (2). Le premier était répandu dans toute la France, dans le Midi comme dans le Nord (3), tandis que le second était d'une application plus restreinte (4). Certains retraits sont restés tout à fait particuliers à diverses provinces : tels sont le *retrait de bourgeoisie* et la *reprise à titre de frareuseté*, qu'on rencontre seulement en Picardie et dans les Flandres (5). Enfin, il faut aussi relever le pacte de rachat qui a passé dans notre droit. Toutes ces causes de résolution avaient pour effet de rendre les acquisitions incertaines pendant un temps plus ou moins long; c'était leur défaut commun.

(1) Beaumanoir, chap. 44, n° 48, t. II, p. 208.

(2) Voy. à cet égard, le t. IV, p. 333 et 497.

(3) Voy. par exemple Beaumanoir, chap. 51, t. II, p. 273. — Labbé, *Bibliotheca manuscriptorum*, II. 744. — Coutume de Limoges, art. 41.

(4) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 153 de l'éd. de Laurière, chap. 161 de l'éd. Viollet, p. 297. — Desmares, *Décisions*, n°s 204 et 251.

(5) Voy. *Recueil du Louvre*, t. VIII, p. 637. — Coutume de Lille, art. 17. — Voy. aussi un retrait entre voisins, dans l'*Abrégé des Assises de la cour des bourgeois*, liv. I, chap. 33.

## CHAPITRE XVII.

### Des obligations.

---

#### § 1<sup>er</sup>. — FORMALISME DES CONTRATS; INFLUENCE DU DROIT ROMAIN.

A l'époque franque, les contrats étaient, en principe, soumis à un formalisme rigoureux. D'après la loi salique, il fallait pour leur validité, ou la tradition de la chose (*res præstita*) ou l'accomplissement de certaines solennités (*fides facta*), qui variaient suivant les coutumes. Le plus souvent cependant la solennité consistait dans la remise et l'acceptation de la *festuca* ou d'un gage. La remise de la *festuca* disparut de bonne heure, mais celle du gage persista; en outre, sous l'influence de la pratique romaine, la rédaction et la remise d'un écrit, d'une charte, furent aussi considérées comme des solennités suffisantes pour rendre le contrat obligatoire. Enfin, il était également admis qu'on contractait valablement en présence de témoins ou en justice (1).

Ce formalisme s'est transmis de l'époque franque à la première partie du moyen âge, et il se retrouve sans modifications sérieuses dans les chartes et dans les cartulaires. Il existe aussi dans les coutumiers qui n'ont pas encore subi l'influence du droit romain ou qui, tout en adoptant ses principes, ne renoncent cependant pas complètement aux anciennes pratiques.

(1) Voy. sur ces diverses solennités des contrats à l'époque franque, le t. III, p. 223 à 241. -- Sur l'introduction de la rédaction d'un écrit comme mode de formation d'un contrat, voy. Stouff, *Étude sur la formation des contrats par l'écriture dans le droit des formules du V<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1887, t. XI, p. 249.

La notion de la formation du contrat par la tradition, totale ou partielle, réelle ou fictive, est une de celles qui se maintint le plus longtemps et avec le plus de netteté. Dans les *Assises de Jérusalem*, la vente ne se forme pas par le seul échange des consentements; il faut que l'un des deux contractants ait exécuté son obligation, en totalité ou en partie, par exemple, que le vendeur ait livré la chose, que l'acheteur ait payé tout ou portion du prix. Le même système se retrouve dans quelques-unes de nos anciennes coutumes et est très nettement exposé par Glanville. Il suffit d'ailleurs que l'acheteur ait donné un denier de paiement pour que le contrat soit formé. « *Quia illa particula soluta, totum ex conventionem debitum in se portat.* » Les deux parties peuvent se rétracter, tant qu'il y a eu simple échange des consentements, mais dès qu'une tradition a été faite, le contrat devient irrévocable et obligatoire, « car ce que n'a fait la vente a fait la saisine de l'avoir (1). » Le denier à Dieu, demeuré de nos jours dans l'usage pour certains contrats, quoique la loi ne le reconnaisse plus, était, à cette époque, un des moyens ordinaires de rendre le contrat obligatoire, parce qu'on le considérait comme une exécution partielle de ce contrat (2).

Bien entendu, il ne peut plus être question de la *stipes facta* par la *festuca* qui avait déjà disparu à l'époque franque. Mais la constitution d'un gage ou même d'un plège et les autres

(1) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 28 et 29, éd. Beugnot, t. II, p. 34. Voy. aussi *Anciens coutumiers de Picardie*, p. 114. — Glanville, lib. X, cap. 14, § 1, dans Phillips, t. II, p. 324. — Cpr. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 307. On trouvera dans cet ouvrage l'explication complète de la théorie générale de Glanville sur les contrats. Cette théorie de la vente par tradition s'est ensuite transmise en Angleterre sous l'influence du droit normand jusque dans Blackstone.

(2) Voy. *Recueil du Louvre*, t. III, p. 581. — Ordonnance de 1311, *ibid.*, t. V, p. 272. — Ordonnance de Metz, dans le coutumier général de Richebourg, t. I, p. 1169. — Coutume d'Alais, art. 101; coutume de Montpellier, art. 100. — Beaumanoir, chap. 34, n° 60, t. II, p. 35. — Desmares, *Décisions*, n° 178. — Du Cange, v° *Denarius Dei*. — Laurière, v° *Denier à Dieu*. Il résulte de quelques-uns de ces textes que le denier à Dieu servait parfois d'aumône. Mais souvent les contractants préféraient l'employer à acheter du vin qu'ils buvaient; de là le *vin du marché*. Voy. Laurière, *hoc verbo*.

solennités analogues qui l'avaient remplacée, comme la paumée, sont encore d'un usage journalier (1).

La formation du contrat par écrit, avait l'avantage d'en conserver la preuve certaine pour l'avenir. Aussi recourait-on fort souvent aux actes écrits pour former les contrats les plus importants, mais on pouvait ne pas les employer pour les contrats les plus simples et les plus journaliers de la vie civile. Ces écrits ou *lettres*, comme on disait alors, étaient reconnus aussi bien par le droit romain de l'époque que par les chartes et les coutumiers (2). Beaumanoir parle fréquemment des obligations par lettres ou plus exactement par sceau. Le contrat se formait et se prouvait, en effet, plutôt par l'apposition du sceau que par l'écriture elle-même. C'était là un grave inconvénient pour les roturiers qui, à la différence des gentilshommes, n'avaient pas le droit de posséder un sceau. Ils étaient obligés de recourir à celui d'un seigneur où à celui du bailli; ils pouvaient aussi aller en justice d'Église, mais dans ce dernier cas et au point de vue de la preuve, l'écrit

(1) Voy. Glanville, lib. X, cap. 3, § 4, dans Phillips, t. II, p. 426. — Coutume de Montpellier, art. 100; statuts de Marseille, liv. II, chap. 6; coutume de Bayonne, chap. 118, § 1. Certains historiens font de la paumée une tradition fictive, tandis que d'autres y voient plutôt une solennité de la nature de la *festuca* et cette seconde opinion, plus générale, me paraît aussi plus exacte. Voy. dans le premier sens, Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 26; dans le second sens, Sohm, *Eheschliessung*, p. 48 et suiv. — Violet, *Histoire du droit civil français*, p. 593. Le mot paumée implique, en effet, plutôt l'idée de porter la main que celle de faire une tradition. « De la sole pensée vient la sole paumée », dit un proverbe du comte de Bretagne (manuscrit de Saint-Germain, fol. 114). — De même on lit dans les fabliaux de Saint-Germain :

Tendez donc ça sire, vos mains,  
Si sera la paumée faite;  
Quar li marchiez molt bien me fait;  
L'argent aurez ja en baillie.

Voy. la Curne de Sainte-Palaye, v° *Paumée*. Ce qui paraît bien confirmer encore l'opinion suivant laquelle la paumée, à la différence du denier à Dieu, est plutôt une solennité qu'une exécution fictive, c'est qu'on pouvait s'en dégager à la condition de payer une certaine somme à titre d'indemnité et de jurer qu'on était dans l'impossibilité d'exécuter le contrat. Voy. coutume de Charroux, du XII<sup>e</sup> siècle, art. 14 et de 1247, art. 40, dans Glraud, t. II, p. 400 et 404. — *Livre de justice et de plet*, liv. II, chap. 16, § 3.

(2) Voy. par exemple, le *Brachylogus*, lib. III, tit. 11, p. 93.

n'avait que la valeur d'un témoin, de sorte qu'il devait être confirmé par un second témoin. Beaumanoir entre dans de longs détails sur la rédaction de ces lettres et il en donne même des modèles. Si les lettres sont fausses, elles ne valent évidemment rien ; il en est de même de celles qui sont déchirées ou dont le sceau est brisé. Si plusieurs personnes sont intéressées à la même lettre, on la remettra entre les mains d'un tiers (1). Même à l'époque où ce formalisme cessa d'être obligatoire, on continua à admettre que les contrats se forment par écrit, à cause de l'importance des lettres au point de vue de la preuve et des sanctions (2). Celui qui niait un acte authentique sans fondement encourait une peine sévère. Dès que cet écrit était présenté en justice, celle-ci devait en ordonner l'exécution ou exiger que le débiteur donnât des garanties (3).

La formation des contrats en justice s'est aussi transmise au moyen âge et maintenue pendant toute cette période à raison de son utilité. S'il s'élevait plus tard quelque difficulté au sujet du contrat, les juges qui avaient assisté à sa formation témoignaient par records, et on n'avait pas le droit de les attaquer pour faux jugement. Toutefois, lorsqu'ils étaient morts, de graves difficultés pouvaient s'élever, mais elles disparurent à partir du jour où l'on admit que ces *accords* seraient constatés par écrit ; la preuve était alors encore mieux assurée que par simples lettres. Aussi ces accords se multiplièrent, surtout pour les affaires les plus importantes. La plupart des juridictions royales et le Parlement lui-même les

(1) Voy. sur ces divers points Beaumanoir, chap. 35 tout entier, t. II, p. 39 et suiv. Voy. aussi Glanville, lib. VIII; dans Phillips, t. II, p. 408; lib. X, cap. 3, § 4, *ibid.*, p. 426. Pour les plus anciens textes relatifs à des contrats par écrit au moyen âge, on se reportera à Stouff, *op. et loc. cit.*

(2) Voy. par exemple coutume de Toulouse, art. 70. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 25 et 26, p. 134, 143, 145.

(3) Beaumanoir, chap. 35, n° 2, t. II, p. 39; *Ancienne coutume de Bourgogne*, art. 151. Dans la suite, on ne reconnut plus force obligatoire dans tout le royaume qu'aux actes revêtus du sceau royal. Ceux qui étaient revêtus d'un sceau seigneurial ne gardèrent cette force que dans le ressort de la seigneurie. Voy. *Ancienne coutume septaine de Bourges*, art. 27.

reçurent et les conservèrent dans leurs greffes. Les accords en justice continuèrent à être usités, même après l'époque de la disparition du formalisme dans les contrats (1).

Nous avons dit précédemment, malgré l'opinion contraire de certains auteurs, qu'à l'époque franque, le contrat se formait aussi par témoins; c'était encore une expression du formalisme du temps et on en retrouve des traces dans des textes du moyen âge. Ces témoins assistaient et contribuaient à la formation du contrat et par cela même ils pouvaient en attester l'existence. Mais à cette époque on confondait, pour les témoins comme pour les écrits, la notion de la preuve avec celle de la formation de l'acte. Ces témoins anciens s'appellent des *garants*, précisément parce qu'ils garantissent et fortifient le contrat, comme l'écriture (2). Pour que cette formation et cette preuve du contrat durassent le plus longtemps possible, on avait soin de choisir les témoins parmi les personnes jeunes; dans certaines coutumes on leur donnait une gratification, dans d'autres on leur tirait l'oreille pour mieux assurer la persistance de leurs souvenirs. On accomplissait aussi volontiers l'acte en public pour lui donner plus de notoriété (3).

Sous l'influence du droit canonique, on avait admis une autre manière de former et de confirmer les contrats: c'était le serment. En créant ce mode de contracter, l'Eglise s'était à la fois inspirée du droit romain et de la *fides facta* germanique. Elle sanctionnait le serment par des peines ecclésiastiques et lui reconnaissait des effets particuliers; c'est ainsi

(1) Voy. sur la formation des contrats en justice, Beaumanoir, chap. 39, n° 6, t. II, p. 93; chap. 63, n° 11, t. II, p. 425. — Jean d'Belin, chap. 121. — Coutume de Thégra, art. 22, dans la *Revue de législation*, année 1870, p. 47. — Glanville, lib. VIII, cap. 1 et suiv. dans Phillips, t. II, p. 408. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 122, éd. de Gruchy, p. 303.

(2) Voy. par exemple, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 77, t. I, p. 56; *Ancienne coutume de Bayonne*, tit. 85, n° 5, dans Balasque et Dulaurens, t. II, p. 629. — *Livre de justice et de plet*, liv. VI, tit. 12, § 4, p. 156.

(3) Voy. Guérard, *Cartulaire de Saint-Père de Chartres*, p. 165, 167, 172, 185, 220, 228, 246, 275, 510, 566, 581, 652. — *Gallia christiana*, t. XI, col. 201. — Du Cange, v° *Auris*.

que la créance naissant du serment ne passait pas aux héritiers du promettant, sans doute à cause du caractère personnel de l'engagement, bien qu'elle se transmet aux héritiers du stipulant (1). Le droit séculier admit le serment comme mode de constitution des contrats et commença même par reconnaître, en pareille matière, compétence aux juges d'Eglise, sauf dans le cas où il s'agissait de fiefs (2). Toutefois cette concession ayant eu pour résultat d'enlever nombre d'affaires aux justices laïques, divers moyens furent imaginés pour détruire ou tout au moins affaiblir cet usage et ces effets du serment : il fut notamment défendu aux notaires de recevoir les serments (3). Mais cette prohibition ne dura pas, car elle était trop contraire aux habitudes du temps (4). A vrai dire, le serment s'introduisit dans presque tous les contrats, surtout dans les plus importants, tels que les fiançailles, la plégerie, le contrat de fief (5), etc. On continua même à admettre, à côté du serment canonique la *fiance*, c'est-à-dire promesse sur la foi, qui remontait à l'époque germanique et à laquelle peut bien se rattacher la paumée. On cumulait assez volontiers les deux moyens et l'Eglise n'hésitait pas à les confondre (6).

(1) Voy. à cet égard Esmein, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 248 et suiv., p. 311 et suiv.

(2) Voy. l'établissement de 1205 entre les clercs, le roi et les barons, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 39, et mon mémoire sur *Les rapports du pouvoir spirituel et du pouvoir temporel au moyen âge*, p. 87. — Ordonnance du 15 mai 1315, art. 11, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 565.

(3) Voy. Fournier, *Les officialités au moyen âge*, p. 87.

(4) Voy. par exemple l'ordonnance du 3 mai 1302, art. 26, dans le *Recueil du Louvre*, t. I, p. 344. Lorsque le formalisme disparut, il ne fut pas difficile d'écarter la compétence de l'Eglise en disant que le serment n'était plus qu'un accessoire du contrat.

(5) Voy. à cet égard Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 103 et suiv.

(6) C'est de ce mot *fiance* qu'est venue l'expression *fiançailles*. Mais le mot *fiance* avait un sens beaucoup plus général et pouvait s'appliquer à toute espèce de contrat : « Mais je vueil que doresnavant vous soyez de mon hostel, et que vous facez fiance à moy... sitost que le roy Perceforest eut reçu la fiance des deux chevaliers, il leur demanda leurs noms » (Perceforest, vol. I, fol. 94<sup>e</sup>). Voy. aussi les textes cités par La Curne de Sainte-Palaye, v<sup>o</sup> *Fiance*, et par Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 102 et 103.

D'ailleurs, et d'une manière plus générale, ces divers modes de formation des contrats ne s'excluaient pas. Les témoins, le serment, la fiance, avaient l'avantage de la rapidité et de l'économie; mais ils étaient fragiles au point de vue de la preuve et finissaient même par disparaître au bout d'un certain temps. Sous ce rapport les écrits et les gages étaient bien préférables. Mais pour plus de sûreté on cumulait ces divers moyens, et par exemple on formait un contrat à la fois par écrit, par gage, par plège, par témoins, et par serment (1). On ajoutait même souvent à titre de garantie des clauses pénales et l'engagement de son corps (2).

A l'époque de la renaissance du droit romain, ce système reçut une grave atteinte. Les jurisconsultes coutumiers s'éprirent d'une doctrine plus élevée que le droit romain contenait en germe et suivant laquelle toute convention, tout pacte doit être respecté. Le droit romain n'avait jamais été jusqu'à munir tout pacte d'une action, mais il voulait qu'à défaut d'action, il produisit tout au moins une obligation naturelle. Les praticiens du moyen âge ne comprirent rien à cette distinction, ni à la théorie assez compliquée, en effet, des pactes romains, et ils répétèrent à l'envi que « *toutes conventions sont à venir* », que « *convenance loi vaint* ». Les jurisconsultes ont été frappés de la précision et de l'équité de cette règle. Tous les pactes produisent donc désormais action (3). Telle est du moins la doctrine générale. Les rares textes en sens contraire sont moins une protestation contre ce système qu'une copie plus fidèle mais inconsciente du droit romain (4).

(1) Voy. par exemple Glanville, lib. X, cap. 3, § 4, dans Phillips, t. II p. 425.

(2) Bouteillier, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 146. — Beaumanoir, chap. 35 n° 13 et 15, t. II, p. 45 et 47.

(3) Voy. notamment de Fontaines, *Conseil*, chap. 15, n° 1 et 17, p. 106 et 117. — *Livre de justice et de plet*, liv. II, tit. 16, § 1 et 2. — Beaumanoir, chap. 34, n° 2, t. II, p. 2. — Glanville, lib. X, cap. 14, § 2, dans Phillips, t. II, p. 434. — De Fontaines, *Conseil*, chap. XV, n° 6. — Fleta, III, 9. — Bracton, II, 5. — Bouteillier, *Somme rural*, liv. I, tit. 26 et 40, p. 156 et 295. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 159, 160, 161, t. II, p. 89 et suiv.

(4) Voy. par exemple, le *Livre des droitz et des commandemens*, n° 131 et 132, t. I, p. 379.

D'ailleurs cette introduction du droit romain va produire pour longtemps un véritable chaos dans certaines parties des obligations. Les uns se borneront à copier le droit romain, sans rechercher quel pouvait être son esprit et lui feront subir parfois les métamorphoses les plus étranges; d'autres, comme Beaumanoir, s'inspireront du droit romain sans l'avouer et ne s'en serviront que pour modifier ou compléter le droit coutumier. Cette méthode sera aussi celle de Glanville, en Angleterre. Bracton, Britton et la Fleta, copieront aussi et altéreront le droit romain, mais avec plus de franchise (1). Il faut en dire autant en France du *Livre de justice et de plet* et des *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*. C'est surtout dans de Fontaines et dans Bouteiller que la copie du droit romain est tout particulièrement flagrante. On ne saurait s'en étonner de la part du premier : il s'est borné à appliquer sa méthode habituelle. Mais de la part de Bouteiller, le fait surprend davantage. Il s'attache, en effet, le plus souvent à se dégager des termes et des formules scientifiques du droit canonique et du droit romain. Il leur préfère, dit-il, les usages et le langage des *ruraux*, c'est-à-dire du vulgaire et de la coutume. Sans doute, dans maints passages, il rappelle ces vieilles coutumes à l'occasion des obligations, mais dans d'autres il reproduit le droit romain de la façon la plus étrange et au point de provoquer l'étonnement de son annotateur Charondas qui a soin de prévenir le lecteur de ne tenir aucun compte de tout ce verbiage. C'est ainsi que dans la *Somme rural*, la définition des obligations est purement et simplement empruntée aux Institutes de Justinien; on y retrouve les quatre modes de constitution des contrats; tout en affirmant que les pactes sont obligatoires par eux-mêmes, l'auteur emprunte ses exemples au droit romain. Le système des stipulations par demandes et réponses, est nettement exposé, comme s'il fonctionnait encore. Les règles de l'action de dol sont purement et simplement reproduites, ce qui soulève les protestations

(1) Voy. à cet égard, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. III, p. 234.

de Charondas; en cas de violence, Bouteiller accorde sans hésiter une action au quadruple, ce qui augmente encore la stupéfaction de son annotateur (1). Il est donc vrai de dire que, pour les obligations, il a suivi l'exemple de de Fontaines, et que, comme lui, il copie sans réflexion.

En général, les jurisconsultes et les législateurs coutumiers procèdent tout autrement : ils se dispensent de reproduire la théorie fondamentale du droit romain ainsi que les règles spéciales aux différents contrats, tout en reconnaissant qu'on doit les considérer comme consacrant le droit idéal. Parfois cependant les coutumes et les coutumiers donnent des indications sur les contrats les plus fréquents, en ayant soin d'insister sur ce qui vient de la coutume. S'ils rappellent telle ou telle règle du droit romain, c'est parce qu'elle est toute spéciale et qu'on aurait pu la croire hors d'usage. C'est pourquoi les Coutumes notoires du Châtelet de Paris (art. 142), nous apprennent que toute cession de créance faite à une personne plus puissante, à un officier du roi, à un seigneur, à un privilégié, est entaché de nullité, et que l'ordonnance du roi Jean du 28 septembre 1352 consacre la même règle (2).

Malgré l'introduction du droit romain des obligations, l'ancien formalisme se maintint, mais, au lieu de rester obligatoire, il devint facultatif. C'était la conséquence nécessaire de ce que désormais le seul consentement produisait obligation garantie par une action. Ce formalisme continuait d'ailleurs à être fort utile à deux points de vue : il rendait la preuve du contrat particulièrement facile; souvent aussi l'exécution de l'obligation était mieux assurée ou garantie avec plus de rigueur (3). D'un autre côté, pour certains contrats, par exemple pour la vente, l'adoption du système du droit romain rencontra une certaine résistance, tandis qu'on ne fit aucune

(1) Voy. notamment Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit 25, 26, 40, 42, 101; liv. II, tit. 25 et 37, p. 134, 146, 295, 301, 311, 573, 574, 811, 839.

(2) Voy. Const. 3, *De novationibus et delegationibus*, VIII, 41.

(3) Cette observation est particulièrement vraie pour les contrats qui se formaient par lettres. Voy. notamment Beaumanoir, chap. 35, n<sup>os</sup> 2, 17 et suiv. t. II, p. 39 et 47. Voy. ce qui a été dit au tome VI, p. 610.

difficulté pour s'y soumettre dans d'autres cas. C'est ainsi que Glanville, tout en proclamant le principe *conventio legem vincit* (1), n'admet pas encore en général la formation des contrats par le seul consentement. Il exige ordinairement un écrit ou la tradition, et la vente est encore pour lui un contrat réel; il ne reconnaît force obligatoire au simple pacte qu'autant qu'il est l'accessoire d'un contrat déjà formé (2).

Le *Livre de justice et de plet* consacre un système mixte et de transition; il admet bien que toute convention donne action en justice, mais si le défendeur en nie l'existence, il établit une distinction suivant que la convention a été exécutée, au moins de la part de l'une des parties, ou n'a reçu aucune exécution; dans ce second cas, le défendeur a le droit de repousser la preuve offerte par le demandeur, et de faire la preuve par son propre serment, en jurant qu'il n'a été passé aucune convention; dans le premier cas, le demandeur offre et fait sa preuve suivant le droit commun (3).

Beaumanoir est déjà plus large : il admet que la vente se forme par l'accord des parties aussi bien que par la prestation du denier à Dieu ou des arrhes (4). C'est bien là le système auquel on s'arrêtera et qui consiste dans une fusion du droit romain et du droit coutumier. Aussi le même contrat pouvait-il désormais être tantôt formaliste, tantôt consensuel, suivant la volonté des contractants (5).

C'est aussi sous l'influence du droit romain que l'ancienne terminologie s'est modifiée ou complétée, soit que le vieux terme coutumier ait cédé la place à l'expression romaine, soit

(1) Lib. X, cap. 14, § 2, dans Phillips, t. II, p. 434.

(2) C'est notamment à cette occasion qu'il pose le principe précité. Voy. tout le liv. X du *Tractatus de legibus*, de Glanville, et le commentaire qui en a été donné dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 305.

(3) Voy. *Livre de justice et de plet*, p. 98, 100, 101, 126, 156, 167, 168, 171.

(4) Beaumanoir, chap. 34, n° 60, t. II, p. 30. Voy. aussi Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 134.

(5) Sauf exception pour ceux qui, par la force même des choses et dans tous les temps, ne peuvent se former que par tradition, le prêt de consommation ou à usage, le gage, le dépôt. Voy. le *Brachylogus*, lib. III, tit. 3, § 5, p. 83.

que les deux mots aient continué à être employés, soit même que le mot coutumier ait toujours été préféré. On dira définitivement *vendre* ou *acheter*, *prendre à ferme* ou à *louage*. Mais Beaumanoir qui emploie déjà ces expressions ne connaît pas encore le mot *société* et lui préfère celui de *compagnie* (1). Il ne distingue pas bien nettement le louage de services du mandat et parle simplement *des services faits par loyer ou par commandement* (2). Il consent bien à parler de prêt, mais il repousse absolument le terme de *commodat*, qu'acceptera cependant Bouteiller, malgré sa préférence pour le style des ruraux (3). Beaumanoir ne connaît pas non plus le dépôt, mais il parle du *bail en garde* (4). Les autres coutumiers sont moins scrupuleux (5). Mais c'est surtout le mot *vaduum*, gage, qui s'est transmis avec le plus d'énergie et l'a toujours emporté sur l'expression romaine. Il était, en effet, le souvenir le plus vivace de l'ancien formalisme. La *plégerie* et les *pléges* se retrouvent aussi avec persistance dans tous les coutumiers, mais avec moins de force cependant, car, de très bonne-heure on constate que la plégerie germanique correspond à la fidéjussion romaine et on désigne parfois le *plége* sous le nom de *fidéjusseur* (6). L'influence romaine eut aussi pour résultat d'écarter à peu près complètement du système des contrats, les conventions qui se rattachaient au droit féodal, notamment la concession du fief, l'hommage et la foi, les trêves, les assurances. Glanville, énumérant les divers contrats les plus fréquents de la vie civile, parle de la vente, de la donation, du

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 21, t. I, p. 302 et suiv. Voy. aussi *Livre de justice et de plet*, liv. VII, tit. 15, § 4, p. 168. Le terme *société* s'est introduit avec beaucoup de peine. Voy. aussi *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 616, t. II, p. 227.

(2) Beaumanoir, chap. 29, t. I, p. 394.

(3) Bouteiller parle d'accommodation, ou prêt par courtoisie, liv. I, tit. 60, p. 375.

(4) Beaumanoir, chap. 36, t. II, p. 59.

(5) Voy. par exemple, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 594, t. II, p. 219. — Bouteiller intitule son titre : *Du dépôt qu'on appelle mettre en garde*, liv. I, tit. 59, p. 372.

(6) Voy. par exemple les lois de Luitprand, nos 37 et 38; De Rozière, *Formule* 465; *Loi des Bavarols*, III, 17, 3.

*mutuum*, du commodat, du louage, des pléges et des gages (1), mais ne dit rien de ceux qu'avait fait naître la féodalité.

## § 2. — MODALITÉS DES OBLIGATIONS.

A mesure que le droit romain pénétra davantage, on s'attacha aussi à classer plus exactement les obligations. On admit tout de suite et sans difficulté la distinction des obligations en pures et simples, à terme ou sous condition; les Romains ne l'ont pas en effet inventée, car elle est de tous les temps (2). La notion de la dette solidaire fut acceptée d'autant plus facilement qu'elle existait déjà dans les coutumes franques, comme nous le constaterons à l'occasion de la plégerie, en même temps que nous verrons dans quelle mesure le droit romain s'est fusionné avec ces coutumes. Beaumanoir ne paraît pas encore attacher une grande importance à cette théorie romaine, mais elle pénètre largement dans les coutumiers postérieurs (3). D'ailleurs la solidarité ne se présume pas; c'est ainsi que les héritiers du débiteur sont tenus, d'après Beaumanoir, chacun pour partie seulement et selon la quantité de biens qu'il emporte de la succession (4). Il n'y a rien à dire des obligations alternatives ou facultatives (5). On admettait aussi la distinction romaine des obligations en civiles ou naturelles (6), avec ou sans clause pénale, et celle-ci était même devenue très fréquente pour mieux assurer le respect des obligations (7). On repoussait, au contraire, la

(1) Voy. la rubrique de son liv. X, dans Phillips, t. II, p. 425.

(2) Voy. De Fontaines, *Conseil*, chap. 15, nos 33 et 44, p. 131, 132, 137. — Écaumanoir, chap. 34, n° 58, t. II, p. 35. Cpr. p. 55 et 56. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 144. On admettait aussi le terme de grâce; voy. *Livre de justice et de plet*, p. 112.

(3) Voy. par exemple, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 483, 484, 1159, t. II, p. 185 et 440. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 190 et 622. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25 et 26, p. 136 et 144. Ce dernier auteur copie purement et simplement le droit romain pour la solidarité active et pour la solidarité passive.

(4) Beaumanoir, chap. 6, n° 27, t. I, p. 117.

(5) Voy. à cet égard Beaumanoir, chap. 34, n° 57, t. II, p. 34.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 506 à 508, t. II, p. 193.

(7) Mais la clause pénale ne doit pas, bien entendu, être contraire aux lois

distinction des obligations en obligations de droit strict et obligations de bonne foi, d'abord sous l'influence du droit canonique, ensuite à cause de ce principe que tout pacte, même sans stipulation, engendre une action. Bouteiller distingue sans doute entre l'action *stipulaire* et l'action *nice*, c'est-à-dire née du simple pacte, mais Charondas fait remarquer que cela est de la pure fantaisie (1).

### § 3. — CONDITIONS DES CONTRATS.

Pour les conditions de fond touchant à la formation des contrats, le droit romain fut unanimement accepté par les jurisconsultes. Il était bien, en effet, sous ce rapport, la raison écrite, grâce à son esprit à la fois logique et équitable. On comprit sans peine que l'échange des consentements doit former la première condition des contrats. C'est ainsi que Beaumanoir parait bien interdire aux fous, non seulement le testament, mais encore tout acte impliquant consentement (2). Le muet ne peut pas davantage contracter, d'après Beaumanoir, parce qu'il ne parle pas, ni le sourd parce qu'il n'entend pas (3). Mais le contrat passé avant l'aliénation mentale ou la surdité reste parfaitement valable. Quant à l'ivresse, Beaumanoir ne veut pas qu'elle soit facilement admise comme moyen de faire tomber le contrat pour défaut de consentement, car autrement il deviendrait trop facile de s'affranchir de ses engagements; mais il ne dit rien de plus et montre bien par cela même que dans les rares cas où l'ivresse aura annihilé toute volonté, le contrat pourra être considéré comme inexistant (4). C'est aussi à cause de l'absence de tout échange de

ni aux bonnes mœurs. Beaumanoir admet qu'on peut promettre sa fille en mariage avec clause pénale de 1000 livres pour le cas où plus tard le père ne tiendrait pas sa promesse, ou la fille ne donnerait pas son consentement. Voy. chap. 34, n° 62, t. II, p. 36. Voy. cependant les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, qui font une distinction entre les arrhes et la clause pénale, B, n° 135, t. I, p. 149; C, n° 123, t. I, p. 333; F, n° 725, t. II, p. 263.

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27.

(2) Beaumanoir, chap. 12, n° 45, t. I, p. 201; chap. 34, n° 56, t. II, p. 33.

(3) Beaumanoir, chap. 34, n° 56, t. II, p. 33.

(4) Beaumanoir, chap. 6, n° 25, t. I, p. 116.

consentements que Beaumanoir annule la stipulation ou promesse pour autrui, qu'il a bien soin de distinguer du cas où, tout en promettant pour autrui, on s'engage personnellement en se portant fort (1).

Il se peut que le consentement ait été donné, mais qu'il soit entaché d'erreur, de dol ou de violence. Tous les auteurs s'accordent pour déclarer que, dans ces circonstances, la victime a le droit de demander la nullité de son engagement et ils reproduisent purement et simplement les principes du droit romain sur les conditions nécessaires pour que le consentement soit vicié par l'un de ces faits (2); de plus la nullité pour violence ou dol doit être demandée dans l'an et jour (3).

