



**HAL**  
open science

## La postérité des lois barbares

Bruno Lemesle

► **To cite this version:**

| Bruno Lemesle. La postérité des lois barbares. 2011. halshs-00635252

**HAL Id: halshs-00635252**

**<https://shs.hal.science/halshs-00635252v1>**

Preprint submitted on 8 Nov 2011

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## La postérité des lois barbares

Que sont les lois barbares devenues? L'une d'entre elles, la loi salique, eut l'avenir célèbre et mythique que l'on sait: exhumée au XIV<sup>e</sup> siècle par les légistes du roi de France lors de la Guerre de Cent ans, elle servit à justifier l'exclusion des femmes de la succession au royaume. Tenue alors pour loi originaire et jamais contredite de la monarchie française, elle devint dans la seconde moitié du XVI<sup>e</sup> siècle la plus importante des lois fondamentales du royaume. En réalité, le passage exhumé fut interpolé, ce qui permit de transformer une disposition successorale relative à la terre en une règle de succession à la couronne.

Il s'agissait bien d'une exhumation, dans un royaume où on ne la citait plus depuis longtemps. Remontons plutôt deux siècles en arrière pour observer son contraire, quand les lois barbares sont mises en cause. Dans un commentaire du Livre des Rois écrit entre 1179 et 1189, les *Moralia regum*, le maître anglais Ralph Niger livre le récit d'un plaid qui se déroula dans la seconde moitié du XI<sup>e</sup> siècle en présence de l'empereur Henri IV. Un certain Pepo, qui donnait des leçons de droit romain avant Irnénius, le fameux maître bolonais, se serait insurgé contre la sentence prononcée par un juge lombard à ce procès où l'on jugeait le meurtrier d'un serf. Le coupable aurait été condamné à payer une amende pécuniaire, suivant le principe de la loi lombarde en vigueur dans le royaume d'Italie<sup>1</sup>. Or Pepo invoque, pour un tel acte, la peine capitale, soutenant qu'on ne devait pas établir de différence entre l'homicide d'un homme libre et celui d'un serf. Il est possible que Pepo, ou plus exactement l'auteur de notre récit, ait été davantage inspiré par le droit canonique que par la loi romaine, comme plusieurs des commentateurs de l'épisode l'ont relevé ; mais c'est bien de cette dernière qu'il prône l'application. En élargissant son propos, il en profite en effet pour accabler la loi lombarde et ses semblables tout aussi mauvaises de Germanie, d'Angleterre, de France et des autres royaumes qui ne sont pas régis par le droit romain ; il leur reproche de tout réduire, les offenses civiles tout autant que les criminelles, à des exactions pécuniaires<sup>2</sup>. Pour être moins explicite, la diatribe fameuse de Guibert de Nogent contre la commune de Laon (1112-1114) doit être comprise dans le même sens, quand Guibert met également en cause le principe du paiement d'amendes pour punir les délits<sup>3</sup>.

Au XII<sup>e</sup> siècle donc, des voix s'élèvent pour dénoncer les lois barbares ou leurs héritages implicites, ce qui prouve que certaines d'entre elles étaient encore assez vigoureuses pour mériter d'être combattues. Mais seulement certaines : si en effet les lois lombarde et visigothique ont eu une vie après l'époque carolingienne en continuant à former un droit authentique, les autres ne livrent plus que des mentions éparses. Tandis que les premières constituent toujours un ordre juridique, les

<sup>1</sup> Selon ce que, en effet, prévoit l'édit de Rothari (*Edictus Rothari*, MGH, *Legum*, t. IV, ed. G.H. Pertz, Hanovre, 1868, 130 et 137, p. 30-31).

<sup>2</sup> J.M. Carbasse, « *Ne homines interficiantur*. Quelques remarques sur la sanction médiévale de l'homicide », *Auctoritates xenia R. C. Van Caenegem oblata*, S. Dauchy, J. Monballyu, A. Wijffels dir., *Wetenschappelijk Comité voor Rechtsgeschiedenis...van België*, Bruxelles, 1997, p. 165-185 ; E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, t. 1 et 2, Rome, 1995, p. 33-39 ; A. Gouron, « Liberté, servage et glossateurs », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit*, XI, Montpellier, 1980, p. 41-51, repris dans *La science du droit dans le Midi de la France au Moyen Âge*, Variorum reprints, Londres, 1984 ; K. Pennington, *The Prince and the Law (1200-1600). Sovereignty and rights in the western legal tradition*, Berkeley, Los Angeles, 1993, p. 136.

<sup>3</sup> Guibert de Nogent, *Autobiographie*, trad. E.R. Labande, Paris, 1981, p. 320-321.

secondes ne laissent que des traces, des éléments désormais dépourvus de la cohérence qui qualifie un droit.

### Persistence et diffusion

Observons donc d'abord ces lois qui demeurent en tant que droits, et commençons par le droit lombard. Sa fortune se perçoit à ce que l'on a éprouvé le besoin de le copier, puis de le commenter. En 1050, un notaire nommé *Secundus* effectua une compilation chronologique d'un recueil des textes législatifs de Rothari à Otton III ; l'œuvre, présentée comme le *Liber legis Longobardum*, fut par la suite appelée *Liber Papiensis*<sup>4</sup>. Ce travail fut repris à la fin du XI<sup>e</sup> siècle par un auteur qui l'ordonna de manière systématique ; à partir du XII<sup>e</sup> siècle cette nouvelle compilation, plus savante et connue sous le nom de *Lombarda*, devait connaître le succès : enrichie sans cesse de gloses, de sommes et de commentaires, elle fut diffusée aux côtés des compilations justiniennes<sup>5</sup>. Son succès est également attesté par sa propagation géographique qui nous la montre s'étendant à la péninsule et au-delà des Alpes ; son influence gagne Arles, Avignon, Forcalquier et Montpellier. Les juristes provençaux comme les docteurs bolonais l'utilisent. Deux manuscrits de la *Summa Trecensis* sont suivis d'une *Summa legis longobardorum*<sup>6</sup> : la première de cette œuvre, fortement marquée par le droit de Justinien (une première version est inspirée d'Irnérius), fut rédigée par un juriste provençal vers 1140<sup>7</sup>.

Dans le nord du Mezzogiorno également, les chartes postérieures à l'an mil reflètent l'influence persistante du droit lombard ; dans certaines zones de la partie méridionale, celui-ci la dispute au droit byzantin : là, les juges grecs qui ne savaient pas le latin utilisaient une traduction grecque de l'édit de Rothari<sup>8</sup>. Au XIII<sup>e</sup> siècle, au plus tard en 1215, le juriste du Bénévent Charles de Tocco confectionnait pour les besoins des tribunaux et d'une école de droit un commentaire à la *Lombarda* sous la forme d'un apparat de gloses ; pour ce faire, le droit et les principes romains furent largement utilisés<sup>9</sup>. Dans la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle, ce droit lombard était encore fécond : la pratique lombarde du barreau disputait toujours la palme à la pratique romaine. La postérité de ce droit poussa ses feux ultimes jusque dans les premières années du XVII<sup>e</sup> siècle, ainsi que nous pouvons le lire dans un ouvrage où le terme de *Lombarda* est encore mentionné ; seulement, cette fois, la visée est devenue historiographique plus qu'utilitaire<sup>10</sup>.