La validité du contrat supposait aussi la capacité des contractants.

Les incapables ne pouvaient donc pas valablement s'obliger; tels étaient notamment ceux que Beaumanoir appelle les *sous âgés* et, d'une manière plus générale, toutes les personnes placées sous la puissance d'autrui. Ainsi la femme mariée avait besoin pour contracter, du consentement de son baron (4). Dans les pays du Midi, on avait volontiers maintenu le principe de l'incapacité de toutes les personnes *alieni juris* et celui de la capacité des personnes *sui juris* arrivées à la puberté ou à la nubilité. A Toulouse on allait jusqu'à dire, contrairement au droit romain, que la femme *sui juris*

(1) Beaumanoir, chap. 34, n° 55, t. II, p. 42. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 40, p. 300.

(2) De Fontaines, *Conseil*, chap. 15, n° 52 et suiv., p. 141 et suiv. — Beaumanoir, chap. 6, n° 25, t. I, p. 116; chap. 33, n° 6 et suiv., t. I, p. 483; chap. 34, n° 26, 32 et 40, t. II, p. 14, 18, 22. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 221 et suiv., t. II, p. 106; K, n° 110, t. IV, p. 35. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 145. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 101, p. 574 et liv. II, tit. 25, p. 811.

(3) Beaumanoir, chap. 34, n° 29, t. II, p. 16. — Bouteiller emprunte au droit romain la théorie de l'action de dol et de l'action de violence, mais Charondas relève qu'elle n'est pas observée en France, liv. I, tit. 40 et 101, et liv. II, tit. 25, p. 301, 574 et 811.

(4) Voy. Beaumanoir, chap. 34, n° 56, t. II, p. 33. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 101, p. 573.

majeure de douze ans, qui n'avait ni tuteur ni curateur, pouvait s'obliger et même cautionner valablement (1).

Enfin, tout contrat devait, toujours selon le droit romain, porter sur une chose ou sur un fait et avoir une cause licite. Si le contrat portait sur une chose hors du commerce, sans l'autorisation du prince, sur un fait impossible, illicite, contraire à la loi de l'Eglise, à la piété naturelle, aux bonnes mœurs, il était entaché de nullité (2). Mais on apercevait déjà la distinction entre les lois d'ordre public et les lois d'intérêt privé et on permettait de déroger à ces dernières, par exemple, le douaire coutumier pouvait être remplacé par un douaire conventionnel (3).

La théorie de la cause également empruntée au droit romain n'est guère comprise que par Beaumanoir. Ce jurisconsulte fait très clairement remarquer que dans les contrats synallagmatiques, l'obligation de l'un est la cause de l'obligation de l'autre, de sorte que si l'un n'exécute pas, l'autre n'est pas non plus tenu, car la condition de son obligation fait défaut. Ainsi, en cas d'échange, celui qui a reçu la chose d'autrui et qui a livré la sienne propre peut réclamer ou la chose promise ou la restitution de ce qu'il a donné (4). On exigeait, en général, que toute reconnaissance de dette contiint mention de la cause de l'obligation; mais il n'y avait pas complet accord sur la sanction à donner à cette exigence.

(1) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 69. — *Le Livre des droitz et des commandemens*, copiant le droit romain, déclare nul le contrat passé entre un père et son fils en puissance et il ajoute que le contrat fait par un fils de famille non émancipé n'est valable qu'après la mort de son père, *Livre des droitz et des commandemens*, n° 805.

(2) Beaumanoir, chap. 34, n°s 3, 23 et 24, t. II, p. 2 et 13. — *Livre de justice et de plet*, p. 100, 156, 163, 190. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 1156, 1157, t. II, p. 499. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25 et 40, p. 135 et 30.

(3) Quant aux exemples de conventions nulles comme contraires à des lois d'ordre public, voy. Beaumanoir, chap. 34, n° 23, t. II, p. 13, n° 49, t. II, p. 28; chap. 37, n° 8, t. II, p. 72. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 135.

(4) Beaumanoir, chap. 34, n°s 4 et 10, t. II, p. 3 et 6. La comparaison que fait Beaumanoir à cette occasion entre la vente et l'échange montre à quel point il connaissait le droit romain.

Suivant Beaumanoir, lorsque la reconnaissance de dette ne fait pas mention de la cause, elle est soupçonnée de malice, et le juge, avant d'exiger le paiement de la dette, doit rechercher sur quelle cause elle repose (1). D'après les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, dès que la cause est passée sous silence, l'obligation est nulle de plein droit (2). Les anciennes coutumes de Montpellier et de Toulouse étaient beaucoup moins rigoureuses; elles n'exigeaient pas que la reconnaissance de dette fit mention de la cause, mais en justice le débiteur pouvait exiger du créancier qu'il en fit la preuve par son serment (3).

§ 4. — PRINCIPAUX CONTRATS: PRÊT A USAGE ET PRÊT DE CONSOMMATION.

Le contrat de prêt, à usage ou de consommation, est de tous les temps; il ne faut donc pas s'étonner de le rencontrer déjà dans la loi salique et dans les formules de l'époque franque. Il s'adaptait tout naturellement au formalisme de ce temps, puisque ce contrat ne peut pas se former autrement que par la prestation de ce que doit rendre l'emprunteur. Mais rien ne s'opposait à ce qu'il fût, en outre, confirmé par l'engagement solennel de la *fides facta* (4).

A l'époque féodale, le prêt, qu'il fût à l'usage ou de consommation, continua à se faire par la remise de la chose. On pouvait aussi y joindre une des solennités ordinaires, et celle à laquelle on recourait le plus souvent était la rédaction d'un écrit. En outre, dans les deux cas, les principes du droit romain pénétrèrent assez rapidement (5).

(1) Beaumanoir, chap. 35, n° 22, t. II, p. 51. Voy. aussi *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 88 et 90, éd. de Gruchy, p. 201 et 206.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 340 et 363.

(3) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 17 et 44; *Ancienne coutume de Montpellier*, art. 42.

(4) Voy. les titres 52 et 54 de la loi Salique. — Cpr. Pardessus, *Loi salique*, p. 643.

(5) Voy. notamment, *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 50 et suiv., t. II, p. 48. — Beaumanoir, chap. 37, n° 1, t. II, p. 65. — *Olim*, t. III, p. 116, 118, 336, 633. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 569 et suiv., t. II, p. 212.

Certains textes admettent un troisième prêt qu'ils tirent du droit romain sous le nom de *precarium* (1).

Dans le commodat, l'emprunteur devait rendre identiquement la chose reçue, soit à l'expiration du terme convenu, soit à première réquisition si aucun délai n'avait été stipulé pour la restitution, et c'est pour ce second cas que certains coutumiers parlent de *precarium* (2).

Le commodant ne doit pas prêter la chose d'autrui sans le consentement du propriétaire et, s'il l'a fait, le commodataire est tenu de rendre au véritable propriétaire et en justice (3). Le commodataire doit d'ailleurs ne se servir de la chose que pour l'usage convenu (4); il répond même de la faute la plus légère, sans être tenu du cas fortuit ni de la diminution de valeur résultant de l'usage régulier de l'objet prêté.

Par suite d'une fausse interprétation du droit romain dont les textes ne sont pas, en effet, toujours très clairs, on avait admis trois degrés dans la faute et on disait, suivant les circonstances, qu'elle était lourde, légère ou très légère. Lorsque les deux parties étaient intéressées au contrat, elles répondaient l'une et l'autre de leur faute légère. Si le contrat avait été passé dans l'intérêt d'une seule des parties, par exemple du commodataire, celle-ci répondait même de sa faute très légère, mais l'autre partie, qui rendait un service, n'était tenue que de sa faute lourde. Cette interprétation assez inexacte d'ailleurs du droit romain, était adoptée par les romanistes eux-mêmes et il n'est dès lors pas étonnant que les jurisconsultes coutumiers l'aient à leur tour acceptée (5). Mais l'emprunteur répon-

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 571, t. II, p. 212.

(2) Beaumanoir, chap. 37, n° 2, t. II, p. 66. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 571, t. II, p. 212. — *Livre de justice et de plet*, p. 166.

(3) Beaumanoir, chap. 37, n° 3, t. II, p. 67.

(4) Beaumanoir, chap. 37, n° 6, t. II, p. 71. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 578, t. II, p. 215.

(5) Voici par exemple ce qu'on lit dans le *Brachylogus*, au liv. III, tit. 7, de *pignoris* : *Pignus est quod creditori causa securitatis datur... In pignore vero et creditoris, quia in tuto est sibi pecunia, et debitoris, quia facilius ei creditur, utilitas continetur : et ideo nec exactissimam diligentiam, ut commodatarius,*

draît du cas fortuit s'il était en demeure de restituer ou s'il s'était servi de la chose pour un usage non compris dans la convention (1).

Le prêt de consommation se formait nécessairement *re* (2), comme le prêt à usage et dès le moment où les jurisconsultes avaient connu les principes du droit romain, ils les lui avaient en général appliqués (3). Ce contrat était, bien entendu aussi, soumis aux principes généraux et c'est ainsi qu'il ne devait pas être contraire aux bonnes mœurs (4). Le plus souvent, il se constatait également par écrit, au moyen d'une des trois sortes de lettres précédemment énumérées, lettres sous sceau; lettres de justice laïque, lettres de justice d'Eglise, et cet écrit devait nécessairement indiquer la cause de l'obligation (5). Cependant certaines coutumes locales étaient moins rigoureuses et n'exigeaient pas l'indication de la *causa debendi* (6). D'autres voulaient, à peine de nullité, que la reconnaissance de l'emprunt fût renouvelé tous les trois ans (7). Dans les pays du Midi, on appliquait sans difficulté le sénatus-consulte Macédonien et certaines coutumes s'approprièrent même

*nec solummodo dolum et latam culpam, ut depositarius, sed quasi mediam, id est exactam diligentiam creditor vel heres ejus debitori vel heredi ejus præstare cogitur. Hanc autem custodiam si præstiterit creditor, quocumque fortuito casu res amittatur, non tenebitur; nec ob id debitum retinere poterit debitor.* » Parmi les coutumiers, les uns reproduisent cette distinction, les autres sont moins absolus et se bornent à dire que le commandataire répond seulement de la faute que ne commettrait pas un homme sage. Voy. Beaumanoir, chap. 37, n° 4, t. II, p. 68. — *Livre de justice et de plet*, p. 66. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 575, t. II, p. 213. — Glanville, lib. X, cap. 13; dans Phillips, t. II, p. 433.

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 166. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 578, t. II, p. 215. — Beaumanoir, chap. 37, n° 4, t. II, p. 68.

(2) Sur la définition de ce contrat, voy. Glanville, lib. X, cap. 3, § 3, dans Phillips, t. II, p. 425.

(3) Voy. *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 50. — *Olim*, t. III, p. 116, 118, 336, 639. — Beaumanoir, chap. 37, n° 1, t. II, p. 65.

(4) Beaumanoir, chap. 37, n° 8, t. II, p. 72.

(5) Beaumanoir, chap. 35, nos 18, 22, 23, t. II, p. 48, 51, 52.

(6) Voy. par exemple, l'ancienne coutume de Toulouse, au titre *De fide instrumentorum*.

(7) Voy. par exemple, les statuts d'Arles, art. 39, et ceux de Salon, dans Giraud, p. 257.

ses dispositions (1), mais parfois avec des modifications (2). Plusieurs jurisconsultes essayèrent même d'introduire l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* avec la théorie du renversement de la preuve qui était mise à la charge du créancier. Mais il ne semble pas que leurs efforts aient réussi et Charondas dit formellement dans ses annotations sur Bouteiller, qu'on ne connaît pas en France l'exception de *pecune non numerata* (3).

Le prêt de consommation portant sur des choses fongibles, il en résultait qu'à la différence de ce qui se produisait dans le commodat, l'emprunteur répondait du cas fortuit. Il devait rendre la même quantité de choses fongibles, que celles-ci eussent augmenté ou diminué de valeur. Mais dans le cas où il aurait refusé de restituer et où il aurait fallu obtenir jugement contre lui, si les choses avaient diminué de valeur entre le jour de l'échéance et celui du jugement, il devait indemnité au prêteur à raison de cette différence (4).

#### § 5. — LES INTÉRÊTS DANS LE PRÊT DE CONSOMMATION.

Le prêt de choses fongibles et le prêt à usage devaient être essentiellement gratuits; si on stipulait une rémunération, il y avait, dans le premier cas, usure, ce qui était tout à fait défendu (5), et dans le second cas louage et non commodat, ce qui était d'ailleurs absolument licite.

La prohibition très générale du prêt à intérêt s'était de bonne heure introduite sous l'influence de l'Eglise. Pendant plusieurs siècles, elle n'avait condamné le prêt à intérêt qu'au

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 576, t. II, p. 214.

(2) Voy. coutume de Limoges, art. 82.

(3) Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 337. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 55, p. 361. Voy. aussi l'ancienne coutume de Toulouse, au titre *De fide instrumentorum*.

(4) Beaumanoir, chap. 37, nos 1 et 4, t. II, p. 65 et 69. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 573, t. II, p. 213. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 145.

(5) Mais celui qui avait emprunté à un ami pouvait, à titre de reconnaissance du service rendu, lui faire quelques cadeaux, sans que ces libéralités fussent considérées comme des intérêts usuraires. Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 753 et 754.

point de vue de la morale; elle donnait plutôt un conseil de conscience qu'un ordre impératif. Mais lorsqu'elle devint toute puissante au moyen âge, les conciles et les papes défendirent le prêt à intérêt sous les peines les plus sévères et ils obtinrent du pouvoir temporel que ce qui avait été un précepte de charité, devint une loi positive. Le grand argument des Pères de l'Eglise et des canonistes du moyen âge était renouvelé d'Aristote : il consistait à dire que tirer des intérêts d'une somme prêtée, c'est faire produire un fruit à l'argent qui, par sa nature, est stérile. Le pape Urbain III le premier invoqua en outre le passage de l'Evangile selon Saint Luc : *Mutuum date nihil inde sperantes* (1). L'argument d'Aristote était manifestement défectueux; s'il avait été fondé, on aurait dû défendre aussi la location des maisons à prix d'argent et le contrat de constitution de rente, que l'Eglise reconnaissait cependant comme parfaitement valables. Quant au passage de Saint Luc, il posait une règle de pure morale et de complet désintéressement, puisqu'il allait jusqu'à demander même le sacrifice du capital. Cependant les canonistes du moyen âge n'ont jamais songé à interdire cette restitution. La vérité est que l'Eglise avait été frappée des inconvénients du prêt à intérêt aussi bien sous le rapport économique, qu'au point de vue moral et elle ne s'était pas demandé si en voulant éviter un mal elle n'en produirait pas un autre : d'une part le prêt à intérêt, à une époque où les relations commerciales étaient peu développées et où la notion du crédit faisait à peu près défaut, était de nature à amener, à courte échéance, la ruine complète des débiteurs; d'autre part, cette convention, en donnant au peuple le moyen de se procurer assez facilement de l'argent, l'aurait éloigné du travail ou l'aurait porté aux mauvaises mœurs (2).

(1) Voy. Saint Luc, chap. 6, verset 35: Voy. aussi Saint Mathieu, chap. 5, verset 42; Lévitique, chap. 25, versets 35 et suiv.; Exode, chap. 22, verset 25; Deutéronome, chap. 23, versets 19 et 20.

(2) Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 752 : « Pour deux raisons selon la loy escrite est usure defendue. La première raison c'est que usure est defendue pour le peuple qui est enclin de sa nature à oysiveté, et ne voudroit

Déjà des capitulaires posent le principe de la prohibition du prêt à intérêt (1). Au moyen âge la prohibition est répétée à l'envi, dans les coutumes, dans les coutumiers et dans les ordonnances royales (2). Les barons eux-mêmes ont des droits importants contre les usuriers; ils peuvent défendre le prêt à intérêt sur leurs terres et, en cas de contravention, ils ont le droit de prendre le corps et de saisir les biens de quiconque a passé un contrat de cette nature dans le ressort de leur baronnie (3). Plus tard Bouteiller sera plus sévère encore: nul seigneur, dit-il, ne doit souffrir qu'un usurier demeure sur sa terre, ni que ses sujets lui louent maison, et s'il apprend qu'un prêteur d'argent à intérêt est venu résider dans la seigneurie, le seigneur doit l'expulser dans les trois mois, sous peine d'excommunication et d'une amende de cent marcs au profit du prélat. Mais en s'exprimant ainsi, Bouteiller ne fait que reproduire la loi canonique et non la coutume; il rappelle même que c'est une question, pour les canonistes, de savoir si le roi ou le prince a des pouvoirs suffisants, pour faire des lois qui autoriseraient l'usure et il n'hésite pas à ajouter que s'il s'attribue ce droit, il doit être excommunié (4).

Il ne faut jamais oublier qu'à cette époque le mot *usure* désignait toute espèce d'intérêt, tandis que, de nos jours, on a réservé cette expression aux intérêts supérieurs à ceux que la loi autorise.

faire autre œuvre ne labeur. La seconde raison que elle est expressement defendue par l'Église, et à ce doit obéir tout vray chrestien, et qui ne le fait, il ne doit mie estre tenu fils de nostre mère sainte Eglise. »

(1) Capitulaire de 789, cap. 5, et capitulaire de 803, cap. 16 et 17, Boretius, t. I, p. 54 et 132.

(2) Glanville, lib. X, cap. 3. — Beaumanoir, chap. 68, t. II, p. 475. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 572 et 583, t. II, p. 212 et 216. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 53. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 753. — Quant aux ordonnances royales, voy. notamment pour notre période celles de janvier 1268, de 1270, de juillet 1311, du 8 décembre 1312, du 28 juillet 1315, de février 1318, de janvier 1330, du 3 mars 1402, sans parler des ordonnances édictées spécialement contre les Juifs et les Lombards. Pour l'ordonnance de 1274 contre les usuriers, voy. Langlois, *Le règne de Philippe III le Hardi*, p. 299.

(3) Beaumanoir, chap. 68, no 13, t. II, p. 480.

(4) S'il s'agissait d'un prince ecclésiastique, il serait même, *ipso facto*, frappé d'excommunication. Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 753.

Tout prêt à intérêt, quelque minime que fût cet intérêt, étant interdit, on avait essayé de dissimuler ce contrat sous la forme d'un autre; mais les jurisconsultes, canonistes ou coutumiers, s'étaient rapidement mis d'accord pour prohiber ces conventions et même pour en défendre d'autres qui n'avaient pourtant qu'un rapport lointain avec le prêt à intérêt. Les coutumiers relèvent tout particulièrement, pour les défendre absolument, trois conventions de ce genre : la vente d'une chose quelconque à terme et avec stipulation d'un prix supérieur à celui qui aurait été exigé si le contrat avait été passé au comptant; le prêt de certaines choses fongibles, avec la convention qu'il sera rendu d'autres choses fongibles d'une plus grande valeur, par exemple le prêt ou la vente d'une certaine quantité d'avoine au mois d'avril, avec stipulation qu'au mois d'août l'emprunteur rendra même quantité en blé et en supposant qu'à cette époque le blé ait une valeur supérieure à celle de l'avoine; enfin, le *Mortgage*, c'est-à-dire le contrat de gage, avec clause portant que le créancier aura le droit de s'attribuer les fruits de la chose engagée, sans les imputer sur le capital de la créance (1).

Le prêt à intérêt était interdit en principe, même aux Juifs (2). Mais on ne considérait pas comme prêt à intérêt le fait par l'emprunteur de faire quelques cadeaux au prêteur, à titre de reconnaissance, ni la rente viagère, ni bien entendu le bail à rente constituée moyennant l'aliénation d'un immeuble (3).

(1) Si ces fruits avaient dû être acquis par le créancier, en déduction d'une partie de sa créance, la convention aurait été valable et aurait porté le nom de *vis gage*. Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 68, nos 2, 3, 4, 7, 11, t. II, p. 478, 479. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 753. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 572, 583, 587, t. II, p. 212, 216, 217 et suiv. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 53. — *Établissements de Saint Louis*, chap. 91, éd. Viollet, t. II, p. 148.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 68, no 9, t. II, p. 479. Dans certaines coutumes on ne permet aux Juifs de prêter que sur gage. Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, no 55, t. I, p. 52.

(3) On admit même, dans la suite, qu'une somme d'argent pourrait être aliénée à perpétuité, sans droit pour le créancier d'en exiger la restitution, et

Pour assurer le respect de la prohibition de l'usure, les dispositions les plus diverses de droit civil ou de droit pénal avaient été prises. Le prêt à intérêt était déclaré nul comme contraire aux bonnes mœurs (1). Le créancier n'avait donc pas le droit de réclamer au débiteur les intérêts stipulés; s'il les avait perçus, il était tenu de les rendre. Souvent en pratique un usurier, pour sauver son âme et éviter la confiscation de ses meubles, ordonnait à ses héritiers de restituer les usures qu'il avait perçues; mais si son testament ne contenait rien à ce sujet, les héritiers n'étaient pas tenus de restituer. Au contraire, les héritiers de l'emprunteur pouvaient invoquer la nullité de la clause usuraire aussi bien que l'emprunteur lui-même, soit contre le créancier, soit contre ses héritiers. Mais après avoir posé ces règles, Beaumanoir ajoute que si les héritiers de l'usurier ne sont pas obligés, en droit, de rendre les usures, du moment que leur auteur ne leur a pas imposé cette charge, ils en sont cependant tenus devant Dieu et, de génération en génération jusqu'à la dixième, sous peine de perdre leur âme (2). Un peu plus tard Bouteiller, sous l'influence manifeste du droit canonique, se montre plus rigoureux et il permet de réclamer les usures même contre les héritiers de l'usurier (3).

Parfois le prêteur, pour assurer le paiement des intérêts, amenait l'emprunteur à s'engager à ce paiement par foi et par serment, mais on était d'accord pour admettre que celui-ci pouvait se faire relever de la dite foi (4). De même on se faisait

à charge par l'emprunteur de payer chaque année des arrérages assignés sur un immeuble frugifère. Mais, sans condamner cette convention, les canonistes la déconseillaient, par ce motif qu'elle se rapprochait singulièrement du prêt à intérêt. Voy. sur les premiers points, Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 753 et 754.

(1) Beaumanoir, chap. 68, r.º 1, t. II, p. 475.

(2) Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 68, n.ºs 14, 15, 16, t. II, p. 180.

(3) Bouteiller *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 753. Voy. dans le même sens *Livre de justice et de plet*, p. 323.

(4) Tant qu'ils ne s'étaient pas fait relever de leur serment, ils devaient payer leurs usures, mais ensuite, une fois relevés du serment, ils en obtenaient la restitution.

aussi relever du serment par lequel on s'était interdit de demander la restitution des intérêts (1).

Au temps de Beaumanoir, on admettait sans difficulté que les causes d'usure appartenaient à la Sainte Église; cependant si l'usurier agissait en paiement devant la cour laïque, le défendeur avait le choix de rester devant cette cour, qui connaissait alors de l'usure, ou de demander son renvoi devant la cour d'Église. Mais une fois qu'il avait pris un parti, il ne pouvait plus revenir sur son choix. Parfois le débiteur s'étant obligé par lettres ou par plége, le créancier agissait contre lui en paiement de la dette, devant la cour laïque et le débiteur agissait pour cause d'usure contre le créancier devant la justice d'Église; celle-ci prescrivait alors à la cour laïque, de suspendre son instance tant qu'il n'aurait pas été statué sur la question d'usure. La cour laïque n'était pas tenue d'obtempérer à cette injonction; elle avait au contraire le droit de condamner le débiteur à payer le créancier. Toutefois, si plus tard la cour d'Église reconnaissait l'existence d'une usure, elle pouvait condamner le créancier à restituer cette usure, sous peine d'excommunication, et ainsi, dit Beaumanoir, chacun reste dans les limites de sa compétence (2). Dans la suite, la compétence exclusive des cours d'Église fut contestée par les cours laïques. Un clerc marié et marchand avait été accusé d'usure à l'occasion de son commerce, par la cour laïque; l'évêque ayant réclamé le clerc marié, il lui fut répondu que la cour d'Église était incompétente pour six raisons : l'accusé était clerc marié et marchand; l'usure se rattachait à son commerce; l'action était civile; l'usure résultait d'un contrat; cette usure était contraire aux prohibitions royales; enfin le fait était populaire et regardait le peuple (3).

Les usuriers étaient menacés de peines spirituelles après

(1) Voy. sur ces divers points, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 585 et 586, t. II, p. 217. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 11, p. 753. — *Livre de justice et de plet*, p. 329.

(2) Beaumanoir, chap. 63, nos 5 et 6, t. II, p. 477.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 445, t. IV, p. 327.

leur mort (1), pour le cas où ils ne restitueraient pas les biens mal acquis : ils mouraient en état d'excommunication et leurs biens étaient confisqués au profit du baron et aux dépens de leurs héritiers (2). Mais on ne considérait pas comme usurier celui qui était resté, au moment de sa mort, plus d'un an et un jour sans prêter à intérêt (3).

Malgré cette prohibition générale, il y avait des contrées dans lesquelles le prêt à intérêt était permis, le plus souvent sous certaines conditions. On avait sans aucun doute admis cette grave dérogation aux prescriptions de l'Eglise à cause des nécessités du commerce et de l'industrie. Peut-être avait-on aussi remarqué que, malgré la défense générale, le prêt à intérêt se pratiquait partout, mais d'une manière occulte et, qu'à raison des risques qu'il faisait courir au prêteur, il donnait lieu à des intérêts exorbitants, tandis que les conditions étaient beaucoup plus douces pour les débiteurs dans les pays où les créanciers jouissaient d'une sécurité relative (4). Dans certaines villes du Midi ou même du Nord, le prêt à intérêt était permis, sauf certaines restrictions. A Montpellier, par exemple, les intérêts n'étaient dus qu'autant qu'ils avaient été promis par serment et ils cessaient de cou-

(1) Beaumanoir, chap. 68, n° 15, t. II, p. 481 : « Porce que cil qui vivent en tele rapine comme d'usure, ou de taute, ou de larrecin, ou de termiement, ou d'autres malveses aquisitions, sacent ou quel peril il sunt s'il ne rendent les cozes mal aquisées, noz lor dirons le descendement qui descend d'eus quant il moerent atout. Sacent donques tuit, que lor ames sunt données as enemis d'enfer, et lor cors as vers, et lor avoirs à lors parens. Et si ne vaurroit nus doner de ces trois sa part por les autres deus; car li anemi ne donroient pas l'ame por le cors et por l'avoir, et li ver ne donroient pas li cors por l'avoir et por l'ame, et li parent ne donroient pas l'avoir por la vie et por le cors; ainsi se tient çascuns por paiés, et li quetis est perduz perdurablement. »

(2) Voy. *Établissements, coutumes, assises et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, éd. Marnier, p. 34. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 53. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n° 212, t. IV, p. 106.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 54.

(4) Nous ne pouvons pas ici développer cette observation, mais elle ressort, suivant nous, de l'ensemble des deux travaux suivants : Mossmann, *De l'épargne au moyen âge, de son emploi et de ses effets*, dans la *Revue historique*, t. X, p. 55 et suiv. — Bardinet, *La condition civile des juifs du comtat Venaissin pendant le séjour des papes*, dans la *Revue historique*, t. XII, p. 1.

rir à partir du moment où, par leur accumulation, ils auraient dépassé le capital (1). En Angleterre, Glanville nous apprend que le mortgage n'est pas défendu par la cour du roi, bien qu'on le considère comme une sorte de prêt à intérêt (2).

### § 6. — LE DÉPÔT.

Le dépôt est, comme le commodat et le prêt de choses fongibles, un contrat qui suppose nécessairement la tradition, même dans les pays qui ont supprimé toute espèce de formalisme. Il ne faut donc pas s'étonner de lui découvrir ce caractère au moyen âge comme aux autres époques. Ce contrat porte, généralement, dans nos anciens coutumiers, le nom de *bail à garde* ou plus brièvement celui de *garde* (3). Les obligations du dépositaire sont celles qu'avait déjà établies le droit romain. Il doit conserver la chose et s'abstenir de s'en servir. Il répond en principe de sa faute lourde seulement, parce qu'il rend un service; mais cependant si le contrat lui profite aussi, il est alors tenu de sa faute légère et certains coutumiers vont même parfois jusqu'à le rendre responsable de la faute très légère, nouvelle preuve qu'à cette époque déjà on reconnaissait volontiers trois degrés dans la faute. Quant au cas fortuit, le dépositaire n'en était tenu qu'autant qu'il se trouvait en demeure de restituer (4). En principe, il était tenu de restituer à toute réquisition, même si un terme avait été stipulé pour la durée du dépôt et il ne pouvait jamais refuser de

(1) Voy. Ancienne coutume de Montpellier, art. 68 et 116. — Cpr. Ancienne coutume d'Alais, art. 24. — Pour Saint-Omer, voy. Giry, *Histoire de la ville de Saint-Omer et de ses institutions jusqu'au XV<sup>e</sup> siècle*, p. 296.

(2) Glanville, lib. X, cap. 8, § 6, éd. Phillips, t. II, p. 130.

(3) Voy. Beaumanoir, chap. 36, t. II, p. 59 et Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 59, p. 372. Bouteiller garde cette vieille expression, bien qu'il emprunte toute sa théorie des obligations au droit romain, parce qu'il écrit pour les *ru-raux*. Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* disent que le dépôt suppose une chose baillée à autrui pour la garder. Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 591, t. II, p. 219.

(4) Voy. sur ces divers points, *Livre de justice et de plet*, p. 120 et suiv., 164, 165. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 595 à 597, t. II, p. 220 et suiv. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 59, p. 372. Cpr. liv. I, tit. 26, p. 145.

rendre sous prétexte qu'il était créancier du déposant (1). Beaumanoir recommande cependant au dépositaire de refuser de restituer dans certains cas : s'il sait que le déposant veut faire de la chose un usage criminel; s'il apprend qu'elle a été perdue ou volée et donne lieu à procès; si elle lui a été confiée par plusieurs personnes et que quelques-unes seulement demandent la restitution; s'il s'agit d'armures qui lui ont été confiées par une personne qui les réclame pour faire la guerre au seigneur de la terre (2).

Tous les coutumiers s'occupent longuement des dépôts faits à bord des navires ou dans les hôtelleries et reproduisent en général les principes du droit romain; l'hôtelier ou le *sire de la nef* répond de tous ceux qu'il emploie dans son hôtellerie ou à son bord et qui font, à un titre quelconque, partie de sa *mesnie*, notamment pour le cas où ils viendraient à soustraire les objets déposés. Mais il n'est pas, en général, tenu des cas fortuits.

Toutefois, à raison même de la responsabilité particulière de l'hôtelier, Beaumanoir veut que le voyageur lui dise formellement qu'il lui confie tels objets; le seul fait d'apporter ces objets dans l'hôtellerie n'emporterait pas dépôt et n'engagerait pas la responsabilité exceptionnelle de l'hôtelier (3). En retour, l'hôtelier jouit d'un important privilège: comme il lui est souvent impossible de connaître la solvabilité des voyageurs, on lui donne, dans la coutume de Paris, un privilège sur les effets et chevaux de ceux-ci. Il a le droit de les rete-

(1) Cette règle, empruntée au droit romain, s'appliquait encore plus facilement dans notre ancien droit qui, en général, n'admettait pas la compensation, — Voy. sur ces divers points, *Livre de justice et de plet*, p. 165; Boutellier, *Somme rural*, liv. I, tit. 59, p. 373.

(2) Beaumanoir, chap. 36, n° 1 et suiv., t. II, p. 59. Pour le cas où la chose est réclamée par une personne autre que le déposant et qui s'en dit propriétaire, voy. *Ibid.*, n° 4.

(3) Voy. sur ces divers points des détails très curieux, parfois même des traits de mœurs, dans les textes suivants: Beaumanoir, chap. 36, n° 7, t. II, p. 63. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 130, 152, 153. — *Livre de justice et de plet*, p. 120 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, K, n° 217 et suiv., t. IV, p. 103. — Boutellier, *Somme rural*, liv. I, tit. 59, p. 373 et 374.

nir tant que la dépense ne lui est pas payée et s'ils sont vendus, il vient sur le prix par préférence aux autres créanciers (1).

En cas de contestation sur l'existence d'un dépôt, on n'admet pas la preuve par bataille, mais seulement celle qui résulte du serment ou de l'enquête (2).