---

<sup>4</sup> F. Bougard, « La loi : perception et usages », P. Bonnassie, P. Toubert, dir., *Hommes et sociétés dans l'Europe de l'an Mil*, Toulouse, 2004, p. 291-306 ; L. Mayali, *Droit savant et coutumes. L'exclusion des filles dotées. XII<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles*, Francfort-sur-le-Main, 1987, p. 13

<sup>5</sup> Mayali, *Droit savant...*, p. 45.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 15, 42, 43.

<sup>7</sup> A. Gouron, « Rationabiliter et ratio dans les écrits juridiques du Midi provençal au XII<sup>e</sup> siècle », *Recueil de mémoires et travaux publié par la Société d'Histoire du droit et des institutions des anciens pays de droit écrit, XVII : Critères du juste et contrôle des juges*, Montpellier, 1996, p. 13-28, repris dans *Juristes et droits savants : Bologne et la France médiévale, Variorum collected Studies*, Aldershot, 2000

<sup>8</sup> Cortese, *Il diritto...*, t. 1, p. 313

<sup>9</sup> Cortese, *Il diritto...*, t. 2, p. 332-333 ; Mayali, *Droit savant...*, p. 45.

<sup>10</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 334-335.

Faisons donc retour au XIII<sup>e</sup> siècle car il livre d'autres témoignages de la vigueur du droit lombard : ainsi les constitutions de Milan de 1216 y font référence quand elles stipulent que l'auteur d'un crime peut être puni soit selon la loi de la cité, soit selon le droit lombard, soit enfin selon le droit romain<sup>11</sup> ; son influence se manifeste aussi dans les constitutions de Melfi de 1231 instaurées par l'empereur Frédéric II pour le royaume de Sicile<sup>12</sup>. En revanche, il semble que toute trace du droit lombard ait disparu du Latium passées les deux premières décennies du XI<sup>e</sup> siècle, alors que l'abbaye de Farfa y avait recouru dans les plaids en vue de défendre au mieux ses intérêts<sup>13</sup>. A l'inverse, la notoriété du droit lombard a pu s'étendre loin de la péninsule : nous le voyons lorsque l'une des versions (peut-être écrite au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle) de la coutume d'Anjou et du Maine, œuvre fortement marquée par le droit de Justinien, se réfère relativement au duel judiciaire à la « loy escripte ou livre qui est appelé Lombarde »<sup>14</sup>.

Changeons de région et passons à la péninsule ibérique et à sa périphérie septentrionale où des observations du même ordre peuvent être faites. Le *Liber iudiciorum* y témoigne d'une grande vigueur<sup>15</sup>. Dans la future Catalogne où les *Hispani* ont continué d'être régis par leurs lois après l'arrivée des Francs, cela se traduit par un très grand nombre de citations, directes ou non, entre 950 et 1247, avec un apogée confinant à un usage ostentatoire entre 1050 et 1100, pour décliner ensuite au profit du droit romain<sup>16</sup> ; on peut en dire autant pour la Septimanie (que l'on appelle « Gothie ») où le Liber est cité et appliqué dans les affaires judiciaires jusqu'en 1151<sup>17</sup>. En Asturies-León, la vigueur n'apparaît pas moindre lorsque l'on fait le comptage précis des documents qui le mentionnent ou se réfèrent à ses préceptes, entre 910 et 1065<sup>18</sup>. Mais surtout, à l'opposé d'une thèse longtemps dominante, il semble qu'on ne puisse pas repérer de témoignages d'un droit coutumier germanique qui aurait survécu durant quatre siècles à l'état oral : durant cette période, la plupart des pratiques neuves du droit sont nées de l'adaptation du *Liber iudiciorum* à la réalité sociale, comme l'indiquent par exemple les coutumes recueillies dans le *Fuero* de León de 1017<sup>19</sup>. En Asturies-León, le droit procédural ne diffère pas substantiellement de celui du *Liber iudiciorum*<sup>20</sup>. Au Portugal les monastères, dont certains entretiennent d'étroits rapports avec les comtes du Portugal représentants du roi de León, ont produit entre 999 et 1187 des documents qui contiennent des citations provenant du *Liber*. Plusieurs d'entre eux sont des sentences judiciaires prononcées dans les

<sup>11</sup> A. Padoa-Schioppa, *Il diritto nella storia d'Europa, Il Medioevo*, I, Milan, 1995, p. 158.

<sup>12</sup> Cortese, *Il diritto...*, t. 2, p. 327.

<sup>13</sup> P. Toubert, *Les structures du Latium médiéval. Le latium méridional et la Sabine du IX<sup>e</sup> siècle à la fin du XII<sup>e</sup> siècle*, Rome, 1973, p. 1234-1235 ; Bougard, « La loi... »

<sup>14</sup> C. J. Beautemps-Beaupré, *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI<sup>e</sup> siècle*, 1<sup>ère</sup> partie, *Coutumes et styles*, t. 1, Paris, 1877, p. 261 ; J.Ph. Lévy, « La pénétration du droit savant dans les coutumiers angevins et bretons au Moyen Âge », *TVR, Revue d'Histoire du droit*, XXV, 1957, p. 1-53

<sup>15</sup> J. A. Planas, *El problema del germanismo en el derecho español, siglos V-XI*, Madrid, 1997, p. 229

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 216 ; M. Zimmermann, « Conscience gothique et affirmation nationale dans la genèse de la Catalogne (IX<sup>e</sup>-XI<sup>e</sup> siècles) », *L'Europe héritière de l'Espagne wisigothique*, J. Fontaine et C. Pellistrandi dir., Madrid, 1992, p. 51-67 ; A. Iglesia-Ferreiros, « La creación del derecho en Cataluña », *Anuario de historia del derecho español*, 47, 1977, p. 99-423

<sup>17</sup> W. Kienast, « La pervivencia del derecho godo en el sur de Francia y Cataluña », *Boletín de la Real Academia de buenas letras de Barcelona*, 35 (1973-1974), p. 265-295

<sup>18</sup> Planas, *El problema...*, p. 218

<sup>19</sup> *Ibid.*, p. 215-216

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 219

tribunaux présidés par le comte où étaient entendus des moines présentés comme des experts en droit<sup>21</sup>.

A la vigueur des droits lombard et visigothique on ne peut donc qu'opposer, au moins à première vue, l'affaiblissement des autres droits. En réalité, cette opposition est un peu trompeuse ; il convient certes dans une première approche de distinguer des droits cohérents et codifiés dont la vitalité persiste et des lois qui ne subsistent que sous forme de fragments ou à travers des citations isolées. La loi salique ou la loi des Ripuaires, par exemple, ont été invoquées au X<sup>e</sup> et au XI<sup>e</sup> siècle par des individus qui professaient leur loi<sup>22</sup>, et par ailleurs bien des chartes du XI<sup>e</sup> siècle en conservent des marques sans cependant les citer. Mais le plus intéressant est qu'il ne convient pas de séparer dans l'absolu le sort de ces deux catégories de lois parce qu'elles participent toutes, à des degrés différents certes, d'un intérêt nouveau pour la loi autour de l'an mil. La loi salique est copiée à Rome à cette époque et l'on connaît des manuscrits du X<sup>e</sup> siècle à Orléans et à Reims, tandis que le Bréviaire d'Alaric est également copié dans plusieurs *scriptoria* du nord de la Gaule ; les lacunes que comporte le manuscrit de la loi salique de Reims ont été restituées par une main du XI<sup>e</sup> siècle avec d'autres lois « germaniques »<sup>23</sup>, ce qui est un bon témoignage de l'intérêt qu'on y trouvait. Au sud de la Loire, elle est encore citée dans les actes du concile de Limoges en 1031 et dans des dispositions diverses d'ordre privé au début du XI<sup>e</sup> siècle<sup>24</sup>.

Il existe donc autour de l'an mil une « fascination », écrit F. Bougard, pour le droit et le légalisme<sup>25</sup> qui se traduit de diverses manières selon les aires géographiques. A l'Est, c'est dans le royaume d'Italie que la production législative, quoique demeurant modeste, est la plus sensible<sup>26</sup>. La promotion de la loi lombarde s'inscrit donc dans le contexte législatif même qui prélude à la renaissance du droit romain. Les juges de la cour royale de Pavie utilisaient conjointement les deux droits<sup>27</sup> : leur exigence de maîtrise des textes juridiques les conduisait à faire des allers et retours systématiques entre l'un et l'autre<sup>28</sup>. La forme que prit la compilation de la *Lombarda* fit que le droit lombard fut assimilé aux nouvelles sources législatives romaines, d'où il tira autorité. Au XII<sup>e</sup> siècle, à l'heure de l'essor des cités, les prétentions législatives de ces dernières se fondaient sur les deux droits sans que leur origine préoccupe trop : pour elles, le droit lombard avait valeur de symbole et, grâce à sa cohérence et à sa forme codifiée<sup>29</sup>, il convenait pour leur procurer un fondement législatif.

---

<sup>21</sup> J. Mattoso, « Les Wisigoths dans le Portugal médiéval : état actuel de la question », *L'Europe héritière de l'Espagne wisigothique*, J. Fontaine et C. Pellistrandi dir., Madrid, Collection de la Casa de Velazquez, 1992, p. 325-339

<sup>22</sup> Bougard, « La loi... »

<sup>23</sup> *Ibid.* ; J.P. Poly, « Le sac de cuir. La crise de l'an mil et la première renaissance du droit romain » dans J. Krynen et A. Rigaudière, dir., *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle)*, Bordeaux, Presses universitaires, 1992, p. 39-68

<sup>24</sup> Kienast, « La pervivencia... »

<sup>25</sup> Bougard, « La loi... »

<sup>26</sup> *Ibid.*

<sup>27</sup> C. M. Radding, *The Origins of Medieval Jurisprudence*, New Haven et Londres, 1988, p. 180-184 ; F. Bougard, « La loi », p. 301.

<sup>28</sup> Radding, *The origins...*, p. 116

<sup>29</sup> Mayali, *Droit savant...*, p. 13-14 ; C. Wickham, *Courts and conflict in twelfth-century Tuscany*, Oxford,, 2003, repris de *Legge, pratiche e conflitti. Tribunali e risoluzione delle dispute nella Toscana del XII secolo*, Rome, 2000, p. 305

Au nord de l'Italie le nouvel essor du droit a été avant tout le fait d'une culture notariale<sup>30</sup> ; en Catalogne il en va en partie de même, mais ici le droit devient manifestation d'une identité qui avait commencé à se construire tôt, dès le IX<sup>e</sup> siècle, quand la région avait dû s'intégrer dans l'empire franc. La conscience gothique s'était alors exprimée de plusieurs manières : par la germanisation des noms, par une culture restée « isidorienne » (dont témoigne la possession par les églises cathédrales des œuvres d'Isidore de Séville), et par le maintien d'une unité religieuse qu'assurait la fidélité à la liturgie tolédane. C'est au début du XI<sup>e</sup> siècle que s'ouvre la deuxième phase de la construction identitaire, qui cette fois passe par le droit. Les notaires soulignent l'ancienneté des lois et ils disent que ce sont celles des Pères. L'identité a aussi son versant politique : avec la construction de la principauté autour du comte de Barcelone, à partir de 1030, les documents de la chancellerie comtale font mention du roi Receswinthe, et cela jusqu'à la fin du XI<sup>e</sup> siècle ; de la sorte, en assimilant le comte au roi, la loi exalte son autorité et sa puissance<sup>31</sup>.

Le *Liber iudiciorum* a suscité un vif intérêt, avons-nous dit, dont les témoignages sont nombreux entre le X<sup>e</sup> et le XII<sup>e</sup> siècle : ainsi, la plupart des monastères et des chapitres disposent d'un exemplaire dans leur bibliothèque et y compris des particuliers le possèdent. On le copie, il fait l'objet de dons et de legs par testament, et il est sans doute l'un des premiers textes à avoir été traduit en langue vernaculaire<sup>32</sup>. Mais son intérêt n'était pas uniquement ni même principalement livresque ; son utilisation lors des procès montre qu'il n'était pas qu'un « objet culturel » : les scribes ne se contentaient pas de reproduire des formules stéréotypées : ils savaient également faire mention de lois variées et les transcrire fidèlement. Du reste, les juges n'étaient pas seuls à connaître la loi et à en faire usage : les documents citent également des *mandatarius vel causilicus*, ou des *causilicus vel adsertos*, autrement dit des conseillers qui agissaient comme avocats en représentant les parties dans les plaids<sup>33</sup>.

A côté des exemplaires du *Liber iudiciorum*, les lois ecclésiastiques sont également copiées, pour les mêmes raisons<sup>34</sup>, preuve qu'on ne faisait pas un usage différent de l'un et l'autre droit. Souvent les rédacteurs de chartes citaient la loi visigothique en parallèle avec un canon d'un concile tolédan, ou bien, plus fréquemment, ils plaçaient la loi sous la double paternité des Goths et des Pères ; les canons conciliaires et les lois gothiques formaient les deux sources du droit que nul ne songeait à séparer, mais au contraire à coordonner, si bien que l'autorité de la loi canonique renforçait celle des Goths<sup>35</sup>.

On ne croit plus aujourd'hui, avons-nous dit, à une dichotomie entre le droit du *Liber iudiciorum* et un droit oral coutumier : après la chute de la monarchie visigothique, le premier n'aurait été maintenu qu'en tant que droit officiel tandis que les populations réfugiées au nord de la péninsule auraient pratiqué un droit coutumier ayant survécu à l'état latent. Javier Alvarado Planas a fait il y a quelques années un sort à cette thèse ancienne ainsi qu'à d'autres qui le sont moins, en les

<sup>30</sup> Bougard, « La loi... »

<sup>31</sup> Zimmermann, « Conscience gothique... »

<sup>32</sup> Iglesia-Ferreiros, « La creacion... » ; Zimmermann, « Conscience gothique... » ; *id.*, « L'usage du droit wisigothique en Catalogne du IX<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle. Approches d'une signification culturelle », *Mélanges de la Casa de Velazquez*, t. IX, 1973, p. 233-281

<sup>33</sup> Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

<sup>34</sup> Iglesia-Ferreiros, *La creacion*, p. 130-131

<sup>35</sup> Zimmermann, « L'usage... »

rejetant les unes après les autres tout en présentant sa solution<sup>36</sup>. Le problème posé est celui du droit des *fueros*, dont la théorie ancienne voulait qu'ils fussent l'application d'un droit coutumier ancien et que des thèses plus récentes ont préféré mettre en rapport avec la féodalisation de la société visigothique dont ils auraient été une manifestation. Selon Planas, ce droit coutumier procéderait en grande partie de la tradition juridique romano-visigothique, et pour une autre part de l'influence des peuples du Nord (Basques, Cantabriens, Asturiens) ; mais la plus grande partie des préceptes serait le résultat d'une adaptation du droit du *Liber* à la réalité sociale, droit que le monarque, à la différence de ce qui se produisait à l'époque visigothique, était alors incapable de canaliser. Ce n'est qu'à partir de la fin du XI<sup>e</sup> siècle que l'on assisterait à une lente irruption de germanismes dans la loi : là non plus, on ne devrait pas soupçonner la résurgence d'une tradition coutumière visigothique préexistante, mais le résultat de l'influence du droit franc parvenu par de multiples vecteurs.