### § 7. — LA VENTE.

Les contrats étudiés précédemment, ne peuvent se former à aucune époque par le seul échange des consentements; il est de leur essence même qu'une tradition, dans le sens le plus large de ce mot, ait été faite. Il en est autrement des contrats auxquels nous arrivons maintenant et en tête desquels il faut placer la vente. C'est surtout à l'occasion de ce contrat qu'on se rend compte de la force de pénétration du droit romain dans certaines parties de la France coutumière. A vrai dire, les vieux coutumiers peuvent se ramener à trois classes : les uns restent absolument réfractaires au droit romain et continuent à imposer, comme condition de validité du contrat, l'ancienne formalité de l'investiture; telles sont notamment certaines coutumes du nord-ouest de la France. D'autres ont organisé un système mixte, composé de règles empruntées en partie au droit romain, en partie au droit coutumier; tel est le système de Beaumanoir, de certaines coutumes du Centre et du Midi. D'autres, enfin, ont plus franchement encore adopté le droit romain et n'ont conservé les vieilles coutumes que sur certains points ou pour diverses ventes d'une nature spéciale, notamment les ventes en justice. Qu'on lise les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* ou la *Somme rural* de Bouteiller et on verra à quel point ces

(1) *Coutumes notoires*, n° 50. — Desmarest, *Décisions*, n° 176.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 77, t. I, p. 56. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 94. — La coutume de Toulouse n'admettait pas le témoignage des femmes pour prouver un dépôt, mais cette disposition de l'art. 33 était tout à fait inutile, si l'on supposait un procès civil, car cette même coutume repoussait le témoignage des femmes dans les contestations de cette nature et ne l'acceptait qu'en matière criminelle. Voy. art. 33 et 36.

coutumiers sont de toutes parts débordés par le droit romain (1).

A l'époque franque, la vente ne se formait pas par le seul échange des consentements, mais par la tradition de la chose ou par le paiement du prix, ou par la rédaction d'un écrit, ou par la présence de témoins (2). Dans certains textes, l'ensaisinement est même parfois confondu avec la vente (3). Mais sous l'action du droit romain, on l'en distingue le plus souvent d'une manière assez nette. Il ne faudrait pas conclure de là que la vente soit devenue un contrat consensuel. Bien au contraire on continue à exiger la tradition de la chose ou le paiement du prix, c'est-à-dire l'exécution du contrat par l'une des parties. Mais une exécution partielle suffit, par exemple le paiement des arrhes (4). En outre la rédaction d'un écrit continue à être admise comme mode de formation du contrat. Tous les anciens coutumiers sont unanimes sur ce point. Ce qui est plus curieux, c'est que ce système fut aussi observé dans certains pays de droit écrit, notamment dans les coutumes de Toulouse et de Montpellier (5). C'est seulement dans la dernière partie de notre période que certaines coutumes classèrent la vente parmi les contrats consensuels, à côté du mandat et de la société (6). Pour les immeubles, la tradition prenait la forme d'un ensaisinement au moyen d'une véritable fiction empruntée à la période précédente : on

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 630 à 641, t. II, p. 232. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 67, p. 391.

(2) Voy. le t. III, p. 242.

(3) Voy. par exemple, Boretius, *Capitulaires*, p. 380.

(4) Voy. Marculte, liv. II, formule 20 et Sirmond, formule 43. — *Loi des Visigoths*, V, 4, § 4 et 5; *Loi des Bavares*, tit. XVI, cap. 10. — Glanville, lib. X, cap. 14, § 1, dans Phillips, t. II, p. 434. — Jean d'ibelin, chap. 70. — *Anciens Coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 112, 114, 122. — *Livre de justice et de plet*, p. 98. — *Ancienne coutume des pays de Vermandois*, p. 91 et 92. — *Beau manoir*, chap. 35, n° 20, t. II, p. 49.

(5) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 93; *Ancienne coutume de Montpellier* art. 100; *Coutume d'Alais*, art. 101; *Statuts d'Arles*, art. 191; *Statuts de Salon*, dans Giraud, t. II, p. 254.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 630 et 637, t. II, p. 232 et 234. — Bouteiller, liv. I, tit. 67, p. 391, a bien soin de faire remarquer que la vente n'est un contrat consensuel que d'après le droit écrit.

faisait remise de l'immeuble par un symbole, bâton, fétu de paille, couteau, etc.; d'autres fois il y avait remise de la charte, d'autres fois encore on comparaisait en justice. C'était dans tous ces cas les formalités de *vest* et de *dévest*, alors générales, et qui se conservèrent ensuite dans certaines parties de la France jusqu'à la Révolution. L'ensaisinement est même resté général en matière de fief, où il était fait par le seigneur, mais pour les autres immeubles, les coutumes ont varié (1).

De même, en matière d'héritage, plusieurs restrictions se sont maintenues comme des restes de l'ancienne inaliénabilité des immeubles au profit de la famille. *Le Livre de justice et de plet* déclare formellement qu'on ne peut vendre son héritage que pour ses besoins. Dans tout autre cas, notamment si on veut déshériter son lignage, la vente serait nulle (2). *Les Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* sont moins absolues et ne limitent la capacité de vendre qu'aux dépens de ceux qui sont en danger de mort. Ces personnes ne peuvent vendre de leur héritage que ce qu'elles en pourraient donner, et seulement pour bonne et juste cause (3). Bouteiller, tout en reproduisant littéralement les dispositions du droit romain, ajoute que, par coutume locale, l'homme au lit de la mort, ne peut pas faire donation ou vente de son héritage en fraude des droits de son héritier. Dans les coutumes de Ponthieu et d'Artois, on ne vend son héritage paternel ou maternel que sous trois conditions : il faut, que le vendeur ait obtenu le consentement de ses héritiers, que la vente soit nécessaire à son existence, enfin qu'il emploie le prix à acheter des immeubles d'un rapport plus élevé (4).

Si l'on fait abstraction de ces particularités qui tiennent à l'organisation de la famille, on arrive à se convaincre que

(1) Beaumanoir, chap. 27, n° 7, t. 1, p. 382. — *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 264 et 615. Cpr. n°s 671 et 673. Dans les ventes par décret, l'adjudicataire était réputé saisi par l'exécution du jugement. Voy. *Ancienne coutume des pays de Vermandois*, n° 95.

(2) *Livre de justice et de plet*, liv. VIII, tit. 3, § 1 et suiv.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 633, t. II, p. 233.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 67, p. 399 et suiv.

les principes du droit romain se sont plus ou moins fusionnés avec ceux des anciennes coutumes, notamment en ce qui concerne les droits et obligations des contractants. C'est ainsi que les coutumiers les plus récents, considérant la vente comme un contrat consensuel, permettent à l'acheteur d'agir en justice pour obtenir la livraison de la chose, bien qu'il n'ait pas encore payé son prix ; mais il doit offrir ce paiement et, de son côté, le vendeur ne peut exiger le prix qu'autant qu'il est prêt à livrer la chose (1).

La principale obligation du vendeur était celle de garantie ; elle était imposée à la fois par le droit romain, par le droit coutumier et par le droit féodal. En principe, tout vendeur devait la garantie (2), et cette obligation était bien plus lourde que chez les Romains, car le droit coutumier ou féodal avait établi de nouvelles causes d'éviction, telles que le retrait lignager, le retrait seigneurial, la mainmise faite par le seigneur sur une censive sous prétexte que le tenancier était mort sans héritier direct (3). On avait parfois essayé d'éviter à l'acheteur quelques-unes de ces chances d'éviction, par exemple en permettant de mettre le lignager en demeure d'exercer immédiatement son retrait (4). Mais cette doctrine n'avait pas prévalu et, en général, on avait persisté à admettre que le lignager avait le droit d'exercer son retrait pendant un an et un jour (5). Inversement, sous un autre rapport, la garantie fut, pendant assez longtemps, moins lourde qu'en droit romain, car elle était due seulement pendant un an et un jour, tandis que chez les Romains, elle était perpétuelle (6). Mais

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 631 et 636, t. II, p. 232 et 234.

(2) Beaumanoir, chap. 34, nos 9 et 10, t. II, p. 5. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 113.

(3) Voy. le *Livre des constitutions du Chastelet*, § 51, éd. Mortet, p. 62 et 63. — *Livre de justice et de plet*, p. 129.

(4) *Livre des constitutions du Chastelet*, § 86, éd. Mortet, p. 89.

(5) Voy. par exemple, Beaumanoir, chap. 44, n° 28, t. II, p. 197.

(6) *Livre des constitutions du Chastelet*, § 85, éd. Mortet, p. 87. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1190, t. II, p. 451. Cpr. *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 33 et suiv. — Jean d'Hebelin, chap. 80, 82, 112, 132. — Navarre, chap. 80.

il était permis de déroger à cette règle et, probablement sous l'influence du droit romain, on admit que la garantie pourrait devenir perpétuelle, en vertu d'une clause formelle du contrat (1). Puis, en dernier lieu, certains coutumiers essayèrent d'établir en principe, que la garantie serait due pendant trois ans en matière mobilière et pendant dix ans en matière immobilière, probablement parce qu'au bout de ce temps l'acheteur se trouvait protégé par la prescription de long temps du droit romain (2).

Le vendeur devait, avant tout, garantir à l'acheteur la libre possession de la chose; il lui garantissait aussi les accessoires et produits de cette chose (3).

Cette obligation de garantie empêchait le vendeur de pouvoir exercer le retrait lignager, car autrement il aurait été lui-même la cause de l'éviction (4). Le vendeur devait aussi garantie contre l'éviction provenant d'un tiers et cette garantie était même de droit, de sorte qu'il n'était pas nécessaire de l'insérer dans le contrat de vente; mais l'usage contraire était très en faveur (5).

Pour la procédure, on resta en général fidèle aux principes des anciennes coutumes et on ne se détacha que très difficilement du vieux formalisme (6).

La vente de la chose d'autrui était réprouvée toutes les fois

(1) *Livre des constitutions du Chastelet*, § 85, éd. Morlet, p. 88.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 237, t. I, p. 563; I, n° 323, t. III, p. 441. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 569.

(3) Toutefois le vendeur n'était pas tenu de garantir à l'acheteur le paiement des droits de l'arrière-fief, lorsqu'il ne s'était obligé à la garantie qu'en termes généraux. Voy. *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 80.

(4) *Livre de justice et de plet*, p. 232 et 233.

(5) Voy. par exemple, des actes de 1169, 1181, 1193, dans le *Cartulaire de Notre-Dame de Paris*, t. I, p. 46, 47, 412.

(6) Nous ne pouvons expliquer ici cette procédure compliquée et intéressante. Voy. Glanville, lib. III, cap. I et suiv., dans Phillips, t. II, p. 361 et suiv., et lib. X, cap. 15, *ibid.* p. 435. — Beaumanoir, chap. 34, n°s 44 et suiv., t. II, p. 25 et suiv., et n° 66, p. 38. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 33, p. 212. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, B, n° 100, et C, n° 92, t. I, p. 122 et 306; F, n° 1181, t. II, p. 449. — La clause de non garantie n'était pas interdite et parfois même elle était de droit, notamment dans la vente d'une chose consacrée. Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 33, p. 210.

qu'elle avait lieu de mauvaise foi : non seulement le vendeur devait garantir l'acheteur et le dédommager complètement, mais on le considérait même comme coupable du crime de faux entraînant peine de mort, par cela seul qu'il avait vendu pour sienne une chose qui ne lui appartenait pas (1). Toutefois Beaumanoir admet qu'on peut vendre la chose d'autrui, meuble ou immeuble, à la condition de le déclarer à l'acheteur, et alors le devoir du vendeur est de faire tout ce qui dépend de lui pour se procurer la chose et s'il n'y parvient pas, d'en payer la valeur (2). D'ailleurs cette vente de la chose d'autrui devait être assez rare en matière immobilière, à cause de l'intervention du seigneur. D'un autre côté, sous l'influence du droit romain, on avait admis la validité de la vente de la chose d'autrui au profit de l'acheteur. Ainsi celui-ci faisait les fruits siens s'il était de bonne foi au moment de la perception et il arrivait à la propriété par la prescription, pourvu qu'il eût été de bonne foi à la fois au moment de la vente et au moment de la tradition (3).

Le vendeur devait aussi garantie des vices rédhibitoires cachés qui rendaient la chose impropre à l'usage auquel elle était destinée. Cette garantie s'appliquait à tous les biens, meubles ou immeubles, mais elle était surtout fréquente dans les ventes d'animaux (4). Lorsque la chose vendue manquait d'une des conditions essentielles promises par le vendeur, l'acheteur pouvait faire résoudre le contrat, mais il fallait, en général, qu'il découvrit le défaut de la chose et qu'il en fit la preuve peu de temps après la vente.

La principale obligation de l'acheteur consistait à payer le prix. Pendant longtemps on ne connut même que la vente au

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 637 et 1394, t. II, p. 234 et 507.

(2) Beaumanoir, chap. 34, n° 3, t. II, p. 2.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 634 et 639, t. II, p. 235. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27 et 48, p. 155 et 310.

(4) Voy. Glanville, lib. X, cap. 44, § 3, dans Phillips, t. II, p. 434. — Ancienne coutume de Toulouse, art. 97. — Les *Assises de Jérusalem* appliquaient aussi la théorie des vices rédhibitoires aux ventes d'esclaves. Voy. *Assises de la Basse cour*, chap. 34 et 35, éd. Kausler,

comptant. La loi salique ne mentionnait que cette vente et en plein moyen âge on suppose encore presque toujours qu'elle a lieu de cette manière. Les modèles de contrats de vente parvenus jusqu'à nous portent à peu près tous que le prix sera payable sur-le-champ (1). Beaumanoir admet bien la vente à terme, mais à la condition que le prix sera remplacé par une sûreté et le vendeur ne saurait être tenu de livrer la chose tant que cette sûreté ne lui a pas été donnée. A plus forte raison peut-il, dans la vente au comptant, garder l'objet vendu tant que l'acheteur n'a pas payé le prix (2). On ne s'est départi de cette rigueur que dans la suite et néanmoins la vente avec terme pour l'acheteur n'a jamais été fréquente pour deux raisons : la prohibition du prêt à intérêt empêchait le vendeur de stipuler des intérêts à son profit; d'un autre côté la vente à terme risquait d'être annulée sous prétexte de prêt usuraire, si l'on parvenait à établir que le prix stipulé à terme était plus élevé que ne l'eût été un prix immédiatement exigible (3).

Dans certaines contrées, notamment en Bourgogne, les anciennes coutumes germaniques se maintinrent encore plus longtemps et plus énergiquement. Ainsi on ne pratiquait pas la vente comme contrat synallagmatique et on la faisait sous forme de donation réciproque. Plus tard, et jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle, la vente prit, dans ce même pays, sa forme ordinaire, mais on se dispensait de mentionner le prix dans le contrat, soit par tradition des anciens usages, soit parce qu'il devait être payé immédiatement (4). Dans l'ancienne coutume de Toulouse (art. 98 et 99) la vente est déclarée valable, bien qu'elle ne contienne aucune mention du prix ou de son paiement. Il arriva même parfois à certains coutumiers de ne pas

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 35, n° 20, t. II, p. 49. — *Cartulaire de Notre-Dame de Paris*, t. II, p. 303 et t. III, p. 353.

(2) Beaumanoir, chap. 34, n° 59, t. II, p. 35. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 636, t. II, p. 224.

(3) Voy. ce que nous avons dit à l'occasion du prêt à intérêt, p. 606 et suiv. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 328.

(4) Voy. Charmasse, *Cartulaire de l'Église d'Autun*, introduction, p. LI.

distinguer la vente de l'échange et de laisser au prix un caractère tout à fait secondaire. Cela tient peut-être aussi en partie à ce que, pour faciliter le retrait lignager, on avait déclaré vente le contrat par lequel un immeuble était échangé contre un ou plusieurs meubles corporels autres que de l'argent (1).

La théorie de la résolution de la vente pour défaut de paiement du prix, n'était encore qu'en voie de formation. Elle n'était pas bien utile à cette époque, précisément parce que les ventes se faisaient le plus souvent au comptant et que le vendeur avait le droit de garder la chose tant qu'il n'était pas payé. Mais Beaumanoir nous apprend, tout au moins pour le cas de vente de meubles avec terme, que le vendeur peut résoudre la vente et reprendre sa chose si, à l'échéance du terme, l'acheteur ne paie pas le prix (2). Bouteiller va moins loin et refuse au vendeur le droit de demander la résolution pour défaut de paiement du prix (3).

D'un autre côté l'usage de donner et de retenir des arrhes était aussi un moyen commode de résolution. Les arrhes jouaient alors plusieurs rôles. A l'époque où la vente se formait encore par tradition, et avant qu'elle fût devenue un contrat consensuel, les arrhes étaient un moyen de réaliser ce contrat; elles servaient en même temps de mode de preuve; enfin, lorsque l'acheteur voulait résoudre le contrat, il lui suffisait de déclarer qu'il renonçait aux arrhes; mais le vendeur ne pouvait pas obtenir cette résolution en rendant simplement les arrhes, car il n'aurait éprouvé aucune perte et sa condition aurait été meilleure que celle de l'acheteur. Certains coutumiers disaient que le vendeur devait, dans ces circonstances, outre la restitution des arrhes, une certaine peine pécuniaire; d'autres déclaraient qu'il devait rendre les arrhes au double (4).

(1) Charondas reproche à Bouteiller de ne pas distinguer nettement la vente de l'échange dans sa *Somme rural*, liv. I, tit. 67.

(2) Beaumanoir, chap. 24, n° 23, t. I, p. 354.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 67.

(4) Glanville, lib. X, cap. 14, § 4, dans Phillips, t. II, p. 434. — Ancienne coutume de Montpellier, art. 101. — Sur les arrhes considérées comme mode de

Quant à la rescision pour cause de lésion, elle n'avait été admise qu'assez tard en droit romain, par une constitution de l'empereur Dioclétien, au profit du vendeur seul, toutes les fois que le prix était inférieur à la moitié de la valeur réelle de la chose, meuble ou immeuble (1). Toutefois l'acheteur pouvait éviter la rescision du contrat et garder la chose, à la condition de payer le supplément du juste prix. Cette rescision pour lésion reposait évidemment sur l'idée fort contestable qu'il faut venir au secours du vendeur lorsqu'il a été obligé par les circonstances de vendre à des conditions dérisoires; mais, comme on n'est jamais obligé d'acheter, la loi romaine avait, avec raison, refusé à l'acheteur tout bénéfice de ce genre. Lorsque l'étude du droit romain reprit faveur, la rescision pour lésion d'outre moitié fut acceptée sans difficulté, bien que la disposition de l'empereur Dioclétien n'eût pas passé dans le Code théodosien et n'eût pas été observée pendant la période franque. Mais cette rescision avait été rétablie par Justinien; le droit canonique l'avait adoptée au XII<sup>e</sup> siècle au nom de la bonne foi; les romanistes l'avaient consacrée de nouveau dans leurs ouvrages (2); de là, elle passa dans le droit coutumier. Celui-ci n'en comprit toutefois pas toujours très nettement le caractère et lui fit subir plus d'une transformation. Beaumanoir admet bien la rescision pour cause de lésion d'outre moitié, sans distinguer entre les meubles et les immeubles, mais il permet de stipuler dans le contrat que le vendeur renonce à cet avantage. N'est-il pas évident qu'avec ce système la renonciation

formation et de preuve des contrats, voy. *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 308, et Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 13 et suiv., p. 23.

(1) Voy. const. 2 et 8, *De rescindenda venditione*, IV, 44. Certains romanistes n'admettent la rescision pour lésion d'outre moitié que dans les ventes d'immeubles, mais cette distinction n'est pas faite dans le texte de la constitution de Dioclétien.

(2) Le *Brachylogus* admet la rescision pour cause de lésion au profit du vendeur dans toute vente, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles, mais l'acheteur peut éviter cette rescision en payant le supplément du juste prix. Voy. *Brachylogus*, lib. III, tit. 13, § 10, éd. Böcking, p. 98.

devenait de style et que le vendeur cessait d'être protégé (1)? D'autres coutumiers mentionnent encore cette rescision pour lésion et la restreignent à la vente (2). Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine admettent la rescision pour lésion pendant trente ans, non pas seulement au profit du vendeur, mais même aussi en faveur de l'acheteur, toutes les fois que celui-ci a promis ou payé, outre le prix normal, plus de moitié de ce juste prix (3). Cette décision est inspirée par l'intention visible d'établir l'égalité entre les deux parties. Dans certaines coutumes, la rescision pour lésion fut limitée aux ventes d'immeubles, probablement parce qu'on considérait les meubles comme choses de peu de valeur (4). Au contraire, la coutume de Montpellier (art. 39) admettait la rescision pour cause de lésion dans les ventes de meubles et la repoussait dans celles des immeubles. Enfin, de bonne heure aussi, sous prétexte que cette rescision provenait du droit romain et que celui-ci ne pouvait être appliqué qu'avec la permission du roi, on exigea du vendeur qui voulait intenter cette action, des lettres de rescision délivrées par la chancellerie royale (5).

Quant aux risques de la chose vendue, ils étaient, à moins de convention contraire, pour celui qui la possédait. Si donc le vendeur ne l'avait pas encore livrée au moment où elle périssait, il n'avait plus le droit de réclamer le prix. Mais, en sens inverse, dès que l'acheteur la possédait, elle périssait

(1) Voy. le modèle de contrat de venie que donne Beaumanoir, chap. 35, n° 20, t. II, p. 50.

(2) *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 114. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 638 et 640, t. II, p. 234 et 235.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 636, t. II, p. 234.

(4) *Grand Coutumier de France*, liv. III, chap. 28, p. 490. — Masuer, au titre *De venditionibus*, art. 23, n° 44. C'est le système que consacrèrent dans la suite certaines coutumes officielles, telles que celles de Sens (art. 252), du Bourbonnais (art. 86), d'Auxerre (art. 136), d'Auvergne (XVI, 9), du Berry (art. 33 du titre des jugements).

(5) *Grand Coutumier de France*, liv. III, chap. 28. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 636, t. II, p. 234. Ce dernier texte nous apprend aussi qu'il fallait se faire relever du serment qu'on avait pu prêter en sens contraire.

pour lui, de sorte qu'il n'en continuait pas moins à être tenu du prix (1).

Nous ne nous arrêterons pas aux ventes interdites ou soumises à des conditions spéciales. Ainsi il était défendu de vendre les choses hors du commerce, les biens communs. Dans certaines coutumes, la vente des objets volés était interdite, mais cependant l'acheteur était excusé s'il les avait achetés au marché (2). Lorsqu'il s'agissait de tenures féodales, le droit d'aliénation était soumis à des restrictions sur lesquelles il est inutile de revenir. Par exemple pour les fiefs, le consentement du seigneur fut longtemps nécessaire et c'est de l'affaiblissement de cette condition que naquit ensuite le retrait féodal. Le seigneur ne devait pas non plus souffrir que ce qui était tenu de lui en fief se divisât ensuite en arrière-fiefs (3). Dans certaines localités, telles ou telles marchandises ne pouvaient être vendues qu'à la halle (4). Les ventes en justice faites par les créanciers non payés étaient soumises à des règles spéciales; il fallait employer une procédure particulière longuement exposée par certains coutumiers. Les créanciers ne pouvaient saisir un immeuble supérieur à leur créance qu'autant qu'il n'y avait pas d'autres immeubles disponibles ou que l'immeuble saisi était impartageable; la rescision pour lésion n'était pas admise (5).

A Toulouse les ventes de biens de mineurs devaient être entourées d'une certaine publicité (6).

#### § 8. — Suite : LA CESSION DE CRÉANCE.

La vente ou cession de créance était également connue au

(1) Glanville, lib. X, cap. 14, § 4, dans Phillips, t. II, p. 434.

(2) Ancienne coutume de Toulouse, art. 95. La même coutume interdisait aux tailleurs, tisserands, teinturiers et autres de vendre les matières qui leur avaient été confiées pour être façonnées. Voy. art. 67.

(3) Voy. le tome IV, p. 326. — Cpr. Beaumanoir, chap. 47, t. II, p. 47.

(4) Voy. par exemple, Giry, *Histoire de la ville de Saint-Omer et de ses institutions*, p. 285.

(5) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 69 et 71, p. 409 et 419, où l'on trouvera de longs détails sur ces ventes. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 94.

(6) Ancienne coutume de Toulouse, art. 100 et 101.

moyen âge, mais elle était soumise à des principes différents suivant les contrées. D'après l'ancien droit germanique, la cession de créance exigeait le concours du débiteur; le créancier ne pouvait pas céder son droit sans ce concours (1). Il est possible que ce système soit resté en vigueur dans certaines parties du Nord (2). Ce qui est certain, c'est qu'en France on admit très généralement la cession de créance, sans le consentement du débiteur, surtout dans la dernière partie du moyen âge (3). Il semble bien que, déjà auparavant, la cession de créance se faisait par la remise du titre, surtout si celui-ci stipulait que la dette serait acquittée *au porteur* et cette clause était alors très fréquente, comme on en a la preuve par Beaumanoir et par Bouteiller (4). La cession de créance prenait donc, à cette époque, la forme d'un mandat soit nominal, soit au porteur (5). Dans les foires de Champagne, le transport de créance ne pouvait se faire que sous le sceau de la foire (6). Enfin le *Livre des droitz et des commandemens* distingue, d'après les principes du droit romain, la délégation et la cession de créance, en termes assez obscurs. Il se demande si la signification au débiteur est nécessaire et, tout en admettant l'affirmative, il reconnaît que le débiteur ne doit pas se fier à cette signification, car il peut arriver que le porteur de la lettre l'ait acquise par fraude. Il est encore plus embarrassé sur le point de savoir si le créancier peut agir contre le

(1) Voy. sur ce point des articles de Mittermaier, dans la *Zeitschrift für Handelsrecht*, t. XIII, p. 198 et t. XX, p. 105, et un article de Brunner, dans la même revue, t. XXII, p. 32.

(2) On a cité en ce sens, Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 146, mais ce passage ne nous paraît pas du tout probant, car il est purement et simplement la copie plus ou moins fidèle de textes du droit romain relatifs à la délégation, et on sait qu'en matière d'obligation Bouteiller n'a pas l'habitude de procéder autrement.

(3) Voy. De Fontaines, *Conseil*, chap. 15, n° 49. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 593, t. II, p. 219. — Masuer, *Practica forensis*, au titre *De solutionibus*.

(4) Beaumanoir parle de la clause au porteur précisément dans un modèle de reconnaissance de dette, voy. chap. 35, n° 20, t. II, p. 49. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 107, p. 640.

(5) Nous y reviendrons à propos du mandat.

(6) Ordonnance de 1344, art. 22, dans le *Récueil du Louvre*, t. II, p. 205.

débiteur après la délégation ou après la cession; il finit par admettre l'affirmative dans le premier cas, sous prétexte qu'il s'agit d'une sorte de mandat, et la négative dans le second par la raison que la cession a privé le créancier de sa créance (1). On voit que les principes du droit coutumier sur la cession de créance étaient encore fort obscurs à cette époque, malgré la pénétration de plus en plus directe du droit romain et cependant cette opération était très fréquente; elle donnait lieu même à des vexations contre les débiteurs. Aussi une ordonnance du roi Jean, du 28 décembre 1355, défendit, à la demande des États-Généraux, les cessions de créance à des personnes puissantes ou aux officiers du roi, sous peine de nullité et d'amende arbitraire (2).

On défendait aussi de vendre les choses litigieuses sous peine pour le vendeur de perdre sa chose et d'en payer la valeur au prince; mais l'acheteur de bonne foi aurait eu le droit de recouvrer son prix en vendant la chose (3).

### § 9. — ÉCHANGE.

De tout temps on a rapproché l'échange de la vente et nous avons même vu qu'assez souvent on les a confondus (4). Mais au moyen âge on s'attachait, en général, à distinguer nettement ces deux contrats. Cela était fort important au point de vue du retrait lignager. Ce retrait, en effet, était admis en cas de vente et refusé en cas d'échange. Mais le retrait était autorisé si l'échange dissimulait, en réalité, une vente; de même encore on admettait le retrait, et il y avait par conséquent vente, si l'héritage était aliéné moyennant des meubles corporels quelconques ou encore s'il y avait une différence de valeur telle entre les deux héritages échangés que l'une

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 760, t. II, p. 193.

(2) Isambert, t. IV, p. 751. Voy. sur cette ordonnance, *Coutumes notoires*, n° 143. — Desmares, *Décisions*, n° 192. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, t. IV, p. 339.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1153, t. II, p. 437.

(4) Les échanges étaient surtout fréquents entre membres d'une même famille, notamment à l'occasion des mariages ou des successions.

des deux parties donnait en argent une soulte supérieure à la valeur de l'immeuble dont elle faisait tradition (1). L'échange supposait donc aliénation d'un immeuble contre un autre immeuble, d'un meuble contre un meuble; dans le premier cas la soulte n'était pas interdite, mais il fallait, pour que le contrat restât échange, qu'elle fût inférieure à la valeur de l'immeuble donné par celui qui payait la soulte (2). L'échange échappait aussi aux divers droits seigneuriaux de mutation lorsque les deux immeubles se trouvaient dans la même seigneurie; comme ils étaient subrogés l'un à l'autre, le seigneur n'éprouvait aucune perte, ne subissait aucun changement. C'est dire que les droits de mutation étaient dus lorsque les immeubles échangés relevaient de seigneurs différents (3). D'ailleurs l'immeuble reçu en échange était subrogé à celui qui avait été aliéné, à ce point qu'il était soumis au retrait auquel celui-ci aurait été exposé (4).

Il va sans dire que l'échange resta, autrefois comme aujourd'hui, un contrat récl. Beaumanoir emprunte même au droit romain le principe qu'on ne peut pas donner en échange la chose d'autrui et il autorise celui qui l'a reçue à reprendre sa propre chose ou à agir en dommages-intérêts pour défaut de garantie (5).

#### § 10. — LOUAGE.

Le contrat de louage a passé, quant à sa formation, par les mêmes modifications que les autres conventions: il fut d'abord

(1) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 572 et 577.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>o</sup> 215, t. I, p. 536; F, n<sup>os</sup> 650 et 906, t. II, p. 238 et 256; I, n<sup>o</sup> 277, t. III, p. 401. — *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 124.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n<sup>o</sup> 37, t. I, p. 50; B, n<sup>o</sup> 166, t. I, n<sup>o</sup> 167; C, n<sup>o</sup> 150, t. I, p. 347; E, n<sup>o</sup> 67, t. I, p. 423. — *Anciennes coutumes des pays de Vermandois*, n<sup>os</sup> 31 et 32, éd. Beautemps-Beaupré, p. 22. — *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 474 et 507.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 638, t. II, p. 254.

(5) Beaumanoir, chap. 32, n<sup>o</sup> 10, t. II, p. 6. — Voy. encore sur l'échange, *Livre de justice et de plet*, p. 173; *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 721, t. II, p. 261.

un contrat formaliste ; puis on admit qu'il se formait par simple convention, mais que la preuve serait différente selon qu'il aurait été ou non exécuté (1) ; enfin, le bail devint purement consensuel et on lui appliqua un grand nombre des principes du droit romain (2). D'ailleurs à cette époque, le bail comportait des applications qui ont disparu dans la suite. C'est ainsi qu'on donnait à bail les prévôtés et certains impôts indirects (3). Parfois le louage se faisait aux enchères ; c'est de cette manière notamment que le seigneur mettait à ferme les biens des mineurs et ceux des absents (4). Mais, le plus souvent, le louage était le résultat d'un contrat fait dans les formes ordinaires et il pouvait être passé, quant aux immeubles, aussi bien par celui qui tenait en villenage ou en censive que par le titulaire d'un fief (5).

La principale obligation du bailleur était de livrer la chose louée, meuble ou immeuble, avec ses accessoires (6). Le locataire avait à cet effet une action contre lui pour obtenir la délivrance, même par la force, à moins qu'il ne préférât demander des dommages-intérêts et la restitution des loyers qu'il avait peut-être payés par anticipation. Le bailleur devait aussi, pendant toute la durée du contrat, entretenir la chose en bon état ou rembourser le locataire ou fermier des dépenses qu'il avait faites à sa place (7). Enfin, il était tenu de garantir au fermier ou locataire la paisible jouissance. Dans aucun cas le bail qu'il avait consenti ne pouvait nuire à son seigneur, et par exemple, si celui-ci saisissait le fief pour

(1) *Livre de justice et de plet*, p. 170, 171, 172.