Ces vecteurs auraient été les routes du pèlerinage de Saint-Jacques qui, en constituant des artères commerciales, ont favorisé le développement économique et la création de noyaux urbains ; or les populations franques qui s'installaient dans la péninsule jouissaient de statuts juridiques favorables qui, par la suite, ont été étendus aux autres populations. Mais c'est surtout l'implantation de Cluny qui a permis d'étendre l'influence franque à de nombreuses abbayes et à des monastères espagnols. Sans doute aussi, toujours selon la théorie de Planas, la réceptivité des chancelleries des royaumes de Castille-León envers les modèles juridiques francs est-elle liée au principe de la paix du roi introduit par les capitulaires francs. Il est ainsi significatif que l'une des premières influences du droit franc se rapporte à l'amende de soixante sous, caractéristique de la transgression de la paix du roi et contenue dans plusieurs lois barbares.

Cette première approche nous prévient donc de la complexité des phénomènes de diffusion et de transmission des lois barbares au-delà de l'an mil : là où elles demeurent les plus vigoureuses, elles sont tout sauf des survivances archaïques ; elles sont au contraire réactivées, altérées, transformées et utilisées conjointement aux autres droits.

### Procédures

Commençons par observer les procédures parce que c'est là que les continuités, dans l'Europe occidentale après l'an mil, sont les plus sûres<sup>37</sup>. Pourtant, l'historiographie ancienne n'a

---

<sup>36</sup> Planas, *El problema...*, p. 211-269

<sup>37</sup> Ce sont les ouvrages et articles sur la résolution des conflits qui, pour l'époque féodale, fournissent le plus souvent les indications utiles sur la mise en œuvre des procédures ; la bibliographie étant devenue abondante, on ne citera donc que les travaux les plus marquants ou les plus récents : *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, Paris, 2001 ; *La justice en l'an mil*, Paris, 2003 ; R. Bartlett, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford, 1986 ; D. Barthélemy *La société dans le comté de Vendôme de l'an mil au XIV<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1993, p. 660-680 ; H. Couderc-Barraud, *La violence, l'ordre et la paix. Résoudre les conflits en Gascogne du XI<sup>e</sup> au début du XIII<sup>e</sup> siècle*, Toulouse, 2008 ; H. Débax, *La féodalité languedocienne, XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècles. Serments, hommages et fiefs dans le Languedoc des Trencavel*, Toulouse, 2003, p. 239-267 ; B. Lemesle, *Conflits et justice au Moyen Âge. Normes, loi et résolution des conflits en Anjou aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles*, Paris, 2008 ; S. D. White, « "Pactum...legem Vincit et Amor Judicium" The Settlement of Disputes by Compromise in Eleventh-Century Western France », *The American Journal of Legal History*, 1978, 22, p. 281-308 ; Wickham, *Courts...*

retenu comme héritage des droits du haut Moyen Âge que les pratiques des preuves ordaliques, telles que le jugement de Dieu et le duel judiciaire, ainsi que celle du serment, prêté postérieurement au témoignage et non avant, comme dans le mode procédural romain. Les autres procédures suivies dans les plaids paraissaient davantage altérées, sinon très transformées. On se fondait en effet sur le principe selon lequel, hormis quelques exceptions, la charge de la preuve dans les droits barbares incombait au défendeur qui se lavait de l'accusation portée contre lui au moyen du serment purgatoire prêté avec des cojureurs. Ces derniers, qui n'étaient pas tenus pour des témoins, passaient pour des sortes de garants de moralité agissant par solidarité avec l'accusé<sup>38</sup>. Sans être complètement inexacts, ces vues pêchent, non par schématisme mais de ce qu'elles procèdent de la thèse germaniste attachée à caractériser des différences fondamentales avec la procédure romaine. Faute d'avoir observé en détail les procédures barbares et d'en avoir repéré les héritages romains, les auteurs des thèses anciennes ont été conduits à sous-estimer leur postérité à l'époque féodale. Il ont aussi été amenés à décrire un douzième siècle marqué par la renaissance du droit romain et à tracer une césure chronologique entre un avant où dominaient les preuves de type « germanique » (serment, ordalies, duels) et un après, où les preuves testimoniales et écrites devenaient prédominantes. Nous n'aurons certes pas à bouleverser cette vision, mais au moins à la corriger substantiellement, en évoquant successivement le maintien du serment purgatoire, la preuve par témoignage, le duel judiciaire, l'ordalie, et enfin les peines et la vengeance.

Contrairement à une vue ancienne<sup>39</sup>, le serment purgatoire n'a pas presque complètement disparu à l'époque féodale où nous le voyons toujours pratiqué aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles. Au cours du XIII<sup>e</sup> siècle en revanche, son déclin est sensible, encore sa disparition n'est-elle pas totale ni générale<sup>40</sup>. Certes, alors qu'il était la forme de serment la plus fréquente dans les lois barbares<sup>41</sup>, au vu de la documentation constituée par les actes de la pratique, il a, après l'an mil, largement cédé la place au serment des témoins. Mais il est encore bien attesté dans le royaume de France jusqu'au début du XIII<sup>e</sup> siècle, en Italie, avec des inégalités (il recule tôt à Lucques gagnée précocement par le droit romain, par exemple, mais il se maintient bien à Gênes tout au long du XII<sup>e</sup> siècle), ou dans le royaume d'Asturies-León au XI<sup>e</sup> siècle<sup>42</sup>. Le nombre des cojureurs dépendait de la gravité de la cause et de la qualité des personnes incriminées ; par exemple, la loi salique pouvait exiger selon les cas douze personnes, vingt ou vingt-cinq<sup>43</sup> : or, de la même manière, le principe de variation selon la gravité du délit se lit dans les serments purgatoires exigés au XII<sup>e</sup> siècle dans le royaume de France, avec des différences pouvant aller de trois à dix-neuf cojureurs<sup>44</sup>.

<sup>38</sup> De nombreux auteurs ont développé ces vues ; on peut les lire notamment dans *La preuve*, ouvrage dont l'intérêt est aujourd'hui principalement de nature historiographique.

<sup>39</sup> A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France*, Paris, 1882, p. 46

<sup>40</sup> J.M. Carbasse, *Introduction historique au droit pénal*, Paris, 1990 p. 136 ; R. C. Van Caenegem, «La preuve dans le droit du Moyen Age occidental», *Recueils de la société Jean Bodin*, XVII, *La preuve*, 2<sup>e</sup> partie, *Moyen Age et temps modernes*, Bruxelles, 1965, p. 691-753

<sup>41</sup> Carbasse, *Introduction historique...*, p. 71

<sup>42</sup> Y. Bongert, *Recherches sur les cours laïques du X<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle*, Paris, 1948, p. 183-185 ; Wickham, *Courts...*, p. 75, 158 ; F. Menant, *Campagnes lombardes*, p. 433-434, cité par Wickham, *ibid.*, p. 75 ; Planas, *El problema...*, p. 219 ; Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 205-211

<sup>43</sup> PLS, titres 14, 16, MGH, *Leges nationum germanicarum*, t. IV, 1, ed. K.A. Eckardt, Hanovre, 1962, p. 64-65, 71 ; Carbasse, *Introduction historique...*, p. 72

<sup>44</sup> Bongert, *Recherches...*, p. 209-210

Sa vigueur relative n'est pas limitée aux cours laïques car les cours ecclésiastiques y ont également recours. C'est une procédure canonique issue du concile de Lérida de 524 que Gratien, après Burchard de Worms et Yves de Chartres, expose dans son Décret (1140) : si un prêtre avait été diffamé par les fidèles, l'évêque devait trouver des témoins dignes de foi pour pouvoir prouver sa culpabilité ; s'il n'y parvenait pas, le prêtre devait néanmoins être suspendu en raison du scandale, jusqu'à ce qu'il ait pu prêter serment avec sept autres prêtres qu'il était innocent du crime dont il était accusé<sup>45</sup>. Les décrétistes, jusqu'à la Glose ordinaire du Décret (1216, révisée après 1234), le confirment : s'employant à justifier l'intérêt du serment<sup>46</sup>, ils incluent le serment purgatoire parmi ses emplois licites ; ainsi Rufin, dans sa Somme sur le Décret (vers 1164), énonce quatre cas d'emploi du serment, dont voici le dernier : « Le quatrième est relatif à l'accusé qui n'a pas été confondu par des témoins et qui, pour écarter l'infamie et purger son innocence, doit offrir le serment »<sup>47</sup>. Les correspondances pontificales à partir de celle du pape Alexandre III (1159-1181) livrent maints exemples de son application, particulièrement dans les affaires où des prélats ou leurs subordonnés sont mis en cause pour leurs excès. Leur diffamation par la renommée publique autorisait le juge ecclésiastique à se saisir de la cause et, si l'infamie était établie, en l'absence d'accusateur<sup>48</sup>, le clerc ou le prélat diffamé devait pour être rétabli dans sa bonne renommée prêter un serment purgatoire avec un nombre variable de pairs, selon sa qualité et la gravité des faits<sup>49</sup>. La procédure d'*inquisitio* mise en place sous le pontificat d'Innocent III (1198-1216) permettra de lever l'obstacle constitué par l'absence d'accusateur.

Il a souvent été écrit que les lois barbares mettaient la charge de la preuve au défendeur, mais moins souvent qu'elle pouvait également incomber au plaignant. Or dans quelques cas où cela se produit il arrive que, si le demandeur a manqué à fournir la preuve, le défendeur doive se laver de l'accusation portée par un serment purgatoire. Nous le lisons dans le *Liber iudiciorum*<sup>50</sup> comme dans la loi salique : dans celle-ci, pour certains cas de vol et d'incendie volontaire, l'accusé se purgeait de l'accusation accompagné de cojureurs si le plaignant n'avait pu apporter de preuve certaine (*certa probatio*)<sup>51</sup>. Or cette procédure se lit dans la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle dans le cartulaire de Notre Dame de Chartres<sup>52</sup> et, en 1209, le roi Philippe Auguste octroie aux habitants de Péronne une charte parfaitement dans l'esprit de la loi salique ; faute de preuve contre lui, un accusé se lave par un serment purgatoire selon un procédé tarifaire qui, nous l'avons vu, est lui aussi un héritage du droit barbare : par un seul serment si c'est une accusation d'homicide mais avec trois mains ou sept mains

<sup>45</sup> *Ex concilio Ilerdensi*, cap. 10 (J. D. Mansi, *Sacrorum concilium. Nova et amplissima collectio*, vol. 8, Florence 1762, p. 616 ; E. Friedberg, *Corpus juris canonici*, vol. 1, *Decretum magistri Gratiani*, Leipzig, 1879, C 2 q 5 c 13 ; Burchard de Worms, *Decretum*, II, cap. 184, PL 140 col. 656 ; Yves de Chartres, *Decretum*, VI, cap. 229, PL 161 col. 494)

<sup>46</sup> C. Leveux-Teixeira, « La construction canonique du serment aux XII<sup>e</sup> et XIII<sup>e</sup> siècles. De l'interdit à la norme », *Comptes rendus de l'Académie des Inscriptions et Belles Lettres, séances de l'année 2007 (avril-juin)*, Paris, 2007, p. 821-844

<sup>47</sup> Rufin de Bologne, *Summa Decretorum*, ed. H. Singer, Paderborn, 1902, ad C 22, q 1, p. 391

<sup>48</sup> Ainsi que l'explique fort bien une lettre du pape Célestin III (1191-1198 ; PL 206, col. 1127-1131).

<sup>49</sup> L. Kéry, « Inquisitio-denunciatio-exceptio : Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte, Kan. Ab.*, 87, 2001, p. 226-268 ; W. Trusen, « Der Inquisitionsprozess. Seine historischen Grundlagen und frühen Formen », *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kan. Ab.*, 74, 1988, p. 168-230

<sup>50</sup> *Liber iudiciorum*, 2, 25

<sup>51</sup> PLS, 14.2, 14.3, 42.5, 16, MGH, *Leges*, p. 64-65, 164-165, 71

<sup>52</sup> Bongert, *Recherches...*, p. 184

selon qu'il est accusé d'avoir frappé quelqu'un ou de l'avoir blessé, que l'agression se soit produite de nuit ou de jour<sup>53</sup>. Nous pouvons considérer que c'est encore ce principe qui s'est transmis lorsqu'un accusé se lave d'une accusation par un simple serment ; par exemple, au début des années 1080, les coutumes de Méron en Anjou prévoient un cas où un paysan accusé d'un méfait par un viguier qui ne disposerait pas de témoin à charge se purgerait par un simple serment<sup>54</sup>. Ce cas de figure se voit toujours un siècle plus tard avec les prévôts du roi de France : les habitants accusés sans preuve peuvent nier l'accusation du prévôt par leur seul serment<sup>55</sup>. La procédure est identique dans les cours ecclésiastiques, avons-nous dit : l'évêque Yves de Chartres conseille son collègue de Soissons sur le cas d'une épouse accusée d'avoir eu des relations charnelles avant son mariage avec un parent : les témoins produits par l'accusateur n'ayant pas vu le fait, ils ne peuvent pas être entendus ; aussi la dame, afin de se laver de l'infamie, devra prêter un serment avec quatre ou six autres personnes<sup>56</sup>.

Il est un autre point commun avec le serment purgatoire du haut Moyen Âge, c'est qu'il a pour but de mettre fin au litige et de garantir la paix. Ainsi plusieurs fois dans le droit barbare, le défendeur doit-il choisir la moitié des cojureurs qui prêteront serment à ses côtés : l'édit de Rothari prévoit que l'autre moitié doit être produite par la partie adverse<sup>57</sup> ; la loi salique le prévoit dans la même proportion, sans préciser qui choisit l'autre moitié. Si le défendeur ne parvenait pas à réunir le nombre de cojureurs requis, il devrait, en certains cas, subir l'ordalie du chaudron<sup>58</sup>. Un tel serment garantit donc que, si l'accusé a pu réunir tous les cojureurs disposés à prêter serment à ses côtés, y compris ceux qui ne sont pas de sa partie, les deux adversaires se sont entendus avant la prestation du serment pour sceller l'accord qui met fin au conflit. Certains *fueros* castillans exigent toujours cette clause de partage des cojureurs<sup>59</sup>. Ailleurs en revanche, du XI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle, nous ne la lisons plus car, implicitement ou explicitement, ils sont choisis par le défendeur ; leur finalité est pourtant identique, puisqu'il s'agit en l'occurrence d'assurer la paix. C'est pourquoi il est bien inutile de réduire les cojureurs à des sortes de témoins de crédulité, comme la plupart des commentateurs modernes l'ont fait. Du reste Yves de Chartres, parmi les divers cas où il recommande de s'en remettre au serment des cojureurs, indique au moins une fois sa finalité en citant Paul aux Hébreux justifiant le serment : il permet de mettre un terme à toute controverse<sup>60</sup>.