(2) Cela est surtout visible dans Bouteiller, voy. liv. I, tit. 62, p. 179. — Beaumanoir, selon son habitude, dissimule ses emprunts, chap. 38, t. II, p. 73.

(3) Voy. par exemple, *Grand Coutumier de France*, liv. I, chap. 7. — *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 254. — Giry, *Documents sur les relations des villes avec la royauté*, p. 48. — Voy. sur les différentes espèces de louages, Beaumanoir, chap. 38, n° 2, t. II, p. 73. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 723, t. II, p. 262.

(4) Beaumanoir, chap. 38, n° 16, t. II, p. 86.

(5) Beaumanoir, chap. 38, n° 9, t. II, p. 78.

(6) Voy. pour les détails, Beaumanoir, chap. 38, n°s 19, 20 et 21, t. II, p. 87.

(7) Beaumanoir, chap. 38, n° 20, t. II, p. 88.

défaut d'homme, il avait le droit de s'emparer des fruits aux dépens du fermier (1).

Le locataire ou fermier devait de son côté tenir la chose en bon état, en jouir selon la convention et sa nature; il répondait de sa faute même légère, mais non du cas fortuit. Toutefois, lorsque le locataire était un juif, on présumait toujours, si la chose venait à périr, par exemple si la maison était incendiée, que c'était par sa faute (2). Beaumanoir imposait au fermier l'obligation de fournir caution de payer le loyer avant d'enlever la récolte. Il semble bien aussi que dès cette époque le locataire d'une maison était tenu de la garnir suffisamment pour assurer le paiement du prix (3). Mais la principale obligation du fermier ou locataire était de payer exactement sa redevance. Le prix devait être payé en entier, même si le locataire ou fermier n'avait pas usé du bien entièrement ou pendant toute la durée du bail, du moment qu'aucune faute n'était imputable au bailleur.

En dernier lieu, on se demandait si le bailleur pouvait imposer une augmentation de loyer au fermier ou locataire toutes les fois que, par des événements imprévus, l'immeuble loué lui procurait des avantages inattendus. Les glossateurs répondaient affirmativement, mais l'opinion contraire comptait des partisans (4). On était au contraire toujours d'accord pour reconnaître que le locataire ou fermier avait droit à une réduction si, par force majeure, il était privé d'une partie de la jouissance (5).

D'après l'ancienne coutume de Toulouse et suivant l'ancien

(1) Beaumanoir, chap. 38, n° 14, t. II, p. 83. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 27.

(2) *Établissements, assises, coutumes et arrêts de l'Échiquier de Normandie*, p. 144. — Cpr. Brussel, *Nouvel examen de l'usage général des fiefs*, p. 601.

(3) Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 38, n° 10, 12, 13, 14, 15, t. II, p. 79 et suiv. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 6, art. 5. — Cpr. *Livre des constitutions du Châtelet*, n° 66, éd. Mortet, p. 76. — *Livre de justice et de plet*, p. 171. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27, p. 156.

(4) Faber, *Rationalia*, sur la loi 25, § 6, *locati conducti*.

(5) Voy. *Assises des bourgeois*, chap. 92 et suiv. — *Ancienne coutume septaine de Bourges*, chap. 101 et suiv.

droit germanique, si le bailleur n'était pas exactement payé, il pouvait, de sa propre autorité et sans s'adresser à la justice, expulser le locataire ou fermier et saisir les effets qu'il trouvait sur l'immeuble loué (1). Beaumanoir reconnaît aussi le droit de gage du bailleur sur les meubles du locataire qui garnissent la maison et il permet au bailleur de s'emparer de ces biens sans intervention de justice. Mais il ne parle pas de ce privilège au profit du bailleur sur les meubles du fermier (2). Toutefois, il semble bien que, dans ce dernier cas, le même droit portait sur la récolte et c'est précisément pour ce motif que le fermier, s'il n'avait pas payé son loyer, ne pouvait pas la faire sans avoir au préalable fourni caution (3).

Il serait d'ailleurs dangereux de généraliser les solutions qui précèdent et de les étendre à des pays étrangers aux coutumiers qui les consacrent. Il y avait, en effet, en matière de louage, de grandes variétés dans les usages.

Dans plusieurs pays, le fermier ou locataire pouvait demander la résolution du bail s'il entraît dans un couvent ou partait pour la croisade; sa mort mettait également fin au contrat. Quant au locateur, on lui permettait de reprendre sa maison s'il en avait besoin pour son usage personnel (4). A Toulouse, au contraire, le bailleur ne pouvait pas révoquer la location sous prétexte qu'il voulait habiter la maison. On n'admettait pas davantage dans cette coutume que l'acquéreur qui avait traité avec le bailleur pût expulser le locataire de l'immeuble loué (5). Mais la règle contraire était de droit commun (6).

Le bail prenait généralement fin par l'expiration du terme

(1) Ancienne coutume de Toulouse, art. 106 et 108.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 34, n° 16, t. II, p. 9, et chap. 38, n° 9, t. II, p. 78. Cpr. *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 37.

(3) Beaumanoir, chap. 38, n° 12, t. II, p. 81. — Coutume de Châtillon-sur-Seine, de 1371, art. 80, dans Garnier, *Chartes de coutumes*, t. I, p. 378.

(4) *Assises des bourgeois*, chap. 69, 94, 95. — Coutume d'Alais, art. 25; coutume de Montpellier, art. 82.

(5) Ancienne coutume de Toulouse, art. 100.

(6) Beaumanoir, chap. 34, n° 13, t. II, p. 7.

pour lequel il avait été consenti (1). La durée normale des baux était à la campagne d'une à quinze années (2). Dans certaines coutumes, le bail de plus de neuf ans était assimilé à une aliénation et conférait un véritable droit réel, tandis que dans les autres baux le locataire acquérait seulement un droit personnel.

Une fois le bail expiré, le fermier ou locataire devait rendre immédiatement le bien au bailleur, sinon celui-ci pouvait se remettre de lui-même en possession et si le fermier ou locataire y faisait obstacle, le bailleur avait le droit de se plaindre de nouvelle dessaisine (3). Mais au lieu de reprendre le bien, le bailleur pouvait laisser le fermier ou locataire en possession et il y avait alors tacite reconduction (4).

On dit volontiers que le louage de services était assez rare au moyen âge, par cela même que le nombre des ouvriers était fort limité. Il est certain que les seigneurs pouvaient utiliser leurs serfs pour une foule de travaux et de corvées (5). Il y avait pourtant plus d'ouvriers libres qu'on ne le croit généralement et ce sont même eux qui ont construit la plupart des châteaux de la féodalité (6). Leur nombre a augmenté à partir du jour où les serfs ont acquis plus ou moins la liberté ou n'ont plus été assujettis qu'à des travaux déterminés. Aussi ne faut-il pas s'étonner si les coutumiers s'occupent assez souvent du louage de services. L'ouvrier se louait à la journée ou pour un temps déterminé ou même pour un temps indéterminé. Le louage à la journée pouvait être résilié à tout instant. Mais une fois la journée commencée, elle était due en

(1) Beaumanoir, chap. 38, n° 3 et suiv., t. II, p. 174. — Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 170 et 171.

(2) Voy. Delisle, *Étude sur la condition de la classe agricole en Normandie*, p. 52.

(3) Glanville, lib. X, cap. 18, § 1, dans Phillips, t. II, p. 436. — Beaumanoir, chap. 38, n° 2, t. II, p. 74.

(4) Beaumanoir, chap. 38, n° 3, t. II, p. 74.

(5) Dans les *Assises de Jérusalem*, celui qui a loué ses services est assimilé sous plus d'un rapport à un vassal. Voy. *Assises des bourgeois*, chap. 88 et 112.

(6) Voy. Gautier, *La Chevalerie*, p. 469 et 470. — Voy. cependant en sens contraire, Beaune, *Les contrats*, p. 309.

entier (1). Le plus souvent le louage se faisait à la semaine, au mois ou à l'année, mais il semble bien qu'on pouvait se louer pour la vie, à l'époque où il était permis d'aliéner sa liberté. Le salaire des travailleurs se payait en argent ou en nature et parfois les ordonnances royales en fixaient le maximum, de même qu'elles déterminaient le prix des denrées (2). Ce n'est pas ici le lieu de rappeler que dans les villes les ouvriers étaient organisés en corporations; ils devaient commencer par un apprentissage et pour devenir maîtres ils étaient obligés d'acheter un métier au roi et de subir certaines épreuves (3).

Le louage des voituriers était également connu; les marchands de l'eau à Paris avaient même un privilège sur les bateaux comme garantie des dommages que les bateliers pouvaient causer à leurs marchandises (4).

Il y avait aussi des louages de services que nous ne connaissons plus, par exemple celui des champions pour le combat judiciaire. Mais au temps de Beaumanoir, il était interdit à un champion de se louer pour combattre en toute querelle, bonne ou mauvaise (5).

Le contrat de l'avocat avec son client, était aussi considéré comme un véritable louage de services par certains coutumiers et on sait qu'en effet, à cette époque, l'avocat avait action en justice contre son client pour le paiement des honoraires (6). Dans d'autres cas il était déjà délicat, autrefois comme aujourd'hui, de savoir si on se trouvait en présence

(1) On louait aussi certaines choses à la journée. Voy. Beaumanoir, chap. 38, n° 4, t. II, p. 75 et suiv.

(2) Voy. par exemple, l'ordonnance de février 1350, dans le *Recueil du Louvre*, t. II, p. 351.

(3) Voy. sur toutes ces questions, le *Registre des métiers*.

(4) Voy. *Coutumes notoires*, n° 154.

(5) Beaumanoir donne encore d'autres exemples de louages interdits comme contraires aux bonnes mœurs. Voy. chap. 38, n° 15, t. II, p. 84. — Sur le louage des champions, voy. aussi la charte d'Amiens de 1190, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 264.

(6) Voy. Beaumanoir, chap. 5, n°s 3, 6, 12, t. I, p. 90, 91, 93. Mais l'avocat doit s'interdire d'autres contrats, tels que le pacte *De quota litis*, qu'il ne faut pas confondre, comme l'ont fait certains auteurs, avec le louage de services.

d'un louage de services ou d'un mandat. Il ne faut donc pas s'étonner si Beaumanoir dit d'abord que le sergent loue ses services à son seigneur et rend, en vertu de ce contrat, la justice en son lieu et place, bien que plus loin, il considère au contraire le sergent comme un véritable mandataire et permette même au seigneur de le désavouer en cas de méfait (1).

### § 11. — MANDAT.

Le contrat de mandat, fut, lui aussi, d'abord un contrat formaliste (2); plus tard on distingua, au point de vue de la preuve, selon qu'il avait été ou non exécuté (3); enfin, il devint un contrat purement consensuel ou, pour mieux dire, les parties eurent le choix entre l'ancien formalisme et le simple échange des consentements. C'est ainsi que Beaumanoir nous dit que le mandat se donne par bouche ou par lettres (4). De même l'acceptation du mandat pouvait être expresse ou tacite. Les principes du droit romain pénétrèrent de toutes parts dans ce contrat (5) : on leur emprunta notamment la distinction du mandat en général ou spécial (6); les actes les plus importants de la vie civile, comme les transactions, exigeaient un pouvoir spécial (7). Sous un autre rapport on distinguait trois espèces de mandats : la procuration

(1) Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 29, n° 2 et suiv., t. I, p. 395 et suiv.

(2) Il se réalisait notamment par le transfert des droits au mandataire, par le serment, par l'insinuation à la curie. Voy. Rozière, *Formules* 381, 385, 388, 391.

(3) Voy. *Livre de justice et de plet*, liv. VII, tit. 10, § 5, p. 163, et l'explication que donne M. Esmein de ce texte dans ses *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 52, note 2.

(4) Beaumanoir, chap. 29, n° 5 et 6, t. I, p. 397. — Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 162.

(5) Voy. à titre d'exemple, *Établissements de Saint Louis*, liv. II, tit. 9, éd. Viollet, t. II, p. 344. — Ancienne coutume d'Artois, tit. 9. — *Livre de justice et de plet*, p. 106. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 10, 12, 65, p. 44, 56, 387. Le *Livre des droitz et des commandemens*, n° 273, emprunte au droit romain la distinction entre le mandat et la gestion d'affaires.

(6) Voy. par exemple, Beaumanoir, chap. 4, n° 4 et 5, t. I, p. 76. Ce chapitre est aussi en grande partie inspiré du droit romain.

(7) Beaumanoir, chap. 4, n° 30, t. I, p. 86.

aux causes, la procuration au négoce, la procuration à litige (1).

Le procureur aux causes était celui que les laïques appelaient le procureur d'office, soit du roi, soit du seigneur (2); le procureur au négoce recevait mandat spécial d'administrer le bien ou le patrimoine d'autrui; le procureur à litige, au contraire, pouvait, suivant les circonstances, recevoir une procuration générale pour toutes les causes du mandant, née ou à naître, ou une procuration spéciale pour tel procès déterminé (3). On sait que la procuration à litige était soumise à des règles particulières : pendant un certain temps elle ne fut permise en principe qu'au défendeur, et encore la lui défendait-on en matière criminelle. Le procureur devait se faire accepter en cour et ses pouvoirs ne valaient que pendant un an et un jour (4). Nous n'aurons à nous occuper ici que des procureurs au négoce, ou comme on dirait aujourd'hui, des mandataires ordinaires.

Leurs pouvoirs dépendaient avant tout des clauses de la procuration : le mandat pouvait être à terme ou sous condition, gratuit ou onéreux, mais on aurait considéré comme nul celui qui aurait été contraire aux bonnes mœurs (5).

Le mandataire avait pour premier devoir de s'en tenir aux termes mêmes de sa procuration; il ne devait faire aucun acte

(1) Sur les règles qui le concernaient, voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 10, p. 50.

(2) Beaumanoir, chap. 4, n<sup>o</sup> 4 et suiv., t. I, p. 76. — Bouteiller, *op. et col. cit.*

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 10, p. 44.

(4) Voy. Beaumanoir, chap. 4, n<sup>o</sup> 3, 4, 10, 14, 15, 23, 28, t. I, p. 76, 78, 80, 83, 85. Voy. pour les détails ce que nous avons dit au tome précédent, p. 361.

(5) On sait que chez les Romains, le mandat était gratuit et que si une rémunération était stipulée, le contrat changeait de nature et devenait un louage d'industrie. Voy. Gaius, *Commentaire* III, § 162. Nos anciens jurisconsultes admettaient, au contraire, que le mandat pouvait être rétribué. Cela ne fait aucun doute pour le mandat en justice. Voy. par exemple, Beaumanoir, chap. 4, n<sup>o</sup> 21, t. I, p. 82. Le *Livre de justice et de plet*, dit que si le mandataire prend loyer « se regarde plus louage que amitié (p. 162) ». Mais le texte du Digeste auquel ce passage est emprunté, est beaucoup plus affirmatif, voy. Loi 1, *Mandati*, XVII, 1. A vrai dire, sauf pour le cas de mandat en justice, nos anciens coutumiers ne s'expliquent pas très clairement sur le caractère gratuit du mandat ordinaire.

qui dépassât ses pouvoirs, mais il était tenu d'accomplir tout ce qui était contenu dans son mandat (1). Si, par exemple, il avait acheté un bien au delà du prix convenu avec le mandant, il supportait la différence (2). Nos anciens jurisconsultes voulaient que le mandataire répondit même de sa faute très légère; s'il commettait quelque infidélité, il pouvait être noté d'infamie et encourait la confiscation des meubles au profit du roi (3).

Lorsque le mandat arrivait à fin, le mandataire devait alors rendre ses comptes (4). Le mandat s'éteignait naturellement par l'arrivée du terme fixé, par l'accomplissement de la mission, par la mort de l'une ou de l'autre des parties et par la révocation (5). A partir du jour de la mort du mandant ou de la révocation, le mandataire devait s'abstenir de tout acte. Cependant ce que le mandataire avait fait dans l'ignorance du décès obligeait les héritiers du mandant vis-à-vis de lui et il va sans dire qu'en cas de révocation, tout ce qu'avait fait le mandataire avant ce moment était également valable (6). D'une manière générale, le mandataire avait le droit de se faire indemniser par le mandant des dépenses et des préjudices qui étaient résultés de sa procuration (7). Mais le mandant était-il obligé vis-à-vis des tiers avec lesquels le procureur avait traité, ou bien au contraire leur était-il étranger, de sorte que le lien se serait formé seulement entre le tiers et le mandataire, sauf le recours de celui-ci contre le mandant? Il résulte

(1) Beaumanoir, chap. 29, n° 2, t. I, p. 395. — *Livre de justice et de plet*, p. 74, 77, 163.

(2) Beaumanoir, chap. 29, n° 7, t. I, p. 399. — Voy. aussi Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 107, p. 641.

(3) Beaumanoir, chap. 29, nos 3, 8, 12, 15, t. I, p. 395, 400, 491, 405. — Masuer, *Practica forensis*, tit. 80, n° 31. — *Livre de justice et de plet*, p. 104, 278, 323.

(4) Beaumanoir, chap. 29, nos 13 et suiv., t. I, p. 403.

(5) Beaumanoir, chap. 29, n° 9, t. I, p. 400. — Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 10, règle 7. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 1006, t. II, p. 315. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 107, p. 641.

(6) Beaumanoir, chap. 29, nos 9 et 10, p. 400 et 401.

(7) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 107, p. 641. — Beaumanoir, chap. 29 nos 7 et 10, t. II, p. 399 et 401.

nettement d'un texte de Beaumanoir, qui s'inspire du droit romain, que le mandataire peut s'obliger envers le tiers sans obliger le mandant et il en est encore d'ailleurs ainsi aujourd'hui, si telle est la volonté des parties. Mais les contractants pouvaient aussi constituer un mandat qui aurait directement obligé le mandant vis-à-vis du tiers. C'est ce qui paraît résulter d'un autre texte de Beaumanoir (1).

Les mandats les plus fréquents étaient ceux que les seigneurs donnaient à leurs baillis et sergents pour administrer leurs biens et exercer une partie de leurs pouvoirs, notamment rendre la justice (2). Quant à l'administration des biens, les sergents n'avaient que des pouvoirs ordinaires; s'ils voulaient sortir de leurs offices, il leur fallait des mandats spéciaux, mais dans la mesure de leurs offices ils contractaient valablement (3). D'ailleurs, nous avons déjà constaté que Beaumanoir ne distingue pas toujours bien nettement le mandat du louage de services et qu'il lui arrive de voir ces deux contrats dans l'accord que passe le seigneur avec son sergent. Mais ce qui prouve que l'idée de mandat l'emporte, c'est qu'il interdit au seigneur de désavouer son sergent, si ce n'est en cas de méfait (4).

Comme tout mandataire, le sergent doit rendre ses comptes à son seigneur et Beaumanoir nous fait, à ce sujet, des révélations curieuses. Ces comptes se rendent en secret, en l'absence de témoins, car le seigneur ne tient pas à ce qu'on connaisse le détail de ses affaires. Si le sergent nie une recette, le seigneur peut la prouver par deux personnes de sa *mesnie*. De son côté, le sergent a le droit de contraindre le seigneur à recevoir ses comptes et il peut faire sa preuve de deux manières, d'abord selon la loi commune, ensuite par l'apparence du fait. Mais ce que dit Beaumanoir suffit pour nous laisser entendre que la bonne foi n'était pas la

(1) Beaumanoir, chap. 29, n° 5, t. I, p. 398 et chap. 34, n° 5, t. II, p. 3.

(2) Beaumanoir, chap. I, n° 42, t. I, p. 44.

(3) Beaumanoir, chap. 34, n° 6, t. II, p. 4.

(4) Beaumanoir, chap. 29, n° 3 et 4, t. I, p. 396.

principale vertu des sergents ni même des seigneurs (1).

Il y avait encore beaucoup d'autres mandataires spéciaux soumis à des règles particulières, par exemple les procureurs des villes royales ou seigneuriales, soit qu'il s'agit d'un procès, soit qu'il s'agit d'une autre affaire, les mandataires des marchands, notamment les préposés à un commerce, les représentants des armateurs, lesquels pouvaient plaider sans lettres de procuration (2). Mais de tous ces mandats particuliers le plus curieux et le plus fréquent était, sans contredit, celui qui résultait de la remise du titre au porteur.

Les titres de cette nature étaient beaucoup plus fréquents qu'on ne le croit généralement; le plus souvent, à la vérité, ils étaient à la fois nominatifs et au porteur, en ce sens que le créancier stipulait le droit d'exiger ce qui était dû, soit à son profit personnel, soit au profit de la personne à laquelle il remettrait le titre (3). L'exposé le plus complet des titres au porteur nous est donné par la *Somme rural*. Bouteiller nous apprend que le porteur de la lettre est seigneur de la créance et peut, par conséquent, faire tous les actes, en poursuivre le paiement, intenter l'action en justice, s'y faire représenter par procureur, donner quittance, faire donation de la lettre, gagner ou perdre le procès, sans que le véritable seigneur de la lettre ait le droit d'élever la moindre critique, à moins que le titre ne lui ait été volé. La mort de ce seigneur ne modifie pas non plus les droits du porteur; c'est encore là une dérogation remarquable au droit com-

(1) Beaumanoir, chap. 29, n° 13 et suiv., t. I, p. 402.

(2) Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 4, n° 17 et suiv., t. I, p. 80. — *Livre de justice et de plet*, p. 131. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 12, p. 56. Dans certaines villes, il y avait des courtiers de marchandises organisés en offices. Voy. Giry, *Histoire de la ville de Saint-Omer et de ses institutions*, p. 291.

(3) Voy. par exemple, Beaumanoir, chap. 35, n° 20, t. II, p. 49. — *Cartulaire du Hainaut*, t. III, n° 333, p. 418. — *Grand Coutumier de France*, p. 834. Mais il y avait aussi des titres au porteur purs et simples. Voy. par exemple, *Cartulaire de Flines*, t. I, n° 231, p. 252, et t. II, n° 857, p. 786. — Roisin, *Franchises de Lille*, p. 303. — Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 32 et suiv.

mun du mandat (1). Grâce à ce procédé, les créances se négociaient avec une extrême facilité : la transmission s'opérait au moyen d'un mandat donné au porteur dans son propre intérêt et par conséquent avec dispense de rendre compte (2). Dans la suite, l'influence du droit romain vint altérer cette institution; c'est ainsi que dans les décisions de Desmares, on appliqua à ce mandat le principe de la révocation par la mort du mandant (3). On se demanda aussi si le porteur avait qualité pour intenter l'action en justice (4), et peu à peu l'ancien système qui était si favorable au porteur se trouva modifié dans son essence même (5).

### § 12. — SOCIÉTÉ.

Le contrat de société était bien plus fréquent au moyen âge que de nos jours; il portait le nom significatif de *compagnie* (*cum panis*); ceux qui le formaient étaient des *compagnons*, c'est-à-dire des hommes qui mangeaient le même pain; nombre de ces compagnies se formaient sans aucun but juridique, par amitié, pour la guerre ou pour toute autre entreprise; nous n'avons pas à nous en occuper. Mais il faut nous arrêter aux compagnies les plus fréquentes, aux sociétés taissables; c'était probablement aussi les plus anciennes. On en usait à l'époque franque entre hommes libres ou entre serfs (6). Elles étaient aussi avantageuses au seigneur qu'aux associés. Le premier était à peu près sûr de conserver sur ses terres ceux qui étaient liés entre eux par la société

(1) Voy. sur ces divers points, Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 11, p. 54, et titre 107, p. 640.

(2) Voy. encore d'autres mentions des titres au porteur dans : *Coutumes, styles et usages au temps des Échiquiers de Normandie*, dans les *Mémoires des antiquaires de Normandie*, t. XVIII, p. 64. — *Grand Coutumier de France*, liv. III, chap. 6, p. 433. — *Coutumes notoires*, n° 27.

(3) Desmares, *Décisions*, n° 64 et 378.

(4) Desmares, *Décisions*, n° 255.

(5) C'est ce qui eut lieu sous la période suivante. Voy. dès maintenant Brunner, *Les titres au porteur au moyen âge*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. X, p. 11 et 139.

(6) Voy. par exemple le *Polyptique d'Irminon*, éd. Guérard, t. II, p. 24.

et il avait même parfois le soin de les rendre solidaires de leurs engagements; de leur côté les associés, s'ils étaient serfs, y trouvaient l'avantage de transmettre à leur décès leurs biens aux associés survivants, tandis qu'autrement ces biens auraient été acquis au seigneur.

Les mêmes causes firent conserver et développer ces associations au moyen âge, entre *parsonniers*, *frasescheux*, *cottiers*, *compagnons*. Nous avons vu, à propos du régime des biens entre époux, combien les sociétés taisibles étaient devenues fréquentes entre parents; elles étaient toutefois interdites entre nobles, à cause des entraves qu'elles auraient apportées à l'exercice des droits et devoirs féodaux. Lorsqu'un noble voulait entrer en compagnie, il fallait qu'il fit un contrat exprès et alors ce contrat tenait compte de ses droits comme seigneur et de ses devoirs comme vassal (1).

La société taisible résultait de la vie en commun pendant un an et un jour. On dit volontiers qu'à l'origine elle était universelle et portait sur tous les biens, meubles et immeubles des divers associés. Cependant aucun texte ancien ne le déclare d'une manière précise (2). Les coutumiers disent, au contraire, que la société taisible se limite aux meubles et aux acquêts (3). Les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine déclarent formellement qu'on ne met pas dans la société taisible les héritages propres, tandis que les successions mobilières y tombent (4). La communauté continuée entre le survivant des père et mère et son nouveau conjoint et les

(1) Beaumanoir, chap. 21, n° 9, t. 1, p. 308. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 617, t. II, p. 228.

(2) On prétend que l'existence de la société taisible universelle est attestée par Masuer et par un vieux texte du XIII<sup>e</sup> siècle que rapporte Choppin. Mais il suffit de se reporter à Masuer, au titre XVIII, *De societate*, § 14 et 15, pour se convaincre que ce jurisconsulte parle d'un cas spécial qu'il emprunte au droit romain. Quant à Choppin, sur la *Coutume de Paris*, liv. II, tit. 1, n° 31, il se borne à reproduire une coutume notoire, attestée par une assemblée des bourgeois de Paris, constatant qu'à cette époque la communauté continuée entre le survivant des père et mère et les enfants n'était pas pratiquée à Paris.

(3) Beaumanoir, chap. 21, n° 8, t. 1, p. 307.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 343, t. 1, p. 602; F, n°s 618 et 623, t. II, p. 228 et 230.

enfants du premier lit, n'était pas autre chose qu'une société laisible. Or, nous avons vu qu'elle se limitait aux meubles et aux acquêts.

Chaque associé avait toujours le droit de se retirer et d'exiger sa part (1). On exprimera plus tard cette règle en disant : « *Un parti, tout est parti.* » C'était, en effet, une nouvelle société qui se formait entre ceux qui restaient en communauté. Que la société prit fin en partie ou complètement, son actif se partageait toujours d'une manière égale entre tous, sans qu'il y eût lieu de s'occuper de ce que chacun avait apporté. A vrai dire, il aurait été impossible de déterminer la mise de chacun, par cela même qu'aucun acte n'avait jamais été dressé (2). Cette faculté laissée à chaque associé de se retirer à tout moment, était un vice capital. Aussi contribua-t-il à la disparition de ces sociétés taisibles qui devinrent de plus en plus rares au xv<sup>e</sup> siècle. La plupart des coutumes en arrivèrent même à les proscrire : désormais toute société, supposa un contrat exprès (3).

Au temps de Beaumanoir, la compagnie entre marchands se formait aussi tacitement et, en outre, immédiatement, par cela seul qu'ils achetaient ou mettaient en commun des marchandises, tandis que les autres compagnies tacites ne se constituaient qu'au bout d'un an et un jour de vie commune. Les marchandises ou leurs prix se répartissaient proportionnellement entre les compagnons d'après la somme que chacun d'eux avait apportée dans l'affaire (4).

Bouteiller s'occupe aussi des sociétés de commerce sous le

(1) C'est ce qui résulte bien de Beaumanoir, chap. 21, n° 5, t. 1, p. 305.

(2) Beaumanoir, chap. 21, n° 8, t. 1, p. 307. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 618 et 628, t. II, p. 228 et 231. Cpr. E, n° 342, t. I, p. 602.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, liv. III, tit. 3, art. 1<sup>er</sup>. « Communauté n'a lieu si elle n'est convenue par exprès, ou si la loi ou coutume ne l'ordonnent, quelle demeure qu'on fasse ensemble. »

(4) Beaumanoir, chap. 21, n° 3, t. 1, p. 309. Il fait soigneusement remarquer que la formation immédiate de la compagnie tacite entre marchands est une dérogation au droit commun. Voy. chap. 21, n° 25, t. I, p. 316. Cette solution paraît cependant n'avoir pas été universellement admise. Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 342, t. I, p. 602.

titre de *compagnies de marchandises*, mais il les organise en copiant le plus souvent le droit romain (1). Cela est d'autant plus surprenant que, de son temps, des formes nouvelles de sociétés commerciales avaient apparu déjà et que Bouteiller se proposait d'écrire, comme il le dit, pour les *ruraux*.

Les sociétés commerciales, en nom collectif, en commandite ou anonymes, se sont surtout formées en Italie pour répondre aux besoins de l'époque (2). La société en nom collectif apparaît nettement dans les statuts de Florence, de 1355 (3). La société en commandite est mentionnée en Italie dès le XIII<sup>e</sup> siècle, notamment à Venise, et au siècle suivant on la retrouve dans les villes les plus importantes du Midi, à Marseille, à Montpellier (4). Elle est donc la plus ancienne.

(1) Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 53, p. 371.

(2) On a prétendu que Beaumanoir consacre déjà le principe de la solidarité entre associés tel qu'il fonctionne dans la société en nom collectif. Voy. chap. 21, n° 31, t. I, p. 320. Si cela était vrai, il en résulterait que, d'après ce jurisconsulte cette solidarité existerait, non seulement dans certaines sociétés commerciales, mais dans toutes les compagnies, car son texte est très général sous ce rapport. Mais il ne nous semble pas qu'il ait songé à la question de solidarité. Il a seulement voulu dire que chaque associé a le droit de représenter ses compagnons et de les obliger « soit au vendre, soit au paier » ou, en d'autres termes, il peut vendre les biens mis en commun et recevoir paiement, sauf à en tenir compte ensuite à ses associés. Beaumanoir examine ensuite le cas où il y a lieu de répartir entre associés des choses indivisibles. Mais dans aucune partie de ce paragraphe il ne s'agit de solidarité.

(3) Voy. Lastig, dans la *Zeitschrift für das gesammte Handelsrecht*, t. XXIV, p. 438. Faut-il considérer comme société en nom collectif celle que rapporte un acte de 1302 contenu dans le *Cartulaire de Notre-Dame de Paris* (t. III, p. 18), et celle dont parle un acte de 1305 dans les *Olim*, (t. III, p. 124 et 761)? Certains auteurs l'affirment, mais c'est là une pure conjecture de leur part.

(4) Voy. Willy Silberschmidt, *Die commenda*, p. 29, 41, 61. — *Statuts de Marseille*, liv. III, chap. 19 et suiv. On a dit que l'ancienne coutume de Toulouse parle aussi de la commandite dans sa seconde partie, tit. 2 (éd. Tardif, p. 35). Mais il suffit de se reporter à ce texte pour se convaincre qu'il y est question du contrat de commission par transport. On a aussi vu la commandite dans Beaumanoir, chap. 21, n° 33, t. I, p. 321. Mais, dans ce passage, Beaumanoir veut seulement dire que les gains et les pertes peuvent se répartir inégalement entre les associés; par exemple, on conviendra que de deux associés l'un paiera toutes les marchandises et que le gain se divisera par moitié, ou que l'un paiera les deux tiers et l'autre un tiers et que cependant les bénéfices seront partagés également; ou, enfin, que l'un des associés prendra tout au gain et ne supportera pas les pertes. Dans le *Livre de justice et de plot*, liv. VII, t. t. 15, § 4, p. 167, il n'est pas davantage question de commandite; il est sans doute parlé d'un associé qui a mis vingt livres dans la marchandise, mais il n'est

La société anonyme est au contraire la plus récente : elle n'apparaît qu'au xv<sup>e</sup> siècle et sert surtout aux maisons de banque (1).