Le maintien du serment purgatoire dans les juridictions laïques comme dans les cours ecclésiastiques du XI<sup>e</sup> au XIII<sup>e</sup> siècle tient à ce que la procédure est encore accusatoire : quand la preuve ne pouvait pas être faite, on ne pouvait, pour confondre ou innocenter un accusé, recourir qu'à une épreuve ordalique (duel judiciaire ou ordalie) ou au serment purgatoire. Seule la mise en place de la procédure inquisitoire d'office change les conditions : dès lors qu'un juge peut se saisir d'une cause et introduire l'instance en ordonnant une enquête, le reflux du serment purgatoire commence. Cependant cette nouveauté procédurale due au pape Innocent III et qui fait l'objet du

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 185

<sup>54</sup> *Cartulaire de l'abbaye Saint-Aubin d'Angers*, t. 1 à 3, Paris, 1896-1903, n°220 ; Bongert, *Recherches...*, p. 184 ; Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 131

<sup>55</sup> Bongert, *Recherches...*, p. 184

<sup>56</sup> Yves de Chartres, ep. 229, PL 162, col. 232-233 ; Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 207

<sup>57</sup> *Edictus Rothari*, 359, *MGH, Legum*, t. IV, p. 82

<sup>58</sup> *PLS*, titres 14-2 et 14-3, 16, *MGH, Leges*, p. 64-65, 71

<sup>59</sup> Planas, *El problema...*, p. 256

<sup>60</sup> Héb. 6, 16

canon 8 du quatrième concile de Latran (*Qualiter et quando*)<sup>61</sup>, ne s'impose (et ne se diffuse aux juridictions laïques) que peu à peu au cours du XIII<sup>e</sup> siècle.

Voyons la preuve testimoniale à présent. Il arrive que la charge d'apporter la preuve dans les lois barbares incombe au plaignant<sup>62</sup>, avons-nous dit. Cela rend moins net le contraste souvent constaté avec les plaids de l'époque féodale où la charge de la preuve n'est pas spécialement due par la partie défenderesse. En réalité les oppositions ne sont pas si tranchées qu'on l'a écrit et des continuités avec le droit de l'empire romain tardif peuvent aussi être repérées sur cette question. Ainsi, selon un rescrit des empereurs Honorius VIII et Théodose III (antérieur à 409), les témoins des deux parties doivent être produits dans les causes pécuniaires<sup>63</sup>. Dans la loi salique et dans la loi des Ripuaires, certains articles relatifs à la preuve testimoniale ne précisent pas quelle partie doit l'apporter, laissant ouverte l'alternative<sup>64</sup>. Un article du *Liber iudiciorum* en revanche prescrit de manière univoque au juge d'exiger la preuve des deux parties<sup>65</sup>; or ce principe est appliqué en Catalogne, comme le montre un procès en 1025 qui n'est pas un cas exceptionnel<sup>66</sup>. Cet examen a pour but de permettre au juge de déterminer quelle partie doit apporter la preuve et, s'il s'agit de témoignages, le contenu du serment : là encore, des procès attestent le respect de cette procédure, en 1033 par exemple<sup>67</sup>. Les juges devaient d'abord demander à la partie plaignante de quelles preuves elle disposait et, en cas de carence ou d'insuffisance, les demander au défendeur ; cependant, ils pouvaient également inverser cet ordre. Le *Liber iudiciorum* prévoyait que la déposition des témoins pouvait être contestée par la partie adverse<sup>68</sup>. Précisément, les plaids du Moyen Âge central confirment cet héritage y compris hors de la péninsule ibérique, sans que cela traduise nécessairement une influence spécifique ou directe du droit visigothique. En réalité, celui-ci fournit davantage de précisions relatives aux prescriptions que les autres, et elles concordent avec les récits contenus dans les actes de la pratique de l'époque féodale : l'on y voit que la preuve (qui peut être multiple) est exigée de l'une des parties mais selon des modalités rarement explicitées. En tout cas, les juges (c'est-à-dire les hommes qui constituent une cour) ont entendu les parties et soupesé les preuves qu'elles pouvaient éventuellement apporter. Par rapport aux dispositions impératives des droits barbares, le recours pratique à la preuve est nettement plus souple et il révèle moins une transformation complète que l'usage généralisé de dispositions dont certaines, numériquement, étaient seulement minoritaires dans les droits du haut Moyen Âge.

Le duel judiciaire pose en apparence moins de difficultés car il est un héritage reconnu des lois barbares, avec les deux exceptions que constituent la loi salique et celle des Visigoths qui ne le

<sup>61</sup> R. Fraher, « IV Lateran's revolution in criminal procedure : the birth of *inquisitio*, the end of ordeals, and Innocent III's vision of ecclesiastical politics » dans *Studia in honorem eminentissimi cardinalis Alphonsi M. Stickler*, Rome, 1992, p. 97-111 ; J. Théry, « Fama : l'opinion publique comme preuve judiciaire. Aperçu sur la révolution médiévale de l'inquisitoire (XII<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècle) » dans B. Lemesle, dir., *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, Rennes, Presses universitaires, 2003, p. 119-147

<sup>62</sup> PLS 2. 16, *MGH, Leges*, p. 26 ; 9.9, *ibid.*, p. 50-51 ; 36, *ibid.*, p. 133

<sup>63</sup> CJ 4.20.11.1

<sup>64</sup> PLS 49.1, 49.3, *MGH, Leges*, p. 187-189 ; *lex Ribuariorum* 51 (50), 1 et 2, *MGH, Legum nationum germanicarum*, t. 3, II, F. Beyerle et R. Buchner éd., Hanovre, 1954, p. 101-102

<sup>65</sup> LV 2.2.5, *MGH, Legum nationum germanicarum*, t. 1, *leges visigothorum*, K. Zeumer éd., Hanovre et Lipsiae, 1902, p. 82

<sup>66</sup> Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

<sup>67</sup> LV, 2.2.5 ; 2.4.2 (*MGH, Leges*, p. 82, 95) ; Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

<sup>68</sup> Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

mentionnent pas. En revanche en Italie à la fin du XI<sup>e</sup> siècle, le champion d'une abbaye témoigne d'une bonne conservation de la mémoire de l'édit de Rotharis lorsqu'il proteste contre un maléfice qu'utiliserait son adversaire contre lui, ce que la loi interdit et punit<sup>69</sup>. La fortune du duel est par ailleurs indiscutable quoique fort inégale selon les régions. L'Italie en offre le tableau le plus contrasté : alors qu'il avait presque disparu des sources avant le X<sup>e</sup> siècle, il se diffuse au tournant du X<sup>e</sup> et du XI<sup>e</sup> siècle dans le royaume d'Italie, s'imposant dans les plaids au XI<sup>e</sup> siècle, investissant les règlements coutumiers au sein de la seigneurie et s'insérant dans la culture juridique à tel point que les glossateurs de la *Lombarda* en font une des créations majeures du peuple lombard<sup>70</sup>. Il est encore dans les statuts communaux au XIII<sup>e</sup> siècle et dans les constitutions de Frédéric II mais il a en revanche disparu précocement à Lucques et à Pise dans les années 1130<sup>71</sup>. Dans le royaume de France, sa pratique est avérée partout après l'an mil<sup>72</sup> mais une description des aires géographiques de son apparition relèverait du fait documentaire et non de sa propagation. Il en va autrement chez les Anglo-Saxons où la première mention du duel figure dans une loi de Guillaume le Conquérant, indiquant que le duel y a été introduit par les Normands<sup>73</sup>. L'aire couverte par le droit visigothique ne paraît pas l'avoir connu non plus avant le XI<sup>e</sup> siècle : encore en 1019, lors d'un procès en Catalogne, la comtesse Ermessende refuse le duel qui était proposé par la partie adverse en alléguant sa nouveauté et que la loi gothique ne permettait pas qu'une cause fût tranchée par la bataille<sup>74</sup>. Quoiqu'il apparaisse deux ans plus tôt dans le décret 41 du *fuero* de León, il ne se diffuse par la suite dans la péninsule ibérique, vraisemblablement sous l'effet de l'influence franque, qu'à partir du dernier quart du XI<sup>e</sup> siècle<sup>75</sup>. Il y reste bien attesté encore au XIII<sup>e</sup> siècle, ainsi qu'au Portugal où il est pratiqué jusqu'au XV<sup>e</sup> siècle<sup>76</sup>.