A cette époque, les compagnies étaient en France bien plus nombreuses à la campagne qu'à la ville. Beaumanoir nous apprend que de son temps on se mettait à deux pour prendre un domaine à ferme pendant un certain temps (2). Les colonges d'Alsace, libres ou serfs, n'étaient pas autre chose que des associés ruraux (3). Le colonage ou mélayage partiaire, déjà connu à l'époque franque (4), se développa singulièrement à partir du xi<sup>e</sup> siècle (5); il variait à l'infini dans les détails, mais il supposait toujours que l'un des associés apportait son fond de terre et l'autre son travail (6). Parfois l'un des associés livrait au cultivateur à la fois un immeuble et du bétail ou seulement du bétail, dont il restait propriétaire jusqu'à concurrence de l'estimation, de sorte que l'autre associé devait cette estimation à moins de perte par cas forfuit. Dans le cheptel par moitié, chacun des deux associés fournissait la moitié des bétails qu'on partageait également au terme convenu en prenant en outre chacun la moitié du croît et en supportant la moitié de la perte (7). Comme le donneur à cheptel n'était jamais

pas ajouté qu'il entendait n'être tenu du passif que jusqu'à concurrence de ces vingt livres. — Les sociétés de pacotille des foires de Champagne et de Brie étaient-elles des commandites? On l'a conjecturé, mais sans le prouver.

(1) Sur l'histoire des sociétés de commerce, et, d'une manière plus générale, sur l'histoire des contrats commerciaux, que nous ne pouvons pas aborder dans cet ouvrage, à contrat de change, assurances, etc., voy. l'ouvrage magistral de Goldschmidt, *Handbuch des Handelsrechts*, t. I, *Universalgeschichte des Handelsrechts*, Stuttgart, 1891, 3<sup>e</sup> édition.

(2) Beaumanoir, chap. 21, n<sup>o</sup> 30, t. I p. 319.

(3) Voy. Stouff, *Le régime colonger dans la haute Alsace et les pays voisins*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1893.

(4) Voy. par exemple, *Polyptique d'Irminon*, p. 122; n<sup>os</sup> 23, 27, 33. — C pr. Rozière, *Formule* 488.

(5) Voy. Du Cange, v<sup>o</sup> *Mediator, mediatoria, mediaturia*.

(6) Est-il vrai que le mélayer avait le droit de déguerpir? Les textes de Beaumanoir cités à l'appui de cette solution ne parlent pas du mélayer, mais de celui qui tient à cens ou à rente. Voy. Beaumanoir, chap. 24, n<sup>o</sup> 10, t. I, p. 343, et le chap. 38, n<sup>o</sup> 12, t. II, p. 80, a en vue un bail ordinaire.

(7) Dans le cheptel de fer, le cheptelier prenait à sa charge les cas fortuits et s'engageait à restituer le bétail reçu ou sa valeur, même s'il avait péri par

tenu au delà de la valeur du bétail qu'il avait apporté, certains auteurs ont vu dans ce contrat le germe de la commandite commerciale, mais c'est là une erreur manifeste; il y a une analogie curieuse, mais non un rapport de filiation.

On fait aussi parfois rentrer dans le contrat de société les parcours ou entrecours de bestiaux en vertu desquels les habitants de deux ou plusieurs villages mettaient en commun leurs terres de vaine pâture, et les contrats de pariage entre seigneurs ou même entre le roi et un de ses sujets. Mais il y a là un abus de langage, car le contrat de société suppose la mise en commun de certains biens ou même de tout le patrimoine des associés, dans l'intention de réaliser des bénéfices, et tel n'est pas le cas dans le parcours ni dans le pariage. L'un a pour objet d'établir des rapports de bon voisinage; dans l'autre on s'assure une protection réciproque. Les villes et les communes ne sont pas davantage des compagnies bien que Beaumanoir leur donne cette qualification, mais en ayant soin de remarquer tout de suite qu'elles sont d'une nature tout à fait particulière et que notamment elles ne peuvent pas être dissoutes (1).

Les véritables sociétés, c'est-à-dire les contrats passés entre personnes qui mettaient certaines choses en commun pour réaliser un bénéfice, étaient soumises à des règles bien différentes; elles pouvaient se former librement, à titre universel ou particulier, à terme certain ou non et portaient sur les objets les plus divers (2). Mais toutes ces sociétés devaient se faire par convention formelle et alors elles naissaient instantanément. Sous ce rapport elles différaient des communautés taisibles qui se formaient par la mise en commun

cas fortuit. Aussi Beaumanoir le défendait-il comme usuraire. Voy. chap. 68, n° 18, t. II, p. 482. Cpr. Code civil art. 1811.

(1) Beaumanoir; chap. 21, nos 26 et 27, t. I, p. 316. — De même les associations faites sans un but de lucre, telles que les confréries, ne sont pas non plus de véritables sociétés et elles ne peuvent se former, en dernier lieu, sous l'influence manifeste du droit romain, qu'avec le consentement de l'évêque, du prince ou du baron. Voy. *Livre des droitz et des commandemens*, n° 761, t. II, p. 195.

(2) *Livre de justice et de plet*, p. 167. Voy. Beaumanoir, chap. 21, n° 4, t. I, p. 307.

de tout ou partie des biens et qui existaient seulement au bout d'un an et un jour (1). Beaumanoir remarque déjà soigneusement qu'on peut réaliser de grands bénéfices, mais qu'on est aussi menacé de pertes considérables dans les sociétés; aussi faut-il avoir bien soin de se renseigner sur le compte de ceux avec qui on se met en compagnie (2). D'ailleurs, une fois le contrat formé, chaque associé, à raison même du lien de fraternité qui existe entre tous, est présumé agir pour le mieux dans l'intérêt commun; il ne répond de sa négligence que si elle est trop lourde, car ses associés n'ont qu'à s'en prendre à eux-mêmes de l'avoir mal choisi (3).

La société prenait fin par l'accord des associés, par l'arrivée du terme ou par la réalisation des entreprises. Lorsque aucun terme n'avait été stipulé, chaque associé avait le droit de demander la dissolution en tout temps, pourvu qu'il invoquât une cause sérieuse, par exemple, son voyage d'outre-mer, son état de maladie, son mariage, la nécessité de servir le seigneur ou le roi, l'entrée en religion, le fait d'un de ses associés d'avoir mis la société en péril. A plus forte raison la mort d'un associé devait-elle produire le même effet (4). Mais on pouvait convenir que la société subsisterait avec les survivants (5).

A la dissolution, les gains ou les pertes se répartissaient également entre tous, sans qu'on tint compte de la valeur des apports, mais on pouvait, par des clauses formelles, stipuler le partage inégal, et Beaumanoir va même jusqu'à permettre la convention qui exempte un des associés de toute participation aux pertes (6).

(1) Sauf exception pour les sociétés tacites entre marchands qui se formaient instantanément. Voy. Beaumanoir, chap. 21, n° 25, t. I, p. 316.

(2) Beaumanoir, chap. 21, n° 1, t. I, p. 302.

(3) Beaumanoir, chap. 21, n° 32, t. I, p. 320. Chaque associé peut se faire indemniser des dépenses qu'il a supportées pour le compte de la société. Mais s'il a été fait prisonnier au cours d'un voyage entrepris dans l'intérêt de la société, peut-il contraindre ses associés à participer au paiement de sa rançon? Voy. le curieux procès rapporté par Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 58, p. 371.

(4) Voy. Beaumanoir, chap. 21, n° 4, t. I, p. 304.

(5) Masuer, *Practica forensis*, tit. 28.

(6) De Fontaine, *Conseil*, p. 67. — Beaumanoir, chap. 21, n° 33, t. I, p. 325.

## § 13. — CONTRATS ALÉATOIRES.

Parmi les contrats aléatoires, le jeu paraît seul avoir été interdit. Le créancier d'une dette de jeu n'avait pas d'action contre son débiteur et si celui-ci avait payé, on lui permettait de répéter. Il y a plus : on refusait toute action à celui qui avait prêté pour permettre à l'emprunteur de jouer (1). Le pari était au contraire valable et produisait action ; toutefois dans diverses coutumes, il ne devait pas dépasser une certaine valeur (2).

Nous avons parcouru les principaux contrats de la vie civile. Il serait facile d'en étudier encore quelques-uns, comme le compromis et la transaction et même quelques autres ; mais nous croyons en avoir dit assez pour donner une idée générale de la théorie des contrats. Il est toutefois essentiel de retenir que, déjà à cette époque, et à la différence de ce qui avait lieu chez les Romains, le nombre des contrats n'était pas limité : toute convention produisant une obligation était un contrat (3).

— *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 312, t. I, p. 602, et F, n° 628, t. II, p. 231.

(1) *Olim*, t. III, p. 833. — Ancienne coutume de Montpellier, art. 67. « Si pecunia detur ludentibus mutuo, creditor contra recipientem vel contra fidejussorem nullam habeat actionem, nec inde audiat; sed si pignus inde habeat, habet inde retentionem. »

(2) Ancienne coutume de Limoges, art. 41 : « Item consuetudo est in dicto castro, quia, si aliquis cum altero facit espionem, non tenet nisi ad valorem sextarii vini infra villam. »

(3) Pour le compromis, voy. ce que nous avons dit au tome précédent, p. 442 et suiv. — Cpr. Beaumanoir, chap. 41, t. II, p. 150 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 258 et suiv., t. II, p. 117 et suiv.; n° 1277, t. II, p. 475; n° 136; t. II, p. 591; K, n°s 118 et suiv., t. IV, p. 79. — Les transactions, directes ou déguisées, notamment les accords en justice entre deux plaideurs, étaient très fréquents à cette époque. On trouvera aux Archives nationales plusieurs volumes de ces accords passés au parlement. Glanville donne des explications très intéressantes sur ces accords judiciaires. Voy. notamment lib. VIII, cap. 3, § 2 et cap. 5, § 2, dans Phillips, t. II, p. 408 et suiv. Cpr. *Fragment d'un répertoire de jurisprudence parisienne au XV<sup>e</sup> siècle*, n° 78, p. 35. — Bouteiller, au contraire, suivant son habitude pour tout ce qui concerne les contrats et obligations, copie servilement le droit romain, à ce point qu'il nous parle même de la transaction sous forme de stipulation Aquilienne. Voy. hv. I, tit. 41, p. 305 à 311.

## § 14. — CONTRATS DE GARANTIE; PLÉGERIE.

Les contrats de garantie présentent une particularité tout à fait remarquable : ils restent en majorité germaniques sous le rapport des effets et ne se modifient que très difficilement au contact du droit romain. Cela tient surtout à ce que, à cette époque, ces contrats de garantie, tels que la *plégerie* et le gage, se rattachaient à l'organisation de la famille ou au régime de la propriété. Les cautions ou pléges, comme les cojureurs, étaient le plus souvent de la famille ou tout au moins de la mesnie du débiteur et leur solidarité dans la dette était une sorte de conséquence de leur lien de famille (1).

Glanville nous apprend qu'on peut garantir une obligation de plusieurs manières : par plége, par gage, par serment, par charte (2). Toutes ces formes de garantie étaient d'un usage très fréquent.

La plégerie correspondait à ce que les Romains appelaient la fidéjussion et à l'engagement qu'on désigne aujourd'hui sous le nom de cautionnement (3). Bouteiller dit formellement que les ruraux appellent plége la personne désignée par les clercs sous le nom de fidéjusseur.

Ce contrat de plégerie était excessivement commun au moyen âge, aussi bien de la part des nobles que de celle des

(1) On se rappelle comment le débiteur insolvable se déchargeait de la dette sur sa famille dans la procédure de la *chrenecruita*, voy. t. III, p. 419.

(2) Glanville, lib. X, cap. 3, § 4, dans Phillips, t. II, p. 426.

(3) Voy. sur ce contrat, *Assises de Jérusalem*, t. I, p. 194 à 203, 316, 551, 590. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, 89 et 90, éd. de Gruchy, p. 202. — *Très ancien Coutumier de Normandie*, chap. 52, éd. Tardif, p. 43. — Britton, chap. 105. — *Regiam Majestatem*, lib. III, cap. 4. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 122; éd. Viollet, t. II, p. 222. — Beaumanoir, chap. 43, t. II, p. 170. — De Fontaines, *Conseil*, chap. 7, 8 et 9. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 7. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1160 et suiv., t. II, p. 441. — *Livre des drciz et des commandemens*, pansim. On a dit que nos anciens auteurs font dériver le mot *plége* du mot latin *praes*, employé dans la procédure des *legis actiones*. Mais cela n'est pas exact pour la plupart d'entre eux, lesquels s'en tiennent à une simple comparaison entre le *plége* et le *praes*, sans s'occuper de l'étymologie. Voy. par exemple, Laurière, v° *Plége*.

bourgeois et il s'appliquait dans les cas les plus divers. Beaumanoir remarque, en outre, que la plégerie est une cause d'ennuis et de procès pour ceux qui rendent ce service (1), car les pléges sont victimes de la fraude et des abus des débiteurs. Il nous fait connaître une de ces fraudes qu'il a eu soin de réprimer pour le comté de Clermont. Souvent un débiteur quittait le pays sans acquitter sa dette et laissait ses pléges dans l'embarras. Beaumanoir fit décider dans l'Assise de Creil, qu'à l'avenir ceux qui commettraient cette fraude pourraient être ajournés devant la cour du seigneur dont ils étaient levants et couchants ou devant celle du comte, de quinzaine en quinzaine jusqu'à trois fois, et que, s'ils faisaient défaut, les pléges auraient le droit de faire vendre leurs héritages ou de se les faire attribuer à dire d'expert (2). Un peu plus loin, Beaumanoir recommande encore de ne pas se hâter de se porter plége, ni de payer la dette, bien qu'on en soit requis par le créancier (3). Il n'était pourtant pas facile d'échapper à la plégerie, car elle était imposée par le droit féodal, par la coutume, par les juges, sans parler des cas où elle intervenait spontanément entre particuliers à l'effet de garantir une dette ordinaire.

La plégerie occupait une place considérable dans le droit féodal. Le seigneur et le vassal étaient tenus, à raison même de leur devoir réciproque d'assistance, de se porter en toute circonstance, pléges l'un de l'autre, au risque d'encourir les sanctions du droit féodal. D'après l'ancienne coutume de Normandie, tous ceux qui tiennent par hommage d'un seigneur, sont tenus de le pléger de sa dette, mais seulement jusqu'à concurrence des sommes qu'ils lui doivent à titre de rentes ou de services annuels. Ils doivent même cautionner son corps si le seigneur est en prison; ils sont aussi tenus de le pléger en justice; même les sujets ou simples tenants du

(1) Beaumanoir, chap. 43, n° 1, t. II, p. 170.

(2) Beaumanoir, chap. 43, n°s 2 et 3, t. II, p. 171.

(3) Beaumanoir, chap. 43, n° 20, t. II, p. 176.

seigneur doivent le pléger dans l'assise du vicomte. Mais de son côté le seigneur veillera à ce qu'ils n'en éprouvent aucun dommage; s'il laissait condamner un tenant en son lieu et place, celui-ci ne serait plus tenu de le pléger tant qu'il n'aurait pas été indemnisé de son premier cautionnement (1). Lorsque le seigneur avait saisi le fief de son vassal faute d'homme, celui-ci n'obtenait ensuite la délivrance qu'à la condition de fournir plége. On admettait aussi que cette garantie pouvait être exigée de la veuve d'un homme lige pour qu'elle ne mariât pas sa fille sans le consentement du seigneur. De son côté le seigneur devait pléger lorsqu'il mettait la main sur la chose tenue de lui et notamment s'il voulait acquérir les fruits du fief saisi faute d'homme (2).

Au cours des procès, les pléges devaient être fournis à toute occasion : par celui sur qui la chose avait été prise et mise en main de justice si elle lui était ensuite rendue; par le demandeur qui obtenait la saisine, en cas de défaut du défendeur; en cas de récréance demandée; par celui qui s'opposait à l'exécution d'un jugé ou de certaines lettres; par le plaideur qui proposait exoine (3). Celui qui plaide dans la cour d'un seigneur dont il n'est pas l'homme, doit lui fournir plége *d'être à droit* et de ne pas saisir la justice d'Eglise, et ses pléges sont pris, bien entendu, parmi les justiciables de ce seigneur. Mais s'il ne peut pas trouver de pléges, comme la justice ne saurait lui être refusée pour ce motif, on l'admet cependant à plaider, à la condition de jurer qu'il ne lui a pas été possible de trouver des garants (4). Dans certaines contrées, l'applegement était d'une application si fréquente en justice, que le mot plége était volontiers réservé aux cautions judiciaires.

Tantôt le plége promettait d'être à droit, tantôt de venir en cour. Dans le premier cas, la caution était garante de tout le

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 89, éd. de Gruchy, p. 204.

(2) Voy. sur ces divers points, *Livre des droiz et des commandemens*, nos 235, 246, 387, 445, 525, 693, 728, 926.

(3) Voy. sur ces divers points, *Livre des droiz et des commandemens*, nos 28, 35, 106, 237, 239, 241, 246, 263, 265, 387, 525, 534, 623, 669, 695, 883, 1009.

(4) Beaumanoir, chap. 43, nos 32 et 33, t. II, p. 180 et 181.

procès et s'engageait à tenir ou payer ce qui serait jugé contre sa partie; dans le second cas, le plége promettait seulement que la partie viendrait en justice et il était relevé de son engagement dès que cette partie avait comparu ou qu'elle se trouvait dans un cas qui rendait sa comparution impossible, par exemple s'il s'agissait d'une personne tombée entre les mains de l'ennemi en temps de guerre (1).

D'autres fois, c'était la coutume elle-même qui créait l'obligation de fournir des pléges et nous en trouvons des exemples dans les diverses parties du droit civil. C'est ainsi que le tuteur devait, en général, mais non pas toujours, fournir caution de sa bonne gestion (2).

Il était également très fréquent de fournir des pléges en dehors de toute prescription légale, féodale ou judiciaire, pour garantir l'obligation d'un débiteur; c'est cette plégerie conventionnelle qui doit plus particulièrement nous occuper.

La plégerie resta pendant longtemps ce qu'elle avait été sous la période précédente, un contrat formaliste. Il ne pouvait pas être question de la former par tradition, puisque la caution s'engageait sans rien recevoir en retour. Mais on employait les autres solennités, par exemple la paumée (3), le serment, les paroles solennelles en justice ou même hors de justice (4). Ce formalisme disparut, peut-être précisément parce qu'il n'y avait lieu, au moment de la formation de ce contrat, à aucune prestation. Ainsi le *Grand Coutumier de Normandie* dit déjà nettement que la simple plégerie se fait dans les termes suivants : « je plevis S. qu'il te rendra

(1) Beaumanoir, chap. 43, n<sup>os</sup> 35 et 36, t. II, p. 181. Le plége d'être à droit doit être laïque et justiciable du seigneur, *Ibid.*, n<sup>o</sup> 33.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>o</sup> 1008. Voy. un autre cas où le tuteur est tenu de fournir plége, dans le *Livre des constitucions du Crastelet*, § 2, p. 35, mais il s'agit là d'une plégerie plutôt judiciaire.

(3) Ce qui prouve bien qu'elle n'était pas une tradition symbolique.

(4) Voy. de nombreux textes, dans Du Cange, v<sup>is</sup> *plegius*, *plegire*, *plevire*, *plevissare*. Cpr. Ménard, *Histoire de Nîmes*, t. I., *Preuves*, n<sup>o</sup> 1. — *Cartulaire de Saint Victor de Marseille*, n<sup>os</sup> 26 et 143, p. 33 et 168. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 38, § 1. — Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 107.

soixante sols à Noël » (1). La plégerie se forme donc par un engagement verbal quelconque et cependant le *Grand Coutumier de Normandie* est un de ceux qui, dans les autres cas, ont le plus volontiers conservé les anciennes formes et les vieilles institutions.

Mais si le formalisme a de bonne heure disparu dans ce contrat, on a au contraire longtemps conservé les effets rigoureux que les anciens usages germaniques attribuaient au cautionnement. Les anciens coutumiers nous disent qu'il existe deux sortes de plévine, la plévine simple et la plévine de dette. Dans le premier cas, le plége s'engage à payer l'obligation du débiteur sans libérer ce débiteur, mais son engagement est essentiellement personnel, et à sa mort il ne passe pas à ses héritiers (2). Dans le second cas le plége ne se borne pas à garantir la dette d'autrui, il la fait sienne et devient débiteur principal, de sorte que l'ancien débiteur est libéré; mais aussi, à la mort du plége, la dette passe à ses héritiers. A cette seconde catégorie se rattache une troisième plégerie, que certains coutumiers appellent la *plégerie d'aventure*, laquelle se produit en cas de succession et en ce sens que l'héritier ou l'exécuteur testamentaire est tenu d'acquitter les dettes du défunt (3).

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 89, éd. de Gruchy, p. 202.

(2) Tel était aussi le système de l'ancien droit romain pour le *sponsor* et le *fidepromissor*.

(3) Le *Grand Coutumier de Normandie* est très net sur ces trois sortes de plégeries. Voici notamment ce qu'il dit de la seconde, de celle où l'on est à la fois plége et débiteur : « L'on doit sçavoir que la plévine retient debte, quand aucun met plége de sa debte en telle manière que il se establist vendeur, si que il en est plége et depteur. La mort ne le délivre pas de cette plévine. Et pour ce doit on sçavoir que, se le plége meurt, ses hoirs ne seront pas quictes de ceste debte, mais seront tenus de la payer, pour ce que leur ancesseur s'en establyt *principal debteur* ». Voy. *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, p. 146 et chap. 83, p. 202. (Disons une fois pour toutes que ces deux chapitres sont en général la copie l'un de l'autre). — Bouteiller distingue aussi trois espèces de plégeries : la plégerie simple, qui ne se transmet pas aux héritiers du plége; la plégerie stipulaire qu'il appelle ainsi par souvenir du droit romain où elle se retrouve dans l'*expromissio* et qui passe aux héritiers; enfin, la plégerie accidentelle. Voy. liv. 1, tit. 101, p. 573. Cpr. *Livre des droiz et des commandemens*, n° 143, t. 1, p. 379. — Jean d'ibelin, chap. 129 et 130.

Le pléger simple est presque aussi rigoureusement obligé que le pléger débiteur. Sans doute le créancier ne peut pas agir contre lui tant que le terme n'est pas arrivé (1). Mais, une fois l'échéance accomplie, le créancier a le droit d'agir en premier lieu et directement contre le pléger, sans être tenu de discuter au préalable le débiteur principal. Telle est du moins la règle que posent certains coutumiers appartenant aux diverses régions de la France. Beaumanoir, de Fontaines, les anciennes coutumes de Toulouse et de Montpellier, ne connaissent pas le bénéfice de discussion ou l'excluent même formellement et ce système se retrouve encore dans des textes relativement récents tels que la coutume de Lille et celle du duché de Bourgogne (2). Mais cette exclusion du bénéfice de discussion n'était pas aussi générale qu'on le dit ordinairement. Déjà sous la période précédente il avait existé, sous ce rapport, de grandes divergences. Ainsi la loi romaine des Visigoths s'en était tenue au droit romain de l'époque classique et permettait au créancier d'agir ou non à son choix contre le fidéjusseur (3). La loi des Burgondes, au titre de *ablatis pignoribus et fidejussoribus*, admettait au contraire formellement le bénéfice de discussion, peut-être sous l'influence de certains usages germaniques (4). On sait en effet, qu'à l'époque franque, le créancier avant d'agir contre la caution devait tout au moins constater le refus ou l'impossibilité de payer du débiteur principal (5). Enfin, il ne faut pas oublier que le pléger

(1) *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 38, § 1. — *Cour des bourgeois*, chap. 71.

(2) Beaumanoir garde le silence sur le bénéfice de discussion et il faut en dire autant de de Fontaines qui, cependant on le sait, s'occupe longuement de la plégerie et copie presque toujours le droit romain. Voy. notamment chap. 7, 8, 9, 14, 16, 21. — Cpr. Ancienne coutume de Montpellier, art. 72, et ancienne coutume de Toulouse, art. 75 et 76. — Coutume de Lille, art. 143. — Coutume du duché de Bourgogne, chap. 5, art. 3.

(3) Voy. le Gaius (II, 9, 2) de la loi des Visigoths. — Cpr. Paul, *Sentences*, II, 17.

(4) On sait que le bénéfice de discussion a été créé par une Nouvelle de Justinien. Mais on a prétendu qu'il avait antérieurement existé à Rome à une certaine époque et était ensuite disparu.

(5) Voy. notre tome III, p. 249.

actionné directement par le créancier, devait prévenir le débiteur pour que celui-ci ne pût pas plus tard lui reprocher de s'être laissé condamner sans avoir invoqué des moyens qui lui auraient permis de repousser l'action du demandeur. Aussi voyons-nous certains textes admettre très franchement le bénéfice de discussion. C'est ainsi qu'il est formellement consacré par le *Brachylogus*, par Glanville (1); il ne faut pas s'étonner de le rencontrer dans le *Livre des droitz et des commandemens*, car ce recueil s'est volontiers inspiré du droit romain et a un caractère plus théorique que pratique (2), ni dans Bouteiller qui, tout en recueillant les usages des ruraux, a copié le droit romain pour tout ce qui concerne le régime des obligations (3).

Cette pénétration du droit romain est surtout visible dans les *Etablissements de Saint Louis* qui sont cependant de date plus ancienne. Ils commencent par poser en principe qu' « il est à la volonté dou deteur (créancier) de (soi) prendre au plége ou au deteur principal, selon l'usage d'Orlenois ». Mais ils ajoutent ensuite que le créancier doit s'adresser d'abord au débiteur avant de recourir à la caution, surtout quand le débiteur peut payer et qu'il se trouve sur les lieux, « suivant le droit écrit au Code au titre des cautions, en la loi qui commence par *non rates* et en l'authentique *Præsente* » (4).

L'influence romaine n'existe pas encore dans le *Grand Coutumier de Normandie*, mais on y voit nettement que le débiteur principal est appelé en cour par le plége pour qu'il reconnaisse la dette et en fasse le paiement. C'est seulement dans le cas où il ne peut pas l'acquitter que le plége est tenu de payer et de fournir des gages (5). Il n'est pas étonnant de retrouver cette doctrine dans le *Grand Coutumier*

(1) *Brachylogus*, lib. III, tit. 11, § 3, p. 92. — Glanville, lib. X, cap. 3, § 4, p. 426.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 620, t. II, p. 123.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 101, p. 576.

(4) *Etablissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 122.

(5) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60 et 69, éd. de Gruchy, p. 144 et 203.

de Normandie, puisqu'elle est également consacrée par Glanville. Or, on sait qu'il existait une étroite parenté entre ces coutumiers.

Sur un second point, les anciens usages de la plégerie simple se sont beaucoup mieux conservés : il était de droit commun que l'obligation du plége ne se transmettait pas à ses héritiers (1). L'infiltration romaine a été plus lente et même pénible; mais elle s'est cependant produite. Ainsi de Fontaines reconnaît déjà que la règle romaine de la transmission de la dette de la caution à son héritier est préférable à la règle coutumière (2). Beaumanoir va un peu plus loin et admet deux exceptions au principe coutumier : la plégerie se transmet aux héritiers si, au moment de sa mort, le plége avait été déjà actionné en justice ou si le plége s'était engagé envers le comte (3). Sous la période suivante, l'engagement du plége se transmet toujours aux héritiers, sauf cependant une certaine exception en matière criminelle (4).

Le droit romain avait, de très bonne heure, reconnu un certain bénéfice aux fidéjusseurs qui avaient garanti, en commun, la même dette : c'était le bénéfice de division établi par l'empereur Adrien et qui permettait au fidéjusseur actionné pour le tout, d'obliger le créancier à répartir son action entre les différents fidéjusseurs solvables au moment de la litiscontestation. Notre droit coutumier commença par rester fidèle au vieux principe qu'on retrouve dans les législations primitives, celui de l'obligation pour le tout à la charge de chacune des cautions d'une même dette. Lorsque plusieurs pléges s'étaient engagés envers le créancier, celui-ci avait donc le

(1) Jean d'ibelin, chap. 130; *Cour des bourgeois*, chap. 78. — De Fontaines, *Conseil*, chap. 9, n° 5. — *Livre de justice et de plet*, liv. II, tit. 12, n° 13, p. 95. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, éd. de Gruchy, p. 141. — *Coutume de Montpellier de 1204*, art. 13. — Beaumanoir, chap. 43, n° 4, t. II, p. 172. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 101, p. 575.

(2) De Fontaines, *Conseil*, chap. 9, n° 15.

(3) Beaumanoir, chap. 43, n° 4 et 9, t. II, p. 172 et 173.

(4) Voy. Imbert, *Pratique judiciaire*, liv. III, chap. 16.

droit d'agir pour le tout contre l'un quelconque d'entre eux (1). Le bénéfice de division essaya cependant de s'introduire sous diverses formes. C'est ainsi qu'il fut invoqué en justice dans une affaire rapportée par Beaumanoir; le créancier le repoussa en soutenant qu'il avait le droit d'agir pour le tout contre chacun des pléges, et la cour admit sa prétention par la raison qu'on le mettrait dans une situation très embarrassante en l'obligeant à intenter plusieurs actions (2). Glanville pose aussi en principe que chaque fidéjusseur est tenu de toute la dette, mais il permet d'écarter cette solidarité par une convention contraire (3). Le *Brachylogus* renverse ce système : chaque fidéjusseur n'est tenu que pour sa part et portion, mais on peut stipuler qu'il sera obligé pour le tout et c'est la solution que consacrent également les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* (4).

Les moyens de poursuite sont particulièrement rigoureux contre le plége. Celui-ci doit obtempérer à toute mise en demeure en payant ou en donnant des gages. S'il refuse, le créancier conserve, suivant les usages de l'époque franque, le droit de recourir à la saisie privée, c'est-à-dire de s'emparer de sa propre autorité de tout ou partie des meubles qu'il trouve entre les mains du plége. Si celui-ci résiste, il encourt une amende dont le montant varie suivant les coutumes et, de son côté, si le créancier se trompe en exerçant cette saisie, par exemple s'il la pratique contre une personne qui n'est pas son plége, ou qu'il y ait encore terme, ou que la dette soit déjà payée, il encourt une grave responsabilité, doit rendre tous les dommages et est condamné à l'amende (5).

(1) Beaumanoir, chap. 43, n° 7, t. II, p. 172. — Ancienne coutume de Montpellier, art. 72. — *Livre des constitutions du Chastelet*, § 73, éd. Mortet, p. 80. Cpr. p. 82 et 83.

(2) Beaumanoir, chap. 43, n° 7, t. II, p. 173.

(3) Glanville, lib. X, cap. 5, § 2, dans Phillips, t. II, p. 427.

(4) *Brachylogus*, lib. III, tit. 11, § 2, p. 91. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1164, t. II, p. 441; L, n° 262, t. IV, p. 252.

(5) Voy. sur cette saisie privée contre les pléges, Jean d'ibelin, chap. 118, 121, 122; *Cour des bourgeois*, chap. 80 et 83. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 26, § 10; liv. XIX, tit. 38, § 2; liv. XIX, tit. 47, § 1 et 4. — *Établissements*

On n'admet plus d'ailleurs, comme à l'époque franque, que le créancier puisse conserver les meubles à titre de paiement. Il doit commencer par les garder à titre provisoire pour laisser le temps au plége de trouver somme suffisante à l'effet d'acquitter la dette. Cette situation se prolonge pendant un délai qui varie suivant les coutumes, tantôt sept jours, tantôt quinze jours, tantôt l'un et l'autre à la fois, sept jours pour les hommes de poeste et quinze ou quarante jours pour les gentilshommes (1). Au bout de ce temps, le *Grand Coutumier de Normandie* permet au créancier de vendre les meubles avec autorisation de justice et par devant des hommes loyaux. Il se paie sur le prix et s'il existe un reliquat, il le rend au plége (2). Certains coutumiers permettent au créancier de vendre à l'amiable, mais alors, s'il trouve acheteur, il doit, avant de conclure définitivement avec lui, offrir au plége de lui rendre le gage pour le prix que lui offre cet acheteur (3).

Lorsque le plége n'avait pas de meubles de nature à satisfaire le créancier, celui-ci pouvait exercer contre lui la contrainte par corps, alors que cette voie d'exécution sur la personne était de droit commun (4) et lorsque la contrainte par corps perdit ce caractère, on la conserva cependant contre le plége dans certaines parties de la France (5). Il ne faut pas non plus oublier que partout on pouvait donner son corps en gage ou en otage ; il s'agissait alors de pléges qui subissaient par leur propre volonté la contrainte par corps (6).