La vigueur et la persistance du duel au-delà du XI<sup>e</sup> siècle, à quelque exception près, interdisent d'y voir un moyen de contrecarrer une dégradation éventuelle du système judiciaire et de la justice publique<sup>77</sup>. La variété des causes pour laquelle les contemporains y ont recouru doit, quant à elle, faire l'objet d'attention car, selon les époques, l'intérêt qu'il a suscité est différent. Quelques brèves indications suffiront. Ainsi dans le royaume d'Italie, une loi de l'empereur Otton 1<sup>er</sup> en 967, explicitement destinée à enrayer les parjures, semble bien avoir eu pour but de passer outre l'interdiction canonique du duel faite aux établissements religieux : de la sorte, les monastères ne devaient pas être entravés dans la défense de leurs droits face aux laïcs<sup>78</sup>. Mais le *Liber Papiensis* révèle dans son contenu une gamme infiniment plus étendue en énumérant 23 causes susceptibles

<sup>69</sup> F. Bougard, « Rationalité et irrationalité des procédures autour de l'an mil : le duel judiciaire en Italie », *La justice en l'an mil*, Paris, 2003, p. 93-122

<sup>70</sup> F. Bougard, *La justice dans le royaume d'Italie de la fin du VIII<sup>e</sup> siècle au début du XI<sup>e</sup> siècle*, Rome, 1995, p. 228-336

<sup>71</sup> Van Caenegem, « La preuve... »; Wickham, *Courts...*, p. 136

<sup>72</sup> Bougard, « Rationalité... »; P. Ourliac, « Le duel judiciaire dans le Sud-Ouest », (1958), *Etudes d'histoire du droit médiéval*, Paris, 1979, p. 253-258 ; Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 181-189 ; Bongert, *Recherches...*, p. 228-251 ; Bartlett, *Trial...*, p. 103-126 ; S. White, « Imaginary Justice: The End of the Ordeal and the Survival of the Duel », *Medieval Perspectives*, vol. XIII, 1998, p. 32-55 ; Barthélemy, *La société...*, p. 676-680 ; Debax, *La féodalité...*, p. 263-267

<sup>73</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 103

<sup>74</sup> Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »; Bougard, « Rationalité... » ; Planas, *El problema...*, p. 222

<sup>75</sup> Planas, *El problema...*, p. 221-223

<sup>76</sup> Van Caenegem, « La preuve... »

<sup>77</sup> Bougard, « Rationalité... »

<sup>78</sup> *Ibid.*

d'être tranchées par un duel : parmi celles-ci figurent des causes criminelles telles que la trahison, l'adultère, l'incendie, l'empoisonnement<sup>79</sup> ; à Gênes, l'exclusion du duel obtenue par les habitants en 1056 ne concerne pas les cas criminels et la lèse-majesté<sup>80</sup>. De fait, l'accusation de trahison contre le roi, crime de lèse-majesté, est une cause récurrente de duel : rappelons que dans la Chanson de Roland, écrite au début du XII<sup>e</sup> siècle, le chevalier Thierry offre de prouver la trahison de Ganelon par le duel<sup>81</sup> et la documentation continue de proposer des exemples durant tout le Moyen Âge<sup>82</sup>. Les constitutions de Melfi (1231) de Frédéric II le maintiennent pour résoudre les accusations de trahison et, de même en France, il demeure également un des moyens possibles pour ces cas<sup>83</sup>.

Qu'en est-il du déclin du duel judiciaire ? Naguère, on le datait du milieu ou de la seconde moitié du XIII<sup>e</sup> siècle ; les études récentes tendent plutôt à prolonger sa longévité jusqu'au XIV<sup>e</sup> siècle<sup>84</sup>, voire au-delà du « dernier duel », en France (celui de Carrouges en 1386)<sup>85</sup>. La question serait surtout de pouvoir mesurer sa fréquence et d'observer ses transformations : pour la première, chacun s'accorde à dire que les duels judiciaires au XIV<sup>e</sup> siècle étaient devenus rares ; cela tient en partie à ce que les gages de bataille étaient relativement beaucoup plus nombreux que les duels effectivement engagés<sup>86</sup>, tout comme dans les siècles centraux où l'on défiait l'adversaire en proposant le duel mais où, en définitive, le plus grand nombre des propositions était suivi d'un abandon<sup>87</sup>. Le simple fait de proposer le duel était un défi et un moyen de se placer en position de force. La chronologie des duels judiciaires souligne encore mieux le fait bien connu que l'Église n'a pas joué un rôle capital dans cette évolution malgré l'hostilité qu'elle lui a manifesté. Si la loi des Burgondes, la loi des Bavares et l'édit de Rothari ont désigné le duel judiciaire comme un *iudicium Dei*<sup>88</sup>, aucun concile ne l'a justifié ni prescrit. L'hostilité des canonistes est connue également, tout comme l'interdiction expressément faite au 4<sup>e</sup> concile de Latran en 1215<sup>89</sup>. Malgré cela les églises locales, avant l'interdiction ferme de 1215, y recouraient, en manifestant parfois quelques réserves mais le plus souvent sans état d'âme apparent<sup>90</sup>.

---

<sup>79</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 106

<sup>80</sup> Bougard, « Rationalité... »

<sup>81</sup> Chant 274 et suivants.

<sup>82</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 108

<sup>83</sup> *Ibid.*, p. 107 ; S. H. Cuttler, *The Law of Treason and Treason Trials in later Medieval France*, Cambridge, 1981 [2003], p. 85.

<sup>84</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 122

<sup>85</sup> R. Telliez, « Preuves et épreuves à la fin du Moyen Âge : autour du duel judiciaire, 1250-1350 », communication inédite prononcée à l'Université de Dijon (avril 2010), que je remercie l'auteur de m'avoir transmise.