*de Saint Louis*, liv. 1, tit. 122, éd. Viollet, t. II, p. 222. Le créancier pouvait ainsi mettre la main même sur des meubles appartenant à des tiers pourvu qu'ils n'eussent pas été volés. Voy. Jobbé-Duval, *Étude historique sur la revendication des meubles*, p. 168 et suiv.

(1) *Livre de justice et de plet*, liv. XVIII, tit. 7, § 1; liv. XIX, tit. 38, § 1. Ces textes parlent encore de nuit, au lieu de jour, par tradition de l'époque franque. *Cour des bourgeois*, chap. 71 et 76. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60 et 89. — Beaumanoir, chap. 30, nos 50 et 51, t. 1, p. 625.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, éd. de Gruchy, p. 143.

(3) *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 38, § 1.

(4) *Assises de Jérusalem, Cour des bourgeois*, chap. 39, 58, 80.

(5) Voy. par exemple la coutume d'Alais, dans les *Olim*, t. IV, col. 1486, art. 7; *Anciennes constitutions du Chastelet*, § 71.

(6) Nous nous occuperons de ce cas particulier en traitant du gage.

Mais en général cette voie d'exécution sur la personne devint rare, même contre les pléges. Beaumanoir (1) nous dit que les cautions n'engagent pas leur corps même pour les cas les plus graves; cependant si le plége a promis qu'un criminel se présenterait en justice et si celui-ci ne vient pas, il est à la merci du seigneur. La contrainte par corps disparut d'autant plus facilement qu'on ne limitait plus l'action des créanciers aux meubles du plége. On doit d'abord, nous dit Beaumanoir, saisir les meubles et les cateux du plége, puis lui commander de vendre son héritage dans les quarante jours et s'il ne le fait pas, la justice l'aliénera à sa place, mais la contrainte par corps n'est plus permise contre lui qu'au profit du roi ou du comte de Clermont (2).

Celui qui contestait l'existence de la plégerie pouvait s'opposer, même par la force, à ce que le créancier mit la main sur ses meubles, mais il était plus tard condamné à l'amende si le créancier prouvait son droit (3). Le créancier prudent s'adressait à la justice en cas de difficulté, mais il avait le droit, s'il le préférait, de pratiquer sa saisie, sauf à encourir une amende s'il avait eu tort de la faire (4).

Dans tous les cas, la preuve en justice incombait au créancier qui devait établir l'existence de la plégerie. Les coutumiers admettent d'ailleurs des moyens de preuves très différents : les uns imposent deux témoins et permettent au défendeur, c'est-à-dire au plége, de les fausser; d'autres se contentent d'un témoin, mais à la condition que sa déposition soit confirmée par le serment du créancier; d'autres, à défaut d'écrit, s'en tiennent même au serment du défendeur (5).

(1) Beaumanoir, chap. 43, n° 24, t. II, p. 177.

(2) Beaumanoir, chap. 43, n° 18, t. II, p. 176.

(3) Beaumanoir, chap. 43, n° 16, t. II, p. 175.

(4) *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 122, éd. Viollet, p. 223. — *Livre de justice et de plet*, liv. IX, tit. 9, § 1, et liv. XIX, tit. 38, § 2.

(5) Beaumanoir, chap. 43, n° 6 et 7, t. II, p. 172. — *Cour des bourgeois*, chap. 82. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 38, n° 2. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60, éd. de Gruchy, p. 144. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, chap. 122. — Pour le cas où, parmi les pléges, les uns re-

D'un autre côté, la saisie privée tendait peu à peu à disparaître pour céder la place à l'action en justice. Beaumanoir nous apprend que, dans le comté de Clermont, elle est devenue exceptionnelle; elle n'existe plus que dans certaines villes où tout créancier peut encore saisir son plége « sans justice ». Mais il est visible que ce système ne plaît pas à Beaumanoir. Aussi a-t-il soin de prévenir les créanciers des dangers auxquels ils s'exposent lorsqu'ils y recourent et il ajoute que la règle générale dans le comté de Clermont est que : « Nus hons ne pot penre de son plége par abandon, sans soi plaindre à justice, seli pléges ne li baille du sien par se volenté (1). » Beaumanoir indique que le plége ainsi actionné en justice doit avoir bien soin de dénoncer la poursuite au créancier. Celui-ci peut, en effet, avoir à sa disposition des moyens de défense ignorés de la caution. A plus forte raison doit-il se garder de payer spontanément tant qu'il n'a pas été sommé, car il se peut que le débiteur ait déjà acquitté la dette. Beaumanoir ne permet au plége de défendre directement au procès sans prendre ces précautions, qu'autant que le débiteur est absent (2).

La procédure exposée dans le *Grand Coutumier de Normandie* ne diffère pas sensiblement de celle de Beaumanoir, précisément parce qu'elle était en usage à la fin de la période précédente et qu'on y retrouve l'ancienne sommation qui a disparu de la plupart des coutumiers. Le plége est d'abord mis en cause en justice par le créancier. Il doit alors reconnaître ou nier son engagement. Dans le premier cas, il donne des gages et obtient terme pour payer la dette ou mettre le débiteur en cour. Si le débiteur mis en cause reconnaît la dette et la paie, le plége est libéré; dans le cas contraire, le plége est tenu de la dette, mais il peut, pour le moment, se contenter

connaissent et les autres nient, voy. Glanville, lib. X, cap. 5, § 6, dans l'*Philips*, t. II, p. 427. Le même jurisconsulte examine aussi dans le paragraphe 3 le cas où le plége reconnaît qu'il s'est obligé, mais pour une somme inférieure.

(1) Beaumanoir, chap. 43, n° 15, t. II, p. 175. M. Viollet a montré qu'en fait la règle de Beaumanoir était, dans le Beauvoisis, d'une application moins générale. Voy. *Établissements de Saint Louis*, t. I, p. 329.

(2) Beaumanoir, chap. 43, n°s 10 et 20, t. II, p. 174 et 176.

d'offrir des gages que le créancier devra garder pendant un certain temps et pourra faire vendre ensuite (1).

Lorsque le plége avait payé le créancier, il avait un recours très énergique contre le débiteur principal qui l'avait laissé condamner et exécuter : primitivement certaines coutumes lui donnaient le droit de s'emparer des biens de ce débiteur sans s'adresser à la justice (2); les *Assises de la Cour des Bourgeois* permettent au plége de vendre l'héritage du débiteur pour s'acquitter de la plégerie (3); dans la suite le plége dut s'adresser à la justice pour pouvoir recourir à l'exécution forcée contre le débiteur; mais alors on l'autorisa à se faire indemniser de tout le dommage qu'il avait souffert, même à se faire restituer les dépens qu'il avait dû payer, par dérogation au principe général de la procédure féodale suivant lequel chacun devait supporter ses frais de justice. Pendant longtemps le plége fut même cru sur son serment pour la fixation du montant du dommage. Lorsque le plége avait tenu prison pour le débiteur, il pouvait même se faire indemniser de ses dépenses d'entretien, pourvu qu'elles ne fussent pas *outrageuses*, c'est-à-dire exagérées (4). Mais, pour pouvoir exercer ce recours contre le débiteur principal, le plége devait avoir bien soin, avant de payer, de prévenir le débiteur des poursuites dont il était l'objet et même de se laisser sommer

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 60 et 99, éd. de Gruchy, p. 143 et 205.

(2) Voy. par exemple, coutume de Bayonne, chap. 53, § 1. Cpr. chap. 45, § 1. Cette coutume a été publiée par MM. Balasque et Dulaurens, dans le t. II de leurs *Études historiques sur la ville de Bayonne*.

(3) Mais elles interdisent au créancier de recevoir de ce plége l'héritage du débiteur; le plége ne peut lui offrir que son propre héritage. Voy. *Cour des bourgeois*, chap. 84, éd. Beugnot, t. II, p. 66. Il y a un cas pour lequel les *Assises de Jérusalem* sont particulièrement rigoureuses : c'est celui où le débiteur a donné plége de venir tel jour en justice, ne s'est pas présenté et a enfin laissé condamner et payer le plége. Celui-ci peut alors mettre le débiteur en prison jusqu'à parfait paiement, sans être tenu de lui rien donner pendant les sept premiers jours de l'incarcération. C'est à partir du huitième jour seulement qu'il doit le nourrir au pain et à l'eau. Voy. *Cour des bourgeois*, chap. 112.

(4) Voy. sur ces différents points, Glanville, lib. X, cap. 7, § 4, p. 427. — Beaumanoir, chap. 43, nos 5, 30, 40, 42, 43, 44, t. II, p. 172, 179, 183 et suiv. — *Assises de Jérusalem*, Philippe de Navarre, chap. 78.

par le créancier. Il pouvait arriver, en effet, que la dette fût éteinte par paiement, par novation ou autrement, ou bien encore qu'elle fût entachée de nullité ou que le débiteur principal étant prévenu, se montrât disposé à acquitter la dette (1). Souvent, en effet, le débiteur principal, pour éviter les dangers du recours de la caution, prenait les devants et payait le créancier ou lui offrait des gages, de sorte que le plége était alors libéré (2). D'autres fois le créancier prévenu avertissait la caution qu'elle était libérée par l'effet de la novation et cette novation se produisait toutes les fois qu'un changement quelconque avait été apporté à la dette primitive (3). Bouteiller nous apprend que parfois le plége prenait des gages du débiteur et alors s'il était poursuivi, il pouvait vendre ces gages pour payer la dette, mais il devait avoir soin auparavant de sommer le débiteur principal (4).

Par exception le plége n'avait aucun recours dans le cas où au lieu de reconnaître la dette, il avait commencé par nier son obligation (5). C'était une manière un peu rigoureuse de le punir de son mensonge. Mais le plége pouvait éviter ce danger en se bornant à déclarer qu'il ne se souvenait plus (6). Quelques coutumiers trouvaient injuste que, dans le cas où le plége avait nié la dette, le débiteur s'enrichit à ses dépens. Aussi lui donnaient-ils un recours (7). Enfin, il y avait certains

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 43, n<sup>os</sup> 10, 11, 21, t. II, p. 174 et suiv. On se demandait si, l'obligation principale étant nulle, la plégerie l'était également, et le *Livre des droiz et des commandemens* nous apprend que la question était controversée. Il semble bien que la nullité de l'obligation principale devait emporter celle de la plégerie si la caution avait voulu garantir une dette valable, mais qu'il en devait être autrement dans le cas où elle avait voulu garantir l'obligation principale précisément contre les chances de nullité.

(2) Voy. *Cour des bourgeois*, chap. 71 et 73.

(3) Les *Assises de Jérusalem* admettent que la novation se produit même si le créancier n'a accordé au débiteur qu'une simple prorogation de terme, mais cette solution est repoussée par Beaumanoir. *Cour des bourgeois*, chap. 79. — Beaumanoir, chap. 43, n<sup>o</sup> 12, t. II, p. 174.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 101, p. 576.

(5) Beaumanoir, chap. 43, n<sup>o</sup> 6, t. II, p. 172. — Cpr. Jean d'ibelin, p. 117.

(6) Jean d'ibelin, chap. 117 et 126.

(7) *Livre de justice et de plet*, liv. XVIII, tit. 7, § 3. Dans le cas où le plége a promis qu'une personne viendrait en justice, il n'a pas non plus recours con-

cas dans lesquels plusieurs coutumiers accordaient au plége le droit d'agir contre le débiteur, même avant que ce plége eût payé la dette : cela arrivait si telle était la convention intervenue entre eux ; si la dette remontait à un temps fort éloigné ; si le plége avait déjà été condamné au profit du créancier ; si le débiteur dilapidait sa fortune (1).

Lorsque plusieurs pléges avaient garanti la même dette, celui qui était actionné pour le tout n'avait pas le bénéfice de division, ainsi qu'on l'a vu plus haut. Mais il y a plus encore, et après avoir acquitté la dette, il était privé de tout recours contre les autres fidéjusseurs. Les coutumiers lui permettaient seulement de les appeler en cause pour essayer d'obtenir avec eux et à l'amiable, un accord sur la répartition de la dette (2). L'introduction du bénéfice de division fit disparaître en partie ce danger ; mais cependant le plége qui avait payé la totalité de la dette et qui avait renoncé au bénéfice de division continua jusqu'au xvi<sup>e</sup> siècle à être en général dépourvu de tout recours contre les autres pléges.

Cette rigueur de la plégerie amena les coutumiers à se demander quelles personnes peuvent se porter plége. On discutait sur le point de savoir si celui qui était en puissance paternelle pouvait prendre un engagement de cette nature (3). Beaumanoir se demande aussi si les femmes peuvent être pléges, car il ne connaît pas encore la théorie du sénatus-consulte Velléien. Il admet sans difficulté qu'une fille hors de puissance et une veuve peuvent se porter caution et il ajoute même que si celle-ci se remarie, le créancier aura le droit d'actionner son mari devant la cour laïque. Quant à la femme mariée, elle ne peut pas se porter plége sans le consentement

tre le garanti. Voy. Glanville, lib. X, cap. 5, § 5, dans Phillips, t. II, p. 427. Mais le criminel qui s'enfuit après avoir fourni plége dans un cas de gage de bataille, est par cela même reconnu coupable. — Beaumanoir, chap. 43, n° 25, t. II, p. 178.

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1167, t. II, p. 443. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 194, t. I, p. 391.

(2) *Livre des constitucions du Chastellet*, § 93 et 96, éd. Mortet, p. 80 et 82.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 668, t. II, p. 647.

de son mari, à moins que celui-ci ne soit atteint d'aliénation mentale ou absent, ou en prison, sans espoir de secours, ou que la femme ne soit marchande publique; en dehors de ces cas, la plégerie consentie par la femme mariée, sans l'autorisation de son mari est nulle, tout au moins pendant la durée du mariage; mais si la femme survit, rien ne s'oppose à ce qu'elle soit actionnée. Les croisés peuvent, comme les veuves, se porter pléges, mais s'ils sont actionnés en cour laïque, ils ont le droit de demander leur renvoi devant la justice d'Eglise (1).

A la fin de notre période, l'introduction du sénatus-consulte Velléien rendit les femmes incapables de se porter caution. Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* ajoutent qu'une femme ne peut pas être plége de son mari, même si elle renonce au bénéfice du Velléien, car ce serait lui donner le moyen de faire une donation, alors que cette libéralité est interdite entre mari et femme, et cependant elles permettent au mari d'être plége de sa femme (2). Le clerc qui s'était porté plége était valablement engagé, mais ne relevait même pour cette dette que de son ordinaire, à moins qu'il n'eût donné gage sur son héritage (3). Enfin le serf ne pouvait être plége que d'un autre serf de la même seigneurie, par la raison que tous ses biens appartenaient à son seigneur. Toutefois, certains seigneurs permettaient à leurs serfs d'être pléges hors de la seigneurie, parce que ces serfs faisaient le commerce et que cette autorisation leur donnait du crédit (4).

(1) Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 43, n° 14, 22, 26, 27, 28, t. II, p. 175 et suiv. Cpr. *Livre de justice et de plet*, p. 88 et 273.

(2) Voy. sur ces divers points et sur les exceptions que comportait l'application du sénatus-consulte Velléien, *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1167 et 1168, t. II, p. 143. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 101, p. 576. — Certaines coutumes, par exemple, celles de Toulouse (art. 69) et de Montpellier (art. 38), n'avaient pas admis le Velléien et permettaient à la femme *sut juris*, âgée de douze ans, qui n'était ni en tutelle ni en curatelle, de cautionner la dette d'autrui.

(3) Beaumanoir, chap. 43, n° 13, t. I, p. 175. — Pour le cas où un débiteur devient clerc et où son plége est actionné en cour laïque, voy. Beaumanoir, chap. 43, n° 33 et 39, t. II, p. 182 et 183.

(4) Beaumanoir, chap. 43, n° 23, t. II, p. 177.

## § 15. — GAGE ET HYPOTHÈQUE.

Au début de l'époque franque, le contrat de gage ne pouvait pas porter sur les immeubles, par la raison bien simple que la propriété immobilière individuelle n'était pas encore connue et qu'on en était resté à la copropriété de famille. Aussi chercherait-on en vain ce mode de garantie dans les lois barbares (1), tandis qu'elles parlent très-fréquemment du gage mobilier (2). C'était un contrat formaliste comme les autres et qui, en général, s'opérait par la remise de la chose entre les mains du créancier. Il n'est pas certain que celui-ci eût eu le droit de se servir du gage, à moins d'une convention formelle (3). Si le débiteur exécutait son engagement, le créancier devait lui rendre la chose; dans le cas contraire, il la gardait, et d'après certaines lois barbares le débiteur n'était pas libéré et devait même une somme supplémentaire qui s'augmentait avec le retard (4).

Lorsque la propriété immobilière fut constituée, le gage put alors porter sur des immeubles et on l'organisa sur le modèle du gage mobilier (5). Il se formait aussi par la remise de la chose et devait être restitué si le débiteur accomplissait son obligation. Dans le cas contraire, l'immeuble devenait la propriété du créancier (6). Mais par cela même que les immeubles

(1) Voy. ce que nous avons dit dans le tome III, p. 142 et 417. On a parfois prétendu que la loi des Visigoths (X, 1, 19) reconnaissait l'existence du gage immobilier, mais à notre avis, le texte sur lequel on s'est fondé parle seulement d'une aliénation à charge de redevance.

(2) Voy. par exemple Loi salique, tit. XL, § 2, et tit. L, § 1; Loi des Alamans, II, 89, § 1 et 2; Loi des Bavarois, II, 14; Édits de Rotharis, chap. 250 et de Luitprand, chap. 36.

(3) Loi des Visigoths, V, 6, 4.

(4) Édit de Rotharis, chap. 250. Une peine analogue aurait été encourue par le créancier qui, ayant reçu paiement, aurait mis du retard à restituer le gage mobilier.

(5) Voy. notre tome III, p. 142. Cpr. *Cartulaire de l'abbaye de Saint-Victor de Marseille*, n° 385.

(6) On a soutenu que s'il s'agissait d'un gage mobilier, le créancier acquérait la chose sans que la dette fût éteinte; mais la preuve ne nous paraît pas faite que ce soit là une règle générale et, dans tous les cas, il est certain qu'elle ne s'est pas appliquée aux immeubles.

sont naturellement productifs de fruits, on avait l'habitude de reconnaître au créancier le droit de percevoir ces fruits. Il semble bien qu'au début une clause formelle du contrat était nécessaire (1); dans la suite cette clause fut de droit et il en résulta un changement important dans la nature du gage immobilier qui fut considéré comme une sorte de contrat synallagmatique : l'un donnait son argent à charge de restitution à une certaine époque, l'autre donnait son immeuble avec droit de jouissance à charge de restitution à la même époque (2).

L'avènement du régime féodal amena de graves changements dans la théorie du gage immobilier ; il consolida la coutume de ne plus donner en gage que la jouissance et les fruits de l'immeuble, et le gage de propriété d'origine germanique disparut à peu près complètement ; il ne se maintint que très exceptionnellement et on ne le vit renaître que sous l'influence du droit romain (3). Le gage immobilier se constitua désormais sous forme d'aliénation de la jouissance, ou, comme on dira plus tard, de l'usufruit (4). Ce ne fut pas là, ainsi qu'on l'a dit à tort, la conséquence de l'inaliénabilité des fiefs sans le consentement du seigneur : d'abord cette raison ne s'appliquait pas aux alleux qui étaient librement disponibles ; ensuite elle aurait dû empêcher le gage de propriété d'origine romaine de se maintenir ou de naître et cependant il était consacré par les *Assises de Jérusalem* ; enfin l'indisponibilité du fief s'opposait tout aussi bien à la constitution d'un gage à titre de droit réel, qu'à une véritable aliénation.

Au début du régime féodal, le vassal aurait encouru la commise s'il avait cédé son fief sans le consentement de son

(1) Voy. par exemple de Rozière, formule 374. Cpr. notre tome III, p. 142.

(2) Voy. par exemple *Cartulaire de Redon*, n<sup>os</sup> 35 et 135.

(3) Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 102. C'est sous cette influence qu'il s'est maintenu par exception dans certaines coutumes, par exemple, dans les *Assises de Jérusalem*. Voy. *Cour des bourgeois*, chap. 32.

(4) Voy. par exemple, Beaumanoir, chap. 44, n<sup>o</sup> 52, t. II, p. 210. — *Ancienne coutume de Champagne*, chap. 4. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 632, t. II, p. 233.

seigneur, lequel devait assister au contrat, et cela était également vrai en cas d'engagement (1). Dans la suite, au XIII<sup>e</sup> siècle notamment, le concours du seigneur à l'acte même ne fut plus exigé, mais celui-ci dut encore ensaisiner le cessionnaire et c'est précisément aussi ce qu'on exigea en cas de constitution de gage de jouissance sur un fief. A cet effet le créancier appelait le débiteur devant le seigneur et on admit même sans difficulté, pour empêcher la fraude du débiteur, que si celui-ci ne venait pas après trois sommations successives et infructueuses, on devait le considérer comme s'étant dessaisi tacitement de la jouissance du fief entre les mains de son seigneur (2).

Une fois ensaisiné, le créancier gagiste avait la possession garantie par les actions possessoires. Le seigneur ne pouvait pas le priver du fief par l'exercice du retrait seigneurial; le retrait lignager était admis si l'engagement avait été fait sans durée limitée, mais on le repoussait dans le cas contraire (3). Enfin, une fois l'ensaisinement fait, aucun autre droit réel ne pouvait être consenti aux dépens du créancier gagiste. Il va sans dire que ce contrat de gage pouvait aussi bien porter sur des immeubles incorporels, rentes, dimes, justice, et autres redevances seigneuriales et féodales, que sur des immeubles corporels (4).

Cet engagement d'un immeuble ou d'un droit réel immo-

(1) Voy. par exemple, *Cartulaire de Notre-Dame de Chartres*, n° 265.

(2) Voy. sur ces divers points Beaumanoir, chap. 2, n° 23, t. I, p. 55; chap. 32, n° 30, t. I, p. 478; chap. 34, n° 13, t. II, p. 7; chap. 51, n° 18 et 21, t. II, p. 283 et 284.

(3) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 653, t. II, p. 239. L'exclusion du retrait lignager en cas d'engagement pour un certain temps, avait donné naissance à une fraude entre vendeurs et acheteurs ordinaires : pour décourager les lignagers, et écarter leur retrait, le vendeur aliénait d'abord à l'acheteur, à titre d'engagement pendant un certain nombre d'années et il ne lui aliénait qu'un peu plus tard à titre de propriété, de sorte que le retrait lignager ne pouvait être exercé qu'à condition de respecter la jouissance établie. Mais il fut décidé que si le lignager pouvait prouver la fraude, il avait le droit de se mettre immédiatement en possession. Beaumanoir, chap. 44, n° 52.

(4) Voy. par exemple, *Cartulaire de Notre-Dame de Chartres*, n° 265; *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, n° 1115.

bilier, sous forme de jouissance, prit d'assez bonne heure le nom de *mort-gage*. Cette expression est déjà courante dans le traité de Glanville et dans le *Grand Coutumier de Normandie* (1). En réalité cette combinaison était particulièrement avantageuse au créancier. Celui-ci, en effet, avait sans doute remis, le plus souvent, une certaine somme d'argent dont il avait perdu la jouissance, mais en retour il avait acquis celle de la chose, et les fruits de cette chose ne s'imputaient pas sur sa créance. Aussi la chose engagée ne rendant plus aucun service au débiteur était pour lui un bien mort. Le *vif-gage* au contraire, était à l'avantage du débiteur. Celui-ci perdait sans doute encore la jouissance du bien engagé, mais le créancier était tenu d'imputer sur le capital de sa créance les fruits qu'il percevait du bien donné en gage, de sorte que cette créance, au lieu de demeurer intacte, comme en cas de mort-gage, s'éteignait peu à peu et finissait par disparaître. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le mort-gage ait été préféré au vif-gage et soit devenu d'un usage très fréquent, surtout à partir de l'époque où l'Église défendit avec plus d'énergie le prêt à intérêt. Le mort-gage n'était-il pas, à vrai dire, une sorte de prêt de cette nature? Quoi qu'il en soit, il est certain qu'on y recourut pour rendre d'une manière indirecte les capitaux productifs d'intérêts et il paraît que certaines abbayes en particulier, par exemple celle de Redon en Bretagne, recouraient volontiers à cette opération, pour augmenter leurs ressources (2). La papauté s'émut de la multiplicité de ces contrats et les interdit d'abord aux abbayes sans les défendre aux laïques (3). Certaines abbayes essayèrent de tourner la prohibition en obligeant les emprunteurs à renoncer au bénéfice des dispositions des Décrétales qui les

(1) Beaumanoir ne l'emploie cependant qu'une seule fois. Voy. chap. 68, n° 11, t. II, p. 479. — Voy. Glanville, lib. X, cap. 6, p. 428. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 54 et chap. 113, p. 274. — Voir ce que j'ai dit du mort-gage en Angleterre, dans l'*Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. II, p. 310 et 313.

(2) Voy. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2<sup>e</sup> éd., p. 734.

(3) Voy. Décrét., lib. V, tit. 19, cap. 1 et 2.

autorisait à imputer sur la créance les fruits du bien engagé (1). Mais ces résistances furent vaines; la prohibition du mort-gage l'emporta définitivement en France et elle s'appliqua aussi bien aux laïques qu'aux clercs. Tous nos coutumiers l'acceptent et la proclament; ils déclarent le mort-gage usuraire, nul et contraire aux bonnes mœurs, et ils en concluent que nonobstant la stipulation contenue dans le contrat, les fruits du bien s'imputeront sur le capital de la créance (2).

Par exception cependant le mort-gage était autorisé dans certains cas où, en effet, il n'avait aucun caractère usuraire et se présentait plutôt comme un pacte de famille. Ainsi il était permis à un père qui avait constitué en dot une somme d'argent à sa fille, de remettre en gage à son gendre un bien, avec stipulation qu'il en jouirait jusqu'au paiement des deniers (3). De même on permettait à un père de léguer à ses filles ou à ses fils cadets, une certaine somme plus forte que la part reconnue par la coutume et d'exiger qu'un bien de la succession revenant à l'aîné chargé de ces libéralités, fût remis par cet aîné en mort-gage à ses frères et sœurs qui en jouissaient jusqu'au paiement de la somme léguée. Certains jurisconsultes voulaient que la même opération fût permise au profit des églises légataires de sommes d'argent, notamment à titre d'aumônes, mais cette solution était repoussée

(1) *Cortulaire de Saint Victor de Marseille*, n° 1117 : « Fructus tibi in sortem vel in pagam non computabo et specialiter renuncio illis legibus et decretis et decretalibus quæ dicunt sortem per perceptos fructus ex pignore relevari. »

(2) Beaumanoir, chap. 68, n° 11, t. II, p. 479. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 20, éd. de Gruchy, p. 53. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 589, t. II, p. 218. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 138. En Angleterre on était moins rigoureux et Glanville nous apprend que le mort-gage n'était pas défendu par la cour du roi, bien que l'Église le considérât comme une sorte d'usure. Voy. Glanville, lib. X, cap. 8, § 6, dans Phillips, t. II, p. 130.

(3) *Oltm*, t. I, p. 449, n° 8. — Cpr. De Fontaines, *Conseil*, chap. 15, n° 4. C'était ce que l'on appela plus tard un mariage à mort-gage, mariage étant ici synonyme de dot. Cujas perdit ce sens de vue et confondit le mariage à mort-gage avec le mariage morganatique dans son commentaire sur la loi 26, au titre *De verborum obligationibus*.

par d'autres qui ne permettaient de déroger à la prohibition générale du mort-gage que dans l'intérêt de la famille (1).

Le mort-gage ayant été complètement prohibé, le créancier dut donc se contenter du vif-gage. En d'autres termes, il faisait siens les fruits de l'immeuble, fief, alleu ou autre qui lui avait été remis, mais à charge de les imputer sur sa créance. Aussi disait-on que celle-ci s'éteignait d'elle-même (2). Parfois aussi, pour éviter la prohibition du mort-gage et permettre aux créanciers de s'attribuer les fruits sans les imputer sur sa créance, le débiteur et le créancier feignaient une vente à réméré avec indication d'un terme pour le rachat (3). Enfin il ne faut pas oublier que, sous l'influence du droit romain, le gage de l'immeuble lui-même se maintint ou s'introduisit, bien que cependant la notion de l'hypothèque eût presque entièrement disparu, même dans le Midi (4).

Lorsque le vif-gage avait été constitué pour un temps indéterminé, le créancier pouvait garder l'immeuble tant qu'il n'était pas complètement désintéressé. Toutefois certaines coutumes fixaient un délai à l'expiration duquel le créancier avait le droit de se faire autoriser par justice à vendre le bien, pour se payer sur le prix si le débiteur n'acquittait pas sa dette et ce délai était parfois plus long pour le gage d'un immeuble que pour celui d'un meuble; il était par exemple à Alais de trois ans dans le premier cas et d'un an seulement dans le second (5).

(1) Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 138. — Cpr. Coutume de Champagne, chap. 3; Coutume du duché de Bourgogne, art. 21 et 22; *Usages de Guines*, art. 346. — Le droit canonique permettait aussi le mort-gage dans des cas exceptionnels très rares. Voy. *Décrétales*, lib. V, tit. 19, cap. 2; lib. III, tit. 13, cap. 5, 6, 10.

(2) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 32. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25. — Coutume d'Alais, art. 49.

(3) *Olim*, t. III, p. 107 et 118.

(4) Voy. les textes déjà cités, p. 663. — Seulement s'il s'agissait d'un immeuble relevant d'un seigneur, le consentement de celui-ci était nécessaire. Voy. Coutume de Toulouse, art. 130 *in fine*.

(5) Voy. loi de Beaumont, art. 24. — *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 32. Charte de Noyon, de 1181, art. 12, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 224. — Coutume de Montpellier, art. 40. — Coutume d'Alais, art. 6.

Les mots *gage*, *pignus*, *peinoira*, *wadium*, *vadimonium*, *waige*, *gagium*, *namium*, *namps*, *nans*, s'appliquaient à cette époque aussi bien aux immeubles qu'aux meubles (1). C'est plus tard seulement que le mot *gage* se restreignit aux meubles.

Le gage sur les meubles, comme celui des immeubles, resta toujours, même après la suppression du formalisme de l'époque franque, un contrat réel; on ne comprend pas, en effet, un gage, dans le sens étroit de ce mot, sans la remise effective au créancier du bien sur lequel il porte (2). Le plus souvent ce gage mobilier résultait d'une convention; mais parfois le créancier jouissait du privilège de pouvoir par lui-même se mettre en possession de tel meuble du débiteur, sans son consentement : c'étaient des restes de l'ancienne saisie privée qui, après avoir été générale, continuait à être permise contre certains débiteurs au profit de créanciers privilégiés. Ainsi tout créancier avait le droit de saisie privée vis-à-vis de ses pléges (3). On conserva aussi au bailleur le droit de saisir de sa propre autorité les meubles garnissant la maison louée, et à tout propriétaire la faculté de mettre la main sur les animaux d'autrui qui causaient du dommage dans son immeuble; ces deux derniers cas persistèrent même au travers des âges, tandis que la saisie privée contre le plége finit par disparaître (4).

(1) Le mot *namps* était surtout employé en Normandie et en Beauvoisis. — Plége était aussi parfois synonyme de gage. Voy. Lacurne de Sainte-Palaye, v° *Plége*.

(2) Voy. Statuts de Salon, dans Giraud, p. 259.

(3) *Cour des bourgeois*, chap. 83. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 26, § 10, et tit. 47, § 1. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, tit. 122.

(4) Coutume de Bigorre, art. 9; Coutume d'Alais, art. 5 et 15; Statuts de Salon, dans Giraud, p. 249; Statuts d'Arles, art. 35 et 37. — *Livre de justice et de plet*, liv. IX, tit. 4, § 1; liv. XIX, tit. 47, § 2. — Beaumanoir, chap. 34, n° 16, t. II, p. 9. — *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 329. — Coutume d'Avignon au XIII<sup>e</sup> siècle, art. 23 et 42, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, année 1877, p. 478. — Coutume de Toulouse, art. 108 et 137. A Montpellier, le créancier avait le droit de saisie privée sur la personne et les biens de tout débiteur étranger à la ville. Voy. Coutume de Montpellier, art. 32. On se rappelle le privilège reconnu aux bourgeois de Paris par Louis VI le Gros; c'était aussi une saisie privée très énergique. Voy. Isambert, t. I, p. 143. Voy. ce que j'ai dit au tome précédent, p. 314. — Pour le droit de l'Orléanais, voy. *Livre de justice et de plet*, p. 174 et suiv.

Par l'effet de la remise du meuble donné en gage, le créancier n'en devenait pas propriétaire, mais il en avait la possession, avec le droit d'aliéner le bien pour se payer sur le prix si le débiteur n'acquittait pas sa dette à l'échéance (1). D'ailleurs le créancier était protégé dans sa possession même contre les tiers et avait le droit de suite dans la mesure où il était admis en matière mobilière (2). Vis-à-vis du débiteur, il avait le droit de garder la chose tant que celui-ci ne s'était pas libéré. Mais rien ne s'opposait à ce que le débiteur reprit, avec le consentement du créancier, la chose à titre de précaire (3). D'ailleurs le créancier devait garder la chose en bon état; elle était même à ses risques dans certaines coutumes, en ce sens que, si elle venait à périr, par cela même aussi la créance était éteinte (4). Mais ce système ne prévalut pas: on préféra celui du droit romain et il fut admis que le créancier répondrait sans doute de sa faute, mais non du cas fortuit; si la chose périssait sans sa faute il n'en restait donc pas moins créancier (5).

Le débiteur devait laisser la chose entre les mains du créancier, tant qu'il n'avait pas acquitté sa dette et s'il la lui avait enlevée, il aurait commis un véritable larcin (6). En sens inverse, si le créancier avait contesté au débiteur qui lui offrait paiement, la propriété de la chose, il perdait alors à la fois son gage et sa créance, et encourait même une amende (7). Plus tard on se départit de cette rigueur et on ne reconnut plus au débiteur que le droit de réclamer sa chose en justice (8).

(1) Coutume de Montpellier, art. 49; Coutume d'Alais, art. 6 et 49. — Beaumanoir, chap. 68, n° 10, t. II, p. 479.

(2) *Assises de la cour des bourgeois*, chap. 56; *Livre au roi*, chap. 49; *Statuts de Bragerac*, chap. 104.

(3) Cette clause de précaire paraît avoir été d'ailleurs propre à certaines contrées. On l'appliquait notamment à Marseille et même au gage immobilier. Voy. *Viолlet, Histoire du droit civil français*, p. 672.

(4) *Assises des bourgeois*, chap. 56.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1088, t. II, p. 412. — *Bouteiller, Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 145.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1275, t. II, p. 475.

(7) *Assises des bourgeois*, art. 228. — *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 22. — *Beaumanoir*, chap. 70, n° 10, t. II, p. 501.

(8) *Voy. Livre des droitz et des commandemens*, n° 305.

A défaut de paiement du débiteur, le créancier n'avait plus le droit, comme autrefois, de s'attribuer directement le gage (1). D'après Glanville, si le débiteur ne rachète pas son gage à l'expiration du délai, ce gage appartient au créancier pourvu qu'il y ait convention en ce sens; s'il n'a rien été dit, le créancier agit en justice contre le débiteur pour qu'il soit mis en demeure de racheter son gage ou que la cour l'attribue dans le cas contraire, au créancier (2). Enfin un dernier système s'établit: le créancier devait s'adresser à la justice et demander l'autorisation de vendre la chose. La vente avait lieu au bout d'un certain délai donné au débiteur pour se procurer la somme. Si la vente donnait un prix supérieur à la créance, la différence était remise au débiteur; si le prix était inférieur, la créance subsistait pour le reliquat (3), mais à titre purement chirographaire.

En principe, toute chose mobilière ou immobilière, tout droit réel ou peut-être même personnel, pouvait être donné en gage, pourvu qu'il s'agit de biens ou de droits dans le commerce (4). Le gage des créances s'introduisit vraisemblablement sous l'influence du droit romain; on admit aussi que le créancier gagiste pouvait donner en gage la chose engagée jusqu'à concurrence de sa propre créance (5). Mais le gage ne pouvait pas porter sur les choses qui étaient hors du commerce, telles que les choses sacrées, saintes ou religieuses (6). Il était également interdit de donner en gage la chose d'autrui en la faisant passer pour sienne (7). Mais le tuteur pouvait,

(1) Voy. cependant, *Livre de justice et de plet*, p. 313.

(2) Glanville, lib. X, cap. 6, § 4, et cap. 8, § 1 et 2, dans Phillips, t. II, p. 428.

(3) Coutume de Montpellier, art. 40; Coutume d'Alais, art. 4; *Assises des bourgeois*, chap. 55; Statuts de Salon, dans Giraud, p. 259; Charte de Riom, de 1270, art. 34, dans le *Recueil du Louvre*, t. XI, p. 495.

(4) Glanville, lib. X, cap. 6, § 1, dans Phillips, t. II, p. 428.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 1089 à 1092, t. II, p. 412.

(6) Voy. cependant l'engagement d'une église dans le *Cartulaire de Saint Victor de Morseille*, n<sup>o</sup> 1047. — Sur le principe, voy. Beaumanoir, chap. 38, n<sup>o</sup> 14, t. II, p. 83. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 1090, t. II, p. 413. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 102, p. 586 et suiv.

(7) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 1089, t. II, p. 412.

bien entendu, donner en gage le bien de son mineur en garantie de la dette de celui-ci, et le baillistre avait le droit d'engager les biens du sous-âgé en garantie de ses propres dettes, mais seulement pour la durée du bail (1). Pour des raisons d'humanité, certains meubles, comme les vêtements, les aliments, les chevaux, les charrues et autres instruments aratoires étaient déclarés insaisissables (2). Rien ne s'opposait à ce qu'on donnât en gage des personnes de condition servile, mais certains coutumiers rappellent qu'il est interdit d'engager les femmes, les enfants et, d'une manière générale, les personnes libres, preuve manifeste que, plus d'une fois, on avait engagé des personnes de cette condition, un mari sa femme, un père son fils (3).

Rien ne s'opposait non plus à ce qu'un homme libre se donnât lui-même en gage, il obligeait son corps au lieu d'obliger sa chose; c'était là une forme de plégerie connue sous le nom d'*ostage*, *ostagium*. L'otage se constituait ainsi garant de sa dette ou de celle d'autrui. Le créancier avait le droit de mettre directement la main sur lui et de le retenir jusqu'au paiement. D'ailleurs l'otage n'était tenu que d'une obligation, celle de rester à la disposition du créancier, tant que la dette n'était pas éteinte. Il n'était pas nécessaire que l'otage tint prison et dans certaines villes il suffisait qu'il prit l'engagement de ne pas sortir de leur enceinte. Qu'il fût en prison ou seulement aux arrêts dans la ville, le pléger devait s'entretenir à ses frais, s'il avait des ressources suffisantes; dans le cas contraire, le créancier l'indemnisait de sa dépense, pourvu que celle-ci ne fût pas *outrageuse* et Beaumanoir nous apprend que, pour prévenir les contestations, il fit établir un tarif par jugement (4). Cette plégerie de la per-

(1) Beaumanoir, chap. 15, n° 9, t. I, p. 248. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F. n° 1089, t. II, p. 412.

(2) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 102, p. 586.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 102, p. 586 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F. n° 1090, t. II, p. 413.

(4) Voy. sur ces divers points, *Cartulaire de Saint-Victor de Marseille*, n° 143. — Beaumanoir, chap. 43, n° 1 et 31, t. I, p. 170 et 180; chap. 51, n° 7, t. II,

sonne ne tarda pas être vue avec une certaine défaveur et on s'attacha à en atténuer la rigueur. C'est ainsi que Beaumanoir permit à l'otage de recouvrer la liberté en donnant des gages suffisants, bien qu'il changeât ainsi l'objet du contrat sans la volonté du créancier (1). On alla même jusqu'à lui accorder, dans certaines coutumes, le bénéfice de cession de biens (2), et enfin au xiv<sup>e</sup> siècle on commença à contester la validité de ce contrat (3).

Le contrat de gage était permis entre toutes personnes, suivant les principes du droit commun. On décidait même qu'un chrétien n'était tenu de sa dette envers un juif qu'autant qu'il lui avait fourni des gages (4). Le *Grand Coutumier de Normandie* interdisait toutefois aux parents de donner en gage à leur bâtard; mais il faut se rappeler qu'il leur était également défendu de lui vendre ou de lui aliéner à un autre titre une chose quelconque. Si un père avait passé un contrat de ce genre avec son bâtard, les héritiers auraient eu le droit de réclamer le bien dans l'an et jour du décès du père (5).

Le système de garantie du droit romain avait, on l'aura remarqué, à peu près disparu pendant la première moitié du moyen âge, même dans les pays du Sud. Puis ensuite quelques principes romains s'infiltrèrent çà et là et, enfin, il se produisit une poussée qui fit admettre presque partout la théorie romaine des privilèges et des hypothèques. C'est ainsi que les anciennes coutumes ne connaissaient pour ainsi dire pas le gage ni l'hypothèque dérivant de la loi; mais dans les pays du Midi on vit apparaître pour les meubles le droit de préférence du fisc, de la femme à raison de sa dot, du bailleur,

p. 277. — *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 311 et 312. — *Leges municipales Arelatis*, art. 120, dans Giraud, t. II, p. 227.

(1) Beaumanoir, chap. 51, n<sup>o</sup> 7, t. II, p. 277.

(2) Statuts d'Arles, art. 11.

(3) Voy. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 129. — Il ne faut pas confondre avec ces pléges de corps ou otages de droit privé, les otages qui se donnaient de nation à nation. Voy. Lacurne de Sainte-Palaye, t. VIII, p. 123.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n<sup>o</sup> 55, t. I, p. 52.

(5) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 36, éd. de Gruchy, p. 112.

suivant les principes du droit romain (1). Des ordonnances royales consacrerent aussi le privilège du fisc (2). Les coutumiers admirent enfin quelques-uns de ces privilèges, mais il ne faudrait pas croire, comme l'ont dit certains auteurs, que tous les privilèges établis sur les meubles aient été empruntés au droit romain. Beaumanoir accorde privilège ou hypothèque, ou pour mieux dire garantie spéciale, car il a soin d'éviter les deux premiers termes, pour le paiement des loyers, au bailleur d'une maison sur les meubles qui la garnissent et au bailleur d'une ferme sur la récolte. Ce sont évidemment là des emprunts faits au droit romain. Mais en outre « et par coutume », le bailleur d'une maison peut lui-même se mettre en possession sans s'adresser à la justice (3). Dans l'ancienne coutume de Paris, nous voyons accorder privilège aux hôteliers pour paiement des dépenses des voyageurs sur les effets de ces voyageurs; aux marchands de l'eau de Paris sur les bateaux, comme garantie des malversations des bateliers. Ces privilèges ne viennent évidemment pas du droit romain, pas plus que le droit de saisie privée par voie d'arrêt reconnu aux bourgeois et habitants de Paris sur les biens de leurs débiteurs forains (4). On doit en dire autant du privilège de premier saisissant (5).

L'ancienne coutume de Paris avait, au contraire, manifestement emprunté au droit romain l'action en revendication reconnue au vendeur d'une chose mobilière, toutes les fois qu'il n'avait pas accordé terme à l'acheteur et qu'il n'avait pas été payé du prix au moment de la livraison. Cette revendication pouvait même être intentée contre les tiers, par dérogation au principe général suivant lequel les meubles n'avaient pas de suite; cette dérogation prouve, elle aussi,

(1) Voy. Ancienne coutume de Montpellier, art. 12, 36, 41; Ancienne coutume d'Alais, art. 7; Statuts de Salon, dans Giraud, p. 265.

(2) Voy. *Recueil du Louvre*, t. I, p. 399 et t. II, p. 95.

(3) Beaumanoir, chap. 34, n° 16, t. II, p. 9.

(4) *Coutumes notoires*, n°s 49, 50, 154, 155. — Desmares, *Décisions*, n°s 176 et 238. — *Constitutions du Châtelet*, § 8. — Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XV, p. 171.

(5) *Coutumes notoires*, n°s 76 et 132.

que nous sommes en présence d'une institution romaine (1).

Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* énumèrent comme créanciers privilégiés, les églises, les mineurs, les femmes pour leur douaire, le premier saisissant, etc. Il y a évidemment là un mélange de droit romain et de droit coutumier (2).

Les coutumiers s'inspirent aussi du droit romain lorsqu'ils disent que les créanciers privilégiés ou hypothécaires sur les meubles passent avant les créanciers chirographaires, lesquels viennent seulement au marc le franc; mais ils ne classent pas encore les créanciers privilégiés entre eux (3). A vrai dire ils ne distinguent pas le privilège de l'hypothèque légale et disent que ces créanciers préférés viennent par ordre de date (4).

Les privilèges et hypothèques légales du droit romain sur les immeubles, généraux ou spéciaux, eurent encore plus de succès et passèrent presque tous du droit romain soit dans nos pays du Midi, soit dans nos coutumes du Nord, inême dans les pays de saisine et de nantissement. C'est ce qu'on admit notamment au profit du fisc, de la femme pour sa dot, son douaire, ses remplois, du mineur sur les biens de son tuteur et on y rattacha le privilège du seigneur pour le prix de ses redevances foncières ou féodales (5).

La modification la plus large apportée par le droit romain à l'ancien système des sûretés réelles tient surtout à l'introduction de l'hypothèque. L'époque de cette innovation n'est pas douteuse; c'est celle de la renaissance du droit romain en France. Mais on est loin de s'entendre sur la question de

(1) Voy. *Coutumes notoires*, nos 141 et 159. — Desmares, *Décisions*, n° 195.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1095, t. II, p. 514; I, n° 369, t. III, p. 485.

(3) Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, nos 327 et suiv.; t. I, p. 591; F, n° 1101, t. II, p. 415; L, nos 264 et suiv., t. IV, p. 253.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 1035 et 1096, t. II, p. 414.

(5) Coutume de Montpellier, art. 12. — *Coutumes notoires*, nos 20 et 62. — Desmares, *Décisions*, nos 94, 132, 137, 160, 175, 215, 218. — *Grand Coutumier de France*, liv. II, chap. 17. — Coutume de Péronno, art. 269; Coutume de Laon, art. 124; Coutume de Reims, art. 182.

savoir comment l'hypothèque romaine a pénétré parmi nous. Elle apparait à l'origine sous la forme de l'obligation du bien et paraît avoir été plus spécialement pratiquée sur les immeubles. Aussi les textes les plus anciens parlent toujours de l'obligation du bien ou des biens et évitent même d'employer le terme hypothèque; la clause relative à cet engagement s'appelle *clause obligatoire*. Elle peut porter soit sur tel immeuble, soit sur tous les immeubles du débiteur, mais il n'est pas encore question des meubles (1). D'ailleurs, que l'hypothèque fût spéciale ou générale, elle supposait toujours la convention formelle des parties, du moment qu'elle n'était pas établie par la coutume ou par un emprunt fait au droit romain. Cette convention pouvait-elle être faite en une forme quelconque ou bien constate-t-on dès cette époque le germe de la règle qui fit plus tard de la constitution d'hypothèque un contrat solennel et exigea la rédaction d'un acte notarié? Il semble bien qu'il n'y eût pas à l'origine uniformité sur ce point. Mais, en général, cependant, la clause obligatoire devait se trouver dans un acte sous sceau, de sorte que celui qui n'avait pas un sceau à sa disposition était obligé de se rendre devant son seigneur pour constituer hypothèque spéciale ou générale (2).

L'hypothèque générale était beaucoup moins avantageuse que l'hypothèque spéciale, soit au point de vue du droit de suite, soit sous le rapport du droit de préférence. En vertu de cette hypothèque générale, les biens deviennent le gage du créancier; mais le débiteur n'en conserve pas moins le droit d'en disposer au profit des tiers, pourvu qu'il ne commette aucune fraude. Ainsi l'acquéreur à titre onéreux sera à l'abri de l'action des créanciers; mais si le débiteur a fait une donation en vue de leur nuire, ils pourront en obtenir la nullité en justice. D'ailleurs, Beaumanoir recommande au seigneur

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 35, n° 2, t. II, p. 40.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 35, nos 2, 17 et suiv., t. II, p. 40 et 47. — Bou-teiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25. — Durant, *Speculum juris*, lib. II, pars 2, n° 298.

de surveiller les débiteurs qui vendent leurs immeubles, pour les empêcher de frauder leurs créanciers; il lui reconnaît même le droit de se faire remettre le prix par l'acheteur pour le transmettre aux créanciers (1). Mais, ceux-ci doivent respecter les aliénations à titre onéreux et les engagements des immeubles. D'un autre côté, entre eux, ces créanciers à hypothèque générale viennent au marc le franc, notamment si le débiteur leur a fait cession de biens; mais ils n'en conservent pas moins leurs créances pour le reliquat et si le débiteur acquiert de nouveaux biens, les créanciers pourront les saisir en vertu de leurs hypothèques générales (2). En résumé, cette hypothèque générale ne donne droit de suite que contre les actes frauduleux à titre gratuit; elle ne produit pas droit de préférence, mais en tant qu'elle porte sur les immeubles, elle permet aux créanciers de les saisir directement, tandis que s'ils ne leur étaient pas donnés en garantie, les créanciers devraient d'abord attaquer les meubles, puis mettre le débiteur en demeure de vendre ses héritages dans les quarante jours, et à son défaut ils devraient s'adresser au seigneur pour que celui-ci les aliénât (3).

L'hypothèque générale avait sans doute l'avantage de porter sur les biens à venir, comme sur les biens présents (4), mais il est facile de comprendre qu'à mesure que les immeubles devenaient plus facilement accessibles aux créanciers, l'hypothèque générale perdait une partie de son utilité. D'un autre côté, la clause obligatoire était devenue de bonne heure de style dans la plupart des lettres sous sceau et elle emportait de plein droit hypothèque générale (5). On en arriva même dans certains pays à sous entendre la clause

(1) Voy. Beaumanoir, chap. 54, n° 6, t. II, p. 311; chap. 70, n° 10 et 11, t. II, p. 501 et 502.

(2) Beaumanoir, chap. 54, n° 6, t. II, p. 311.

(3) Beaumanoir, chap. 54, n° 9, t. II, p. 314.

(4) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 102, p. 586.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1097 et 1101, t. II, p. 414 et 415. — Toutefois, il fallait que ces lettres ne remontassent pas à plus de trente ans. Voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1103 et 1108, t. II, p. 416 et 417.

obligatoire et à décider que toute obligation contractuelle entraînerait hypothèque générale. Bouteiller nous apprend « qu'au pays de Champagne, de Brie et d'environs, là a lieu obligation par hypothèque : car aussi tost que l'homme est oblige, hypothèque s'y assiet (1) ». L'hypothèque générale perdit peu à peu cette infériorité sur l'hypothèque spéciale, mais ce fut seulement au commencement de la période suivante.

L'hypothèque spéciale produisait déjà, au temps de Beaumanoir, le droit de suite et le droit de préférence. Le grand jurisconsulte du Beauvoisis nous apprend de la manière la plus formelle qu'en cas d'hypothèque spéciale, les aliénations, charges réelles, engagements, consentis ensuite par le débiteur, ne sont pas opposables au créancier (2). Les créanciers à hypothèques spéciales passaient avant ceux à hypothèques générales et venaient entre eux d'après les dates de leurs hypothèques (3).

Si le débiteur avait aliéné l'immeuble hypothéqué, le créancier à hypothèque spéciale pouvait invoquer son droit de suite contre le tiers acquéreur; en cour d'Église on reconnaissait à ce tiers acquéreur le bénéfice de discussion toutes les fois que le débiteur principal vivait encore et était solvable, mais on le lui refusait en cour laïque (4). Nous verrons bientôt que le droit de suite ne fut jamais admis sur les meubles.

D'un autre côté, le créancier non payé ne pouvait faire vendre le bien hypothéqué qu'en observant les formalités de justice. Mais le consentement du débiteur pouvait l'en dispenser, à la différence de ce qui a lieu de nos jours, où la voie parée est interdite par le Code de procédure (5).

On avait emprunté au droit romain le principe de l'indivisi-

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 138.

(2) Beaumanoir, chap. 54, n° 5, t. II, p. 310, et chap. 70, n° 11, t. II, p. 502.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 136. — Voy. encore sur ces effets de l'hypothèque, Beaumanoir, chap. 54, n° 5, t. II, p. 309; chap. 70, n° 11 et 12, t. II, p. 502. — *Ancien coutumier d'Artois*, tit. 5. — *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 308. — *Coutume de la ville et septaine de Bourges*, chap. 155.

(4) *Livre des droitz et des commandemens*, nos 621 et 994.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1087, t. II, p. 411.

bilité de l'hypothèque, de sorte que le créancier, après la mort du débiteur, pouvait agir pour le tout contre l'héritier qui possédait tout ou partie des biens hypothéqués. Mais, d'ailleurs, l'indivisibilité était de la nature et non de l'essence de l'hypothèque ; le créancier et le débiteur pouvaient l'écarteler par une convention contraire (1).

En principe, toute créance pouvait être garantie par hypothèque, pourvu qu'elle ne fût pas contraire à la coutume ni aux bonnes mœurs (2). Il va sans dire aussi qu'on pouvait donner une hypothèque en garantie de la dette d'autrui.

La constitution d'hypothèque pouvait être faite en une forme quelconque, par acte authentique ou sous seing privé, ou même par simple convention verbale, qu'il s'agit d'hypothèque spéciale ou d'hypothèque générale (3). C'est seulement au xvi<sup>e</sup> siècle qu'on posa comme principe général qu'une hypothèque ne peut être établie sur un immeuble que par acte public ; mais alors on admit aussi que tout acte notarié emporte par lui-même hypothèque générale sur l'ensemble du patrimoine du débiteur (4). D'ailleurs, déjà au moyen âge, il y avait des coutumes qui s'écartaient du droit commun. Ainsi à Toulouse, l'hypothèque connue sous le nom spécial de *poderagium*, devait être constituée par acte public (5). Mais c'étaient surtout les pays de saisine et de nantissement, dont

(1) Sur le principe de l'indivisibilité de l'hypothèque et sur ses exceptions, voy. *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n<sup>os</sup> 321, 322, 325, t. I, p. 587 ; F, n<sup>os</sup> 1098, 1099, 1102, t. II, p. 414 ; I, n<sup>os</sup> 360, 361, 364, t. III, p. 477 ; L, n<sup>o</sup> 238, t. IV, p. 242. — Voy. aussi Jean Le Coq, *Questions*, n<sup>o</sup> 64. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 167.

(2) Beaumanoir, chap. 34, n<sup>os</sup> 2, 3, 14, 15, 53, t. II, p. 2, 8, 31. — *Ancien coutumier d'Artois*, tit. 5 et 22.

(3) Beaumanoir, chap. 38, n<sup>o</sup> 11, t. II, p. 80. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 25, 9), 91. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 136. — Coutume de la ville et septaine de Bourges, art. 27. — Coutume de Montpellier, art. 12.

(4) Voy. l'ordonnance de 1539, art. 92 ; Coutume de Paris, art. 107, 164, 165. — Guy-Coquille, *Questions*, n<sup>o</sup> 192. C'est aussi au xvi<sup>e</sup> siècle seulement qu'a paru l'hypothèque judiciaire. Voy. Esmein, *Études sur les contrats dans le très ancien droit français*, p. 227.

(5) Ancienne coutume de Toulouse, art. 109.

il sera bientôt parlé, qui faisaient de la constitution d'hypothèque, un contrat à la fois public et solennel.

Partout on exigeait le consentement du seigneur pour que l'hypothèque fût valablement établie sur un immeuble qui constituait une tenure féodale (1). A Toulouse, le viguier ou le seigneur intervenait, suivant que l'immeuble engagé était un alleu ou une tenure féodale (2).

L'hypothèque prenait naturellement fin dès que la dette était payée ou autrement éteinte. Le créancier pouvait aussi y renoncer spontanément et on considérait comme un acte de cette nature sa participation et son consentement à la vente du bien par le débiteur (3).

L'hypothèque s'éteignait aussi par la prescription de trente ans, que l'immeuble fût resté entre les mains du débiteur ou qu'il fût passé entre les mains d'un tiers acquéreur; celui-ci pouvait même se prévaloir de la prescription de dix ans s'il était de bonne foi; mais le créancier évitait ce danger au moyen de l'action en reconnaissance d'hypothèque, qui interrompait la prescription (4).

C'est aussi à la fin de notre période, qu'apparaît le principe suivant lequel un décret nettoie les hypothèques (5).

On voit par ce qui précède à quel point avaient pénétré les principes du droit romain dans l'organisation du régime hypothécaire. Ils se heurtèrent cependant à deux obstacles infranchissables; mais l'un resta propre à quelques contrées, tandis que l'autre fut général. D'une part, certaines provinces refusèrent toujours d'admettre que l'hypothèque pût se constituer sur les immeubles, par le seul échange du consentement du créancier et du débiteur, avec l'assentiment

(1) Beaumanoir, chap. 34, n° 30, et chap. 54, n° 5, t. II, p. 17 et 309. — Bou-teiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 136.

(2) Ancienne coutume de Toulouse, art. 109, 111, 131, 142.

(3) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 690.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 103 et 114, t. II, p. 416 et 420. — *Livre des droiz et des commandemens*, n°s 690 et 765. — Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XV, p. 170.

(5) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1113, t. II, p. 419. — Cpr. *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, loc. cit.

du seigneur. Dans ces provinces, l'ancienne forme de l'ensaisinement se maintint au moyen de procédés qui pouvaient parfois varier dans les détails, mais qui supposaient tous une mise en saisine, un nantissement au moyen de symboles. Il n'était pas d'ailleurs nécessaire que le créancier fût mis en possession effective, mais on exigeait que le contrat eût une certaine publicité. Ainsi en Artois l'hypothèque était constituée devant le juge du lieu où l'immeuble était situé (1). On appelait ces coutumes *pays de nantissement* ou encore de *west et de dewest*, bien que la remise au créancier ne fût pas nécessaire et parce que ces formalités étaient dérivées de l'ancien ensaisinement. Elles avaient l'avantage considérable de rendre les hypothèques publiques; mais, d'un autre côté, dans ces provinces, on ne pouvait pas connaître l'hypothèque générale résultant de plein droit de lettres obligatoires ou même de lettres quelconques (2). Ces pays de nantissement appartenaient surtout au nord de la France; ce régime de publicité était notamment consacré par les coutumes d'Artois, de Valois, de Vermandois, de Reims, de Calais, de Senlis, de Clermont, d'Amiens, de Péronne, de Ponthieu (3). Dans le Centre et dans le Midi, le système romain avait prévalu (4).

La résistance au droit romain fut tout à fait générale en matière mobilière. Sans doute, on admit l'hypothèque sur les meubles, mais on la soumit à l'application de la règle générale d'origine germanique, d'après laquelle le possesseur d'un meuble non volé ni perdu est à l'abri de toute action, même de l'action en revendication du véritable propriétaire: *meubles n'ont pas de suite*, disait-on à cette époque. On en conclut naturellement que le créancier hypothé-

(1) *Ancien coutumier d'Artois*, tit. 22, éd. Tardif, p. 61.

(2) « Cette hypothèque n'a pas lieu en tous pays : car plusieurs lieux y a où on n'en use point comme en Vermandois, en Amiennois, en la Chastellerie de l'Isle, en Tournesis, en la terre de Mortaigne, et Saint Amand, en ces pays n'a lieu hypothèque. » Bouteiller, *Somme rural*, liv. 1, tit. 25, p. 138.

(3) Voy. par exemple, *Coustume des pays de Vermandois*, n° 77, éd. Beaupré, p. 48.

(4) On aura cependant remarqué qu'à Toulouse, le *poderagium* ne pouvait être constitué qu'au moyen d'un acte public.

caire sur un meuble ne pouvait pas non plus le saisir entre les mains des tiers; son hypothèque était alors éteinte et il faut en dire autant du droit de gage et de privilège. Toutes ces garanties mobilières ne produisaient effet et droit de préférence qu'autant que les meubles étaient encore entre les mains du débiteur (1). Mais, bien entendu, on admettait, au profit du créancier gagiste ou hypothécaire, le droit de suite dans des circonstances analogues ou identiques à celles qui auraient permis au débiteur d'intenter l'action en revendication. Ce n'était pas là, comme on l'a dit parfois à tort, un emprunt au droit romain, mais une application des vieilles règles germaniques qui elles-mêmes admettaient le droit de suite dans des cas exceptionnels. Ce qu'on a pris au droit romain, dans certaines coutumes, notamment dans la coutume de Paris, c'est le droit reconnu au vendeur d'un objet mobilier qui n'a pas été payé du prix et qui n'a pas suivi la foi de l'acheteur, de revendiquer ce meuble entre les mains de toutes personnes (2). Sous ce rapport le droit romain réalisa un certain progrès. Mais à un autre point de vue il éprouva dans la suite un échec assez grave, en ce sens que la plupart des coutumes finirent pas repousser complètement l'hypothèque sur les meubles, même au point de vue du droit de préférence. L'hypothèque mobilière, limitée à ce droit, ne se maintint que dans les pays de loi romaine et dans quelques pays de coutume et, chose curieuse, la même formule: *meubles n'ont pas de suite par hypothèque*, fut employée dans tous les pays, de sorte qu'elle signifiait suivant les pays, ou que l'hypothèque des meubles produisait seulement droit de préférence, ou que les meubles n'étaient pas susceptibles d'hypothèque.

(1) Voy. sur ces divers points, *Très ancienne coutume de Bourges*, art. 55, dans Richebourg, t. III, p. 880. — Terrien, sur l'ancienne coutume de Normandie, p. 258. — Boyer, *Consuetudines biturennes, des coutumes touchant prescription*, § 7. — Bessian de Pressac, *Arvernorum consuetudines*, chap. 17, art. 1, p. 125. — Fabre, *Codex Fabrianus*, lib. VI, tit. 34. — Desmares, *Décisions*, n° 165. — *Coutumes notoires*, n° 23. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, E, n° 288, t. I, p. 564; F, n° 1093, t. II, p. 413.

(2) *Coutumes notoires*, n°s 141 et 159. — Desmares, *Décisions*, n° 195. — Cpr. Coutume de Paris, art. 176.

## § 16. — AUTRES GARANTIES : ACTE SOUS SCEAU ; SERMENT ; FOI.

Les coutumiers indiquent aussi parmi les moyens de garantir une obligation, la rédaction d'un acte sous sceau et le serment. L'acte sous sceau fut, comme on l'a vu, un des modes de formation des contrats tant que se maintint l'ancien formalisme. Même après cette époque, il demeura un moyen de preuve fort commode. Enfin, il assurait aux créanciers une voie d'exécution rapide et c'est sous ce dernier point de vue qu'on l'envisage lorsqu'on le considère comme une manière de garantir l'obligation. Mais on sait que les gentilshommes seuls avaient des sceaux auxquels étaient attribuée cette force obligatoire, et que les hommes de poeste étaient obligés de recourir au sceau de leur seigneur ou de leur souverain et qu'en général ils prenaient des lettres du bailli (1).

Lorsqu'une dette était constatée par sceau et reconnue par le débiteur, le juge donnait immédiatement l'ordre à ce débiteur d'exécuter la lettre dans la quinzaine, sinon il faisait vendre sans délai ses meubles et cateux, jusqu'à concurrence du montant de la dette; on pourra même vendre les héritages s'ils ont été spécialement obligés à la dette et en cas d'insuffisance des cateux. S'ils n'ont pas été donnés en garantie, le seigneur commence par y mettre des gardes pendant quarante jours et si au bout de ce temps le débiteur n'a pas acquitté son engagement, son souverain lui ordonne de vendre dans les quarante jours suivants; le débiteur se montre-t-il encore récalcitrant, c'est le souverain qui vend lui-même ou qui attribue à dire d'experts, au créancier, les immeubles nécessaires à l'acquittement de la dette (2).

(1) Voy. ce que nous avons dit précédemment, voy. t. VI, p. 555. — Cpr. Beaumanoir, chap. 35, n<sup>os</sup> 10, 18, 23, t. II, p. 44, 48, 52.

(2) Voy. Beaumanoir, chap. 35, n<sup>o</sup> 2, t. II, p. 40. Beaumanoir ajoute que si le débiteur est un titulaire de fief et le créancier un homme de poeste, et si l'on ne trouve pas un gentilhomme disposé à acheter le fief, le seigneur doit attribuer au créancier seulement les issues, c'est-à-dire la jouissance du fief. Voy. aussi Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 136. — *Anciennes coutumes*

Dans la suite, l'apposition d'un sceau fut assimilée à une signature privée et dès lors il devint impossible de considérer les lettres sous sceau comme une garantie spéciale des obligations (1).

Le droit canonique avait fait du serment promissoire un véritable contrat formaliste qui se répandit très rapidement à raison de l'esprit religieux du temps. En l'organisant ainsi, il s'était inspiré à la fois du droit romain et de la *fides facta* germanique. Bien que le serment fût un engagement envers Dieu, il produisait cependant des effets au profit de celui qui l'avait fait prêter et le droit canonique l'autorisait à les faire valoir sous forme d'action ou d'exception. Mais l'Église n'ayant pas à sa disposition les voies d'exécution sur la personne ou sur les biens, elle ne pouvait en garantir l'efficacité que par les sanctions ecclésiastiques ordinaires. En outre, le serment étant un engagement essentiellement personnel, ne liait pas l'héritier du promettant, même s'il garantissait une créance. D'ailleurs le serment pouvait porter sur tout fait qui n'était pas contraire à la morale et il était, comme le vœu, valable même lorsqu'on le prêtait sans cause.

Ce serment canonique avait, comme la stipulation romaine, une fonction novatoire. Confirmait-il une obligation valable, tous les anciens effets de cette obligation étaient maintenus, et, en outre, le serment en ajoutait de nouveaux, compétence ecclésiastique, menace des peines du parjure. Rendait-il, en outre, la créance imprescriptible, retirait-il le droit d'opposer la compensation, couvrait-il la nullité de l'obligation? Tous ces points étaient controversés parmi les canonistes (2).

Le droit coutumier accepta cette garantie du serment pro-

*d'Anjou et du Maine*, E, n° 324, t. I, p. 589, où il n'est même plus parlé de la discussion préalable des meubles.

(1) Dumoulin n'admet exception que pour les sceaux des plus grands seigneurs, sur la coutume de Paris, art. 8, glose I, n°s 12 et 13. Cpr. Ordonnance de Moulins, art. 54.

(2) Voy. sur cette question en droit canonique, l'article de M. Esmein, *Le serment promissoire dans le droit canonique*, dans la *Nouvelle Revue historique de droit français et étranger*, t. XII, p. 248.

missoire, admit même qu'elle pouvait valider les obligations entachées de nullité et reconnut compétence aux juridictions ecclésiastiques pour les difficultés naissant du serment (1), à moins qu'il ne s'agit de fiefs. On ne tarda toutefois pas à constater que cette compétence ecclésiastique enlevait un grand nombre d'affaires aux justices laïques. Aussi demanda-t-on à maintes reprises qu'il fût défendu aux notaires de recevoir les serments des parties destinés à confirmer les contrats. Il est possible que cette prohibition ait été déjà édictée par Philippe-Auguste pour les contrats passés dans les foires et marchés (2). Il est certain qu'au temps de Philippe le Bel on s'efforçait d'empêcher les notaires de recevoir les serments, mais le roi défendit ces procédés (3). Au xv<sup>e</sup> siècle, Benedicti admettait que le roi pouvait interdire aux notaires de recevoir les serments confirmatifs des obligations valables, mais non ceux qui devaient valider les obligations entachées de nullité (4). Malgré tout, le roi n'édicta pas de prohibition générale et dans la suite cette défense devint inutile, puisqu'on étendit aux matières personnelles, la règle qui avait toujours été admise en matière de fief, que les laïques relèvent seulement de la justice laïque pour leurs contrats, même dans les cas où ces contrats ont été confirmés par serment; celui-ci n'était qu'une garantie accessoire qui ne pouvait modifier les règles ordinaires de la compétence. En outre, dès le xvi<sup>e</sup> siècle, le roi avait accordé des lettres de rescision ou de restitution contre les contrats nuls, mais confirmés par serment, sous la condition toutefois « que le suppliant soit dispensé de son prélat

(1) *Établissement entre les clercs, le roi et les barons*, dans le *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 39. — Ordonnance du 15 mai 1315, art. 11, *ibid.*, t. 1, p. 565. — Les coutumiers n'étaient pas d'accord sur les effets du serment vis-à-vis des obligations nulles. Tantôt le serment les validait, d'autres fois, le serment était seul obligatoire. Voy. Coutume de Montpellier, de 1204, art. 69 à 91. — *Beaumanoir*, chap. 16, n<sup>o</sup> 8, t. 1, p. 266. — *Livre des droitz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 212, 688, 848.

(2) Voy. à cet égard, Fournier, *Les officialités au moyen âge*, p. 87.

(3) Ordonnance du 3 mai 1302, art. 26, dans le *Recueil du Louvre*, t. 1, p. 344.

(4) Benedicti, *Repetitio*, vis *Duas habens filias*, n<sup>o</sup> 247, cité par M. Esmeio, *op. cit.*, t. XII, p. 335.

ou autre ayant puissance du serment par lui prêté en passant le dit contrat (1) ».

Les *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine* nous apprennent que le vendeur ayant fait serment d'exécuter la vente, ne peut en obtenir ensuite la rescision pour cause de lésion qu'après avoir été relevé de son serment par son prélat et avoir obtenu des lettres de relèvement du roi (2). Mais certains autres coutumiers, plus hardis, décident déjà que celui qui a juré de tenir une convention passée sous l'empire de la violence ou de la peur, n'est pas lié par son serment (3).

Le droit coutumier reconnaissait aussi l'engagement solennel sur la foi, sans prestation de serment. Cette foi solennelle paraît bien avoir été tout simplement l'ancienne *fides facta* de l'époque germanique (4). Cette foi ou *stance* se donnait en une forme solennelle : le promettant tendait ou étendait la main, suivant un usage antique (5). Certains textes paraissent admettre que le serment lie plus rigoureusement que la foi. Ainsi celui qui a promis sur sa foi de payer des usures, peut acquérir « que sa foi lui soit lâchée » ou s'il paye les usures, l'Église peut les réclamer; dans ce cas donc le créancier peut relever le débiteur de sa foi et la lui rendre. Mais si le promettant a juré de payer les usures, le créancier a toujours le droit de l'y contraindre; il ne peut pas remettre le serment au débiteur et celui-ci n'a le droit de le rendre qu'à Dieu. Si c'est l'Église qui l'a reçu, le créancier peut ensuite être tenu à restitution des usures par justice d'Église (6).

(1) *Songe du Verger*, II, 175. — *Coutumes notoires*, n° 13. Cette dispense du prélat devint une simple formalité et disparut même à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 638, t. II, p. 234.

(3) Beaumanoir, chap. 34, n° 38, t. II, p. 21. — *Livre des droitz et des commandemens*, n° 41, p. 343.

(4) Le droit canonique reconnut longtemps que cette foi équivalait à un serment; mais au XVI<sup>e</sup> siècle on se refusa à cette assimilation, à moins que le promettant n'eût eu en vue sa foi de chrétien. Voy. Covarruvias, *Opera*, p. 249.

(5) Voy. à titre d'exemple, Bigelow, *History of procedure in England*, appendice, n° 13. — Beaumanoir, chap. 60, n° 5, t. II, p. 366. — *Établissements de Saint Louis*, liv. I, tit. 31, et les nombreux textes cités par Lacurne de Sainte-Palaye, v<sup>o</sup> *Fiance*.

(6) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n°s 585 et 586, t. II, p. 217. — *Livre des droitz et des commandemens*, n°s 42 et 212, t. I, p. 343 et 395.

§ 17. — SOURCES DES OBLIGATIONS AUTRES QUE LE CONTRAT : QUASI-CONTRAT, DÉLIT, QUASI-DÉLIT.

Les obligations ne naissent pas seulement des contrats, elles résultent aussi parfois de quasi-contrats, c'est-à-dire de faits que la loi assimile à des contrats, des délits, c'est-à-dire de faits illicites qui nuisent injustement à autrui, et même de quasi-délits.

La théorie des quasi-contrats ne s'est nettement établie dans nos coutumiers que par des emprunts faits au droit romain. On admit sans difficulté que le paiement de l'indu autorise celui qui l'a fait à répétition, mais il doit d'ailleurs faire la preuve de l'*indebitum* et il ne serait pas admis à prouver que le jugement en vertu duquel il a payé était entaché d'erreur, car ce serait porter atteinte à l'autorité de la chose jugée (1).

De même que le paiement indu est un fait qui se rapproche du contrat de prêt, de même la gestion d'affaires est un fait qui ressemble au mandat. Beaumanoir a bien soin de recommander de ne pas se mêler trop facilement de l'administration des biens d'autrui; la gestion d'affaires, dit-il, est très périlleuse, car le gérant s'engage envers le géré, sans que le géré soit nécessairement obligé vis-à-vis du gérant, ni à l'égard des tiers. En réalité, le géré est libre de ratifier ou non les actes passés par le gérant (2). Cependant si le géré a profité de l'administration d'autrui, le gérant a le droit de se faire indemniser de ses dépenses par l'action que Bouteiller appelle « *action de besogne faite* » (3). D'un autre côté, la gestion d'affaires produit des effets plus rigoureux lorsqu'il s'agit de communistes dont l'un a géré l'affaire de tous; dans ces circonstances, celui qui a fait le travail ou la dépense a

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 503, t. II, p. 192. — Cpr. t. IV, p. 33. — *Livre des droiz et des commandemens*, n° 196. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 61, p. 377.

(2) Beaumanoir, chap. 29, n° 12, t. I, p. 402. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 53, p. 354.

(3) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27, p. 156.

le droit de s'attribuer tous les revenus du bien jusqu'à parfait paiement des parts des autres, si ceux-ci ne veulent pas s'acquitter spontanément (1).

Bouteiller rapproche des quasi-contrats l'obligation qu'il appelle *pitoyable*, c'est-à-dire celle dont est tenu une personne à raison d'un service qui lui a été rendu, comme si un père, un frère, un cousin, a racheté son fils, son frère, son cousin, de captivité (2).

Si l'on veut se rendre un compte exact de la notion des délits, telle que la comprenaient nos anciens coutumiers avant l'influence dominante du droit romain, il faut se reporter à l'ancien coutumier de Normandie. Il entend par *tort fait* tout préjudice causé injustement à autrui et, dit-il, les procès naissent des torts, comme les ruisseaux de la fontaine (3). Il y a deux sortes de torts ; les uns sont causés à la personne et les autres aux biens ; en outre les premiers consistent dans des voies de fait ou dans des paroles.

Celui qui se plaint d'une voie de fait, par exemple d'avoir été battu par son adversaire, doit faire sa preuve par témoins *de visu et auditu*. Mais ensuite le défendeur peut se disculper par son serment et par celui de ses cojureurs. Le nombre de ces cojureurs varie suivant la qualité du demandeur. Si le défendeur succombe, il encourt une amende dont le taux dépend de la nature des voies de fait : cinq sous pour un « coup de paume » ; douze deniers pour un coup de poing ; dix-huit sous pour « abature à terre » ; trente-six sous pour plaie de sang, le tout en supposant qu'il s'agisse de simples particuliers. « Se aulcun est atteint de telle querelle contre chevalier, il luy doibt amender par plaines armes, c'est par le cheval, par le haulbert, par escu, par espée, et par le heaulme. Et se cil à qui le mesfaict fust fait n'est pas chevalier et n'a point de fief de haubert, mais dessert son fief

(1) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 217, t. II, p. 105. — Cpr. les n°s 216, 218 et suiv., où le coutumier se borne à copier le droit romain. Voy. aussi Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 53, p. 354.

(2) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 143.

(3) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 51, éd. de Gruchy, p. 131.

par plaines armes, l'amende luy doibt estre faicte par ung roucin, par ung gamboison, par ung chapel et par une lance. Et doibt l'en sçavoir que (à) tous ceulx, qui desservent leurs fiefs par service d'armes, leur doibvent estre faictes amendes par telles armes comme ils doibvent porter à l'arrière-ban au Duc (ou) pour acquicter leurs fiefs. » En outre, le perdant encourt une amende au profit du seigneur devant la cour duquel il a plaidé (1). Ces témoins formalistes du demandeur, ces cojureurs du défendeur, ce taux des amendes, sont autant de preuves de l'ancienneté de ces principes qui remontent directement à l'époque franque.

Pour les injures verbales, l'influence romaine apparait déjà dans le *Grand Coutumier de Normandie*; il distingue en effet deux espèces d'injures : les injures criminelles et les injures simples. Les premières consistent à reprocher à un homme un fait qui, s'il était vrai, lui ferait encourir la peine de mort ou la perte d'un membre. L'auteur de l'injure criminelle est admis à faire la preuve du fait qu'il impute à son adversaire. Mais s'il ne fournit pas cette preuve, s'il avoue son mensonge, ou si ce mensonge est prouvé contre lui, le juge doit le condamner à une forte amende sur ses chattels et à l'amende honorable. Celle-ci a lieu en pleine assise ou à l'église, un jour de fête solennelle. Le coupable doit prendre son adversaire par le bout du nez et lui dire : « De ce que je t'ay appelé larron ou homicide, je ay menti, car ce crime n'est pas en toy et de ma bouche dont je le dis, je suis mensongier. » Lorsqu'il s'agit d'une injure simple, c'est-à-dire moins grave, l'amende honorable se fait devant la justice et le coupable se borne à reconnaître qu'il a parlé par folie (2).

Les torts causés aux meubles s'instruisent par simple voie c'est-à-dire par serment du défendeur ou par *loi apparente*, c'est-à-dire par duel judiciaire, selon que le meuble vaut moins ou plus de dix sous. Dans ces contestations rentrent les

(1) Voy. pour plus de détails sur cette procédure des voies de fait, *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 85, éd. de Gruchy, p. 189.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 86, éd. de Gruchy, p. 196.

vols, les larcins, les détériorations quelconques faites aux meubles (1). Quant aux torts causés aux immeubles, ils ne donnent lieu qu'aux actions possessoires sur lesquelles nous ne reviendrons pas (2).

Cette ancienne théorie s'est complètement transformée dans les coutumiers qui se sont ensuite inspirés du droit romain, mais elle a cependant laissé quelques traces. On voit alors apparaître des principes empruntés à la loi Aquilia et au système du droit romain sur les injures faites aux personnes. Mais cependant la notion du droit civil romain s'élargit, en ce sens qu'on admet qu'une action civile peut aussi naître de toute espèce d'infraction (3). Pour le tort causé à autrui, les anciennes coutumes d'Anjou et du Maine consacrent la théorie de la loi Aquilia (4). Bouteiller, de son côté, reproduit la distinction des injures en simples ou atroces et il en donne même de curieux exemples. Il a toutefois conservé le principe de l'amende honorable; l'auteur de l'injure doit s'y soumettre devant les hommes de la cour et en public, à moins qu'il ne prouve l'exactitude de ses imputations. Il encourt ensuite une amende arbitraire que le juge fixe d'après la gravité de l'injure et la condition des personnes (5).

On répond aussi du tort causé par les animaux qu'on a sous sa puissance; mais il s'agit alors plutôt d'un quasi-délit que d'un délit véritable. Quelques coutumiers font même une distinction qu'ils empruntent en partie au droit romain : si le propriétaire de la bête est coupable de faute, il ne peut se libérer qu'en payant la totalité du dommage, et les coutumiers assimilent à la faute la simple négligence; mais si aucun fait n'est imputable au propriétaire, il peut se libérer complètement au moyen de l'abandon noxal. Dans tous les cas, celui qui trouve la bête d'autrui sur sa terre, peut s'en emparer et

(1) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 87, éd. de Gruchy, p. 198 et suiv.

(2) *Grand Coutumier de Normandie*, chap. 91, éd. de Gruchy, p. 211.

(3) Voy. Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 25, p. 135.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, nos 410 et suiv., t. II, p. 160; K, nos 171 et suiv., t. IV, p. 92.

(5) Voy. sur ces divers points, Bouteiller, *Somme rural*, liv. II, tit. 26, p. 883.

la garder un jour et une nuit; il doit ensuite l'amener à la justice pour obtenir réparation du dommage, mais il a d'ailleurs le droit de rétention sur l'animal, tant que son propriétaire ne l'a pas satisfait en le payant, en lui donnant des pléges ou des gages, et la justice compétente pour statuer sur ces difficultés est celle du lieu où la bête a été prise, même si son propriétaire relève d'une autre juridiction. Nous sommes, comme on le voit, dans un cas de saisie privée, qui s'est maintenu au travers des âges, et certains coutumiers permettent même à celui qui s'est emparé de l'animal, de s'en attribuer la propriété, si le propriétaire ne l'a pas indemnisé au bout d'un certain temps (1).

#### § 18. — CAUSES D'EXTINCTION DES OBLIGATIONS.

Nous avons constaté à maintes reprises combien le droit romain avait pénétré de toutes parts dans la matière des obligations. Cependant les coutumes résistèrent avec énergie et succès contre certains principes de ce droit, relatifs à l'extinction des dettes. Le paiement n'avait soulevé aucune difficulté sérieuse. On admettait qu'il ne pouvait pas être fait par un incapable, ni à un incapable (2). Mais rien ne s'opposait à ce qu'il fût fait par un procureur ou à un procureur (3). On admettait aussi la dation en paiement (4) et la théorie de l'imputation, en cas de pluralité de dettes, est même prévue par

(1) Voy. sur ces divers points, Beaumanoir, chap. 52, n° 6, t. II, p. 288. — *Livre de justice et de plet*, liv. XIX, tit. 47, § 2. — *Très ancienne coutume de Bretagne*, chap. 281. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, A, n° 89, t. I, p. 58; F, n° 388, 410 à 421, t. II, p. 154 et 160; K, n° 156 et 157, 171 et suiv., t. IV, p. 88. — Pour le droit antérieur qui était plus rigoureux, voy. *Loi des Burgondes*, tit. XXIII, n° 4, et tit. 89, n° 2; *Loi des Visigoths*, VIII, 5; *Lois des Alamans*, tit. LXXVI, § 2 et 3; *Lois des Ripuaires*, tit. LXXXII; *Lois de Rotharis*, n° 343, 344, 349.

(2) *Livre des droitz et des commandemens*, n° 146. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 243, 791, t. II, p. 112 et 285; K, n° 117, t. IV, p. 79.

(3) Peu importe, qu'il s'agisse d'un procureur conventionnel ou d'un procureur légal, comme le tuteur du mineur, ou d'un procureur testamentaire, comme l'exécuteur testamentaire. Voy. *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 81 et suiv. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1175, t. II, p. 416.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 271, t. IV, p. 257.

certaines coutumiers (1). Mais lorsque la dation en paiement, au lieu d'être absolument volontaire, provenait de la menace d'exécution, elle était soumise à certaines restrictions qui variaient suivant les coutumes. Dans l'Anjou et le Maine, le débiteur qui avait donné un héritage en paiement pouvait le reprendre pendant un an, et le bien n'était définitivement attribué au créancier qu'après diverses formalités de justice; s'il s'agissait de meubles, il fallait les vendre (2). A Toulouse, lorsque le débiteur ne pouvait pas s'acquitter directement d'une dette de somme d'argent et qu'il possédait des immeubles, le créancier pouvait lui offrir de prendre ces immeubles en paiement, mais il devait alors en indiquer le prix et celui-ci était publié jusqu'à trois fois dans la ville à son de trompe, pour que des offres plus avantageuses pussent se produire; si elles n'étaient pas faites, le créancier prenait les immeubles en paiement, déduction faite de sa créance (3).

Pour les paiements d'arrérages et autres sommes ou choses dues à des intervalles périodiques, on admettait que le paiement de la dernière année, d'après certaines coutumes, des trois dernières années, d'après d'autres, entraînait présomption de paiement des années antérieures (4).

Le débiteur prouve sa libération par la quittance que lui a donnée le créancier et celui-ci ne pourrait faire tomber cette preuve administrée contre lui, qu'en démontrant qu'il a donné quittance sous l'empire de l'erreur, du dol ou de la violence (5).

Quant à la remise du titre faite par le créancier au débiteur, implique-t-elle paiement de la part de celui-ci, ou de la part du créancier intention de libérer le débiteur sans paiement? Beaumanoir admet l'une ou l'autre de ces présomp-

(1) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 645. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 1175, t. II, p. 416.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n° 271, t. IV, p. 257.

(3) *Ancienne coutume de Toulouse*, art. 77 et 78.

(4) *Livre des droiz et des commandemens*, n° 108. — *Ancienne coutume de Bourgogne*, chap. 66.

(5) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 49, p. 347.

tions suivant les circonstances et il attache ces mêmes présomptions à la remise volontaire du gage faite par le créancier au débiteur. Toutefois le créancier serait admis à prouver que le débiteur n'est en possession du titre ou du gage que par suite d'un vol ou à raison d'un accord intervenu entre eux et qui n'implique nullement extinction de la dette (1). Cette doctrine du grand jurisconsulte n'était pas admise par tous les coutumiers. Quelques-uns soutenaient que la remise du titre impliquait remise de la dette et ils refusaient d'attacher toute présomption de cette nature à la restitution du gage (2).

Quant aux renonciations formelles, elles devaient être faites d'une manière précise et spéciale, pour éteindre les obligations comme pour couvrir les nullités. On n'admettait pas que les renonciations conçues en termes généraux pussent produire un semblable effet (3).

Les coutumiers des derniers temps décident aussi, par un emprunt fait au droit romain, que les contrats consensuels peuvent s'éteindre par le mutuel dissentiment, c'est-à-dire par l'accord des parties de ne pas donner suite à leurs conventions, pourvu que les choses soient entières et qu'aucune des parties n'ait encore exécuté; dans le cas contraire, cette cause d'extinction ne pourrait pas se produire, car elle serait de nature à porter atteinte à des droits acquis à des tiers (4).

La prescription éteignait aussi les obligations; mais elle ne courait pourtant pas contre certains incapables, tels que les mineurs et les femmes mariées et, de plus, elle était interrompue au profit de toute partie par la contestation en cause (5). Certaines coutumes acceptèrent pour la prescription le délai de trente ans du droit romain, mais d'autres,

(1) Beaumanoir, chap. 34, n<sup>os</sup> 21 et 23, t. II, p. 12.

(2) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, L, n<sup>o</sup> 273, t. IV, p. 258.

(3) Beaumanoir, chap. 35, n<sup>o</sup> 29, t. II, p. 56. — *Anciens coutumiers de Picardie*, éd. Marnier, p. 53. — Desmares, *Décisions*, n<sup>o</sup> 154.

(4) *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>o</sup> 1179, t. II, p. 448 : « Mais si elle n'estoit entière se seroit ou prejudice d'autrui, c'est assavoir du seigneur du fié, pour ses ventes, et du lignaige au vendeur pour le retract; et pour ce si la chose n'estoit plus entière le marché ne seroit plus despicié. »

(5) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 590 et 766.

ainsi que des ordonnances royales, établirent des délais différents, plus longs ou plus courts; quelques-unes même restèrent fidèles au délai d'an et jour, d'origine germanique (1).

Le formalisme de la novation romaine fut en général écarté. On admettait sans difficulté que la novation résultait de la simple volonté ou de certains faits, sans accomplissement d'aucune forme spéciale, notamment de tout changement apporté à la dette, par exemple de la concession d'un terme, de l'acceptation d'un plége, de la condition de s'en remettre à des arbitres. Il semble bien aussi qu'on autorisait la novation par changement d'objet; elle résultait, par exemple, de la substitution d'une rente perpétuelle à la dette d'une somme d'argent (2).

La compensation et les demandes reconventionnelles étaient admises dans les pays de droit écrit et partout dans les juridictions d'Eglise. Mais les plus anciens coutumiers commencèrent par les exclure complètement. Elles avaient, en effet, pour résultat de réunir deux procès en un seul et lorsque les deux plaideurs relevaient de seigneurs différents, il en serait résulté un préjudice considérable pour le seigneur qui aurait été privé du procès de son homme couchant et levant. Aussi la prohibition des demandes reconventionnelles se maintint-elle fort longtemps (3). Par la même raison aussi, on commença par prohiber purement et simplement toute compensation (4). Bouteiller admet encore cette doctrine (5); il exclut formellement la compensation au titre 27, de son livre I : « En cour

(1) Voy. à titre d'exemples, Beaumanoir, chap. 8, t. I, p. 138. — Ancienne coutume septaine de Bourges, art. 168. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 20. — Lettres de 1372, dans le *Recueil du Louvre*, t. V, p. 562. — *Livre des droiz et des commandemens*, t. II, n<sup>os</sup> 670 et 765.

(2) *Livre des droiz et des commandemens*, n<sup>os</sup> 149, 679, 681. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n<sup>os</sup> 922, 1169, 1170, 1178, t. II, p. 329, 444 et 448. — Cpr. t. IV, p. 335, 337, 340, 363. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 26, p. 147.

(3) Voy. ce que nous avons dit à cet égard au tome précédent, p. 521.

(4) Voy. *Cour des bourgeois*, chap. 51, p. 49.

(5) Les passages dans lesquels cet auteur autorise la compensation ne sont pas de lui. Voy. liv. I, tit. 44, p. 322.

laye, n'a lieu cette action, où on use de coutume locale, c'est-à-dire en pays coutumier (1). » Ce texte de Bouteiller a été complété par un annotateur qui a ajouté : « Sinon que on ait lettres, *tunc enim debiti liquidi ad debitum liquidum fit compensatio, itaque hodie materia hæc compensationis practicatur in palatio.* » C'est qu'en effet, peu de temps après l'époque où Bouteiller écrivait, un sérieux changement s'introduisit dans la pratique. Sans admettre encore les demandes reconventionnelles, on autorisa cependant la compensation pourvu que les deux dettes fussent liquides; certains coutumiers ajoutent qu'elles doivent porter sur des choses fongibles entre elles, et tous sous-entendent bien certainement que les deux dettes sont exigibles (2).

Nos anciens coutumiers avaient admis les restitutions en entier, les demandes en rescision ou en nullité, qu'ils avaient empruntées au droit romain, en commettant d'ailleurs plus d'une fois des erreurs (3). Mais il fallait aussi, pour pouvoir invoquer ces moyens en justice, demander et obtenir au préalable des lettres de rescision délivrées par les chancelleries, moyennant finance. Pour justifier cette exigence tout à fait conforme aux intérêts du fisc, on disait que le roi, source de toute justice, pouvait seul accorder de pareils bénéfices, que le droit romain par lui-même n'était pas obligatoire et ne pouvait produire effet sans la permission du roi. Il résultait de là que de pareilles lettres cessaient d'être nécessaires lorsque la nullité ou la rescision avait sa cause dans une coutume ou dans une ordonnance royale.

(1) Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27, p. 154.

(2) *Coutumes notoires du Chastelet*, n° 111. — Desmares, *Décisions*, n° 136, 147, 187. — *Anciennes coutumes d'Anjou et du Maine*, F, n° 581, t. II, p. 216. — Bouteiller, *Somme rural*, liv. I, tit. 27 et 44, p. 154 et 322.

(3) Voy. par exemple, Beaumanoir, chap. 34, n° 3, 23 et suiv., t. II, p. 2 et 13.

# TABLE DES MATIÈRES

## DU TOME SEPTIÈME.

### QUATRIÈME PARTIE.

#### La féodalité.

(fin).

Le Droit civil.

	Pages.
Bibliographie. . . . .	v

### CHAPITRE XIII.

#### CONDITION DES PERSONNES.

§ 1 <sup>er</sup> . — Les clercs. . . . .	1
§ 2. — Les nobles. . . . .	2
§ 3. — Vilains, roturiers, bourgeois. . . . .	21
§ 4. — Esclaves et serfs. . . . .	29
§ 5. — Les étrangers. . . . .	62
§ 6. — Les lépreux . . . . .	70
§ 7. — Les Juifs . . . . .	74
§ 8. — Les Lombards . . . . .	93
§ 9. — Les bâtards; la légitimation. . . . .	96
§ 10. — Les mineurs . . . . .	108
§ 11. — La condition des femmes. . . . .	119

### CHAPITRE XIV.

#### LA FAMILLE.

§ 1 <sup>er</sup> . — Généralités; la mesnie. . . . .	141
§ 2. — Du mariage . . . . .	148
§ 3. — L'autorité paternelle. . . . .	173
§ 4. — Le bail et la garde. . . . .	182
§ 5. — Tutelles et curatelles, aliénés, prodigues, absents. . . . .	202

## CHAPITRE XV.

## LES BIENS ET LA PROPRIÉTÉ.

	Pages.
§ 1 <sup>er</sup> . — Distinction des biens; meubles et immeubles . . . . .	219
§ 2. — La propriété mobilière . . . . .	233
§ 3. — La propriété immobilière. . . . .	254
§ 4. — Les communaux et les droits d'usage. . . . .	257
§ 5. — La possession. . . . .	272
§ 6. — Les actions possessoires. . . . .	285
§ 7. — Les servitudes . . . . .	313
§ 8. — Les rentes. . . . .	321
§ 9. — Les modes d'acquérir . . . . .	332
§ 10. — Prescription . . . . .	316

## CHAPITRE XVI.

## LES BIENS DANS LEURS RAPPORTS AVEC LA FAMILLE.

§ 1 <sup>er</sup> . — La communauté entre époux et les autres régimes des pays de coutume. . . . .	358
§ 2. — Le régime dotal et les autres régimes des pays de droit écrit. . . . .	391
§ 3. — Le douaire . . . . .	393
§ 4. — Autres gains de survie. . . . .	417
§ 5. — Douaire des enfants. . . . .	420
§ 6. — Généralités sur les successions. . . . .	422
§ 7. — Succession aux meubles et acquêts. . . . .	426
§ 8. — Succession aux fiefs; droit d'ainesse. . . . .	430
§ 9. — Succession aux fiefs ( <i>suite</i> ). Exclusion des ascendants. . . . .	462
§ 10. — Succession aux fiefs ( <i>suite</i> ). Privilège de masculinité . . . . .	466
§ 11. — Succession aux alleux. . . . .	470
§ 12. — Succession aux propres . . . . .	471
§ 13. — Succession aux tenures roturières. . . . .	479
§ 14. — Principes généraux des successions communs aux pays de coutume. . . . .	480
§ 15. — Particularités. Succession au profit du puîné. . . . .	498
§ 16. — Droit de retour de l'ascendant donateur. . . . .	504
§ 17. — Pays de droit écrit. . . . .	508
§ 18. — Devoirs entre héritiers: rapport, indivision, partage. . . . .	511
§ 19. — Dérrogations aux successions <i>ab intestat</i> . Donations entre-vifs. . . . .	523
§ 20. — Donations à cause de mort. . . . .	530
§ 21. — Donations entre époux. . . . .	532
§ 22. — Le testament. . . . .	510

	Pages.
§ 23. — Réserve et légitime. . . . .	554
§ 24. — Exhérédation. . . . .	560
§ 25. — Le retrait lignager. . . . .	561

## CHAPITRE XVII.

## DES OBLIGATIONS.

§ 1er. — Formalisme des contrats ; influence du droit romain . . . . .	588
§ 2. — Modalités des obligations. . . . .	599
§ 3. — Conditions des contrats. . . . .	600
§ 4. — Principaux contrats : prêt à usage et prêt de consommation. . . . .	603
§ 5. — Les intérêts dans le prêt de consommation . . . . .	606
§ 6. — Le dépôt. . . . .	613
§ 7. — La vente. . . . .	615
§ 8. — La vente ( <i>suite</i> ) ; La cession de créance. . . . .	625
§ 9. — Échange. . . . .	627
§ 10. — Louage. . . . .	628
§ 11. — Le mandat. . . . .	634
§ 12. — La société. . . . .	639
§ 13. — Contrats aléatoires . . . . .	646
§ 14. — Contrats de garantie ; plégerie. . . . .	647
§ 15. — Gage et hypothèque. . . . .	663
§ 16. — Autres garanties : acte sous sceau, serment, foi. . . . .	683
§ 17. — Sources des obligations autres que le contrat : quasi-contrat, délit, quasi-délit. . . . .	687
§ 18. — Causes d'extinction des obligations . . . . .	691

VERIFICA  
2007

VERIFICAT  
1987

VERIFICAT  
2017

BIBLIOTECA  
CENTRALA  
UNIVERSITARIA  
BUCURESTI