<sup>86</sup> Telliez, *ibid.*

<sup>87</sup> Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 182-184

<sup>88</sup> *MGH, Legum sectio I*, t. II, *Leges burgundionum*, L. R. de Salis éd., Hanovre, 1892, p. 49, 75-76, 104 ; *ibid.*, *Leges*, n° 5.2, p. 292 ; *Edictus Rothari*, 198, *MGH, Legum*, t. IV, p. 48 ; Bartlett, *Trial...*, p. 115 ; Cortese, *Il diritto...*, p. 169

<sup>89</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 117-118

<sup>90</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 678-680 ; H. Couderc-Barraud, « Le duel judiciaire en Gascogne d'après les cartulaires », *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, Paris, 2001, p. 97-115 ; B. Lemesle, « La pratique du duel judiciaire au XI<sup>e</sup> siècle, à partir de quelques documents de l'abbaye Saint-Aubin d'Angers », *ibid.*, p. 149-168, *Id.*, *Conflits et justice*, p. 182 ; C. Morris, « *Iudicium Dei*: the social and political significance of the ordeal in the eleventh century », *Studies in Church history*, 12, 1975, p. 95-111 ; Ourliac, « Le duel judiciaire... »

Si elle ne se cale pas vraiment sur celle de l'interdiction canonique, la chronologie du déclin n'offre pas non plus une parfaite régularité, d'autant plus qu'elle se double de disparités géographiques. Grosso modo, il y eut des disparitions précoces de la pratique du duel judiciaire, bien avant 1215, et à l'inverse des continuités accompagnées de transformations, bien au-delà de cette date. Parmi les premières, le duel n'est plus mentionné dans les chartes languedociennes à partir de la fin du XI<sup>e</sup> siècle et il ne figure pas dans les coutumes rédigées à la fin du XII<sup>e</sup> siècle, pas plus qu'il n'est mentionné dans les coutumes de Provence et du Roussillon<sup>91</sup>. Au contraire, les coutumes de Gascogne le mentionnent alors que les chartes sont plus discrètes et qu'il en disparaît dans la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle<sup>92</sup>. Les bourgeoisies urbaines sont réputées avoir été hostiles au duel et préféré la preuve par témoignage: Pise et Lucques en Italie en obtiennent l'exemption de l'empereur Henri IV en 1080-1081<sup>93</sup>, puis les villes flamandes suivent ; Ypres en obtient l'abolition en 1116 et au XIII<sup>e</sup> siècle bien des chartes interdisent que les personnes puissent être contraintes au duel contre leur gré<sup>94</sup>. Cependant l'hostilité urbaine est loin d'être générale : des chartes le mentionnent au XIII<sup>e</sup> siècle dans des villes d'Italie<sup>95</sup>, ainsi que, à partir du XII<sup>e</sup> siècle, dans le sud-ouest français, comme la Grande Charte de Saint-Gaudens<sup>96</sup>.

Le rôle des royautés est plus ambigu: la tendance générale est plutôt à le limiter ou à le réguler qu'à l'interdire complètement. La monarchie anglaise, par exemple, ne l'a pas empêché mais les réformes judiciaires lui ont été incontestablement défavorables : au civil, le défendeur peut, depuis la Grande Assise de 1179, refuser le duel judiciaire et s'en remettre au jury pour prouver son droit, et au XIII<sup>e</sup> siècle le duel est quasiment remplacé par le jury<sup>97</sup>. Les rois Capétiens Louis VII et Philippe Auguste pour leur part avaient déjà pris des dispositions restrictives mais ponctuelles en défaveur du duel. Louis IX les étend incontestablement avec les ordonnances fameuses d'interdiction du duel judiciaire de 1254 et de 1258, mais il importe de noter qu'elles ne s'imposent que dans le domaine royal<sup>98</sup>. L'ordonnance de Philippe le Bel de 1306, jadis présentée comme semi-capitulation du roi face à une noblesse farouchement attachée au duel, était en revanche applicable à tout le royaume<sup>99</sup> : en autorisant le duel mais en le soumettant à des conditions bien précises, le roi agissait en régulateur. De la même façon, en Germanie le duel est interdit dans la législation de Frédéric II mais avec des exceptions (la trahison ou la rupture de trêve)<sup>100</sup>. Terminons en un mot sur le fait que le duel judiciaire, on l'a dit, s'est aussi transformé : à partir du XIII<sup>e</sup> siècle, il est assimilé au port d'armes. Au XIV<sup>e</sup> siècle, les combats n'opposent plus nécessairement des champions représentant les parties et la technique du combat a changé; on ne se bat plus au bouclier et au bâton mais à cheval

<sup>91</sup> Débax, *La féodalité...*, p. 263-266

<sup>92</sup> Couderc-Barraud, « Le duel judiciaire... »

<sup>93</sup> Bougard, *La justice...*, p. 335 ; Bartlett, *Trial...*, p. 118 ; Van Caenegem, « La preuve... »

<sup>94</sup> Van Caenegem, « La preuve... »

<sup>95</sup> Van Caenegem, « La preuve... »

<sup>96</sup> Ourliac, « Le duel judiciaire... »

<sup>97</sup> Bartlett, *Trial...*, p. ; Van Caenegem, « La preuve... » ; P. Brandt, *The Making of the Common Law*, Londres, 1992, p. 99

<sup>98</sup> Bongert, *Recherches...*, p. 234 ; R. Bartlett, *Trial*, p. 120 ; Carbasse, *Introduction historique...*, p. 136

<sup>99</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 109 ; Bongert, *Recherches...*, p. 236-239 ; Telliez, « Preuves... »

<sup>100</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 107-108, 122-123

de part et d'autre de lices. Et peu à peu le duel, qui est déjà devenu une affaire de nobles, cesse d'être une bataille judiciaire : au XVI<sup>e</sup> siècle, l'évolution est consommée<sup>101</sup>.

Les ordalies sont mentionnées dans plusieurs lois barbares et leur intérêt est réaffirmé dans la législation carolingienne<sup>102</sup> ; cela étant, les cas circonstanciés sont surtout le fait des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles plus que des précédents pour des raisons documentaires qui sont elles-mêmes responsables de la perception que les historiens en ont eue. Les cas pour lesquels on devait recourir à l'ordalie selon les droits barbares sont assez limités par rapport à leurs développements ultérieurs. Si l'on s'en tient au livre important que Robert Bartlett a consacré aux ordalies, la liste des cas est déjà longue : il mentionne en effet toutes les catégories de crimes liés à la sexualité, les meurtres crapuleux, les vols perpétrés la nuit mais aussi les ordalies liées à la foi, comme déterminer l'orthodoxie (dans les accusations d'hérésie) ou affirmer la vérité de sa foi face à des infidèles. D'une façon générale, les ordalies avaient pour but de dévoiler aux hommes une vérité cachée lorsque la preuve par témoignage était impossible<sup>103</sup>. Ces causes sont surtout mentionnées dans les récits, chroniques et correspondances ; la lecture des chartes en étend encore la liste à toutes les causes civiles et permet surtout de mettre au jour les stratégies de résolution des conflits employées par les parties et les juges, les ordalies entrant souvent, comme les duels judiciaires, dans une logique du défi<sup>104</sup>. Bref, au moins jusqu'au premier tiers du XII<sup>e</sup> siècle, une ordalie pouvait être invoquée pour presque tout type de cause.

Parmi les transformations touchant aux ordalies il en est une intéressante à noter. Le *Liber iudiciorum* contient une nouvelle relative à l'ordalie du chaudron que la plupart des historiens ont considérée comme une interpolation, le manuscrit la contenant étant du X<sup>e</sup> siècle. La plus ancienne mention daterait de 988<sup>105</sup>. L'authenticité de la nouvelle a été récemment affirmée<sup>106</sup> (si elle est authentique, la péninsule ibérique aurait donc connu les ordalies dès la monarchie visigothique) mais ce qui nous importe pour le moment est le dispositif de l'ordalie de l'eau bouillante tel qu'il est contenu dans le *Liber iudiciorum* : l'épreuve pouvait décider de l'innocence si le patient en sortait indemne, mais dans le cas contraire il devait le subir le tourment judiciaire afin d'avouer. Or, le *fuero* de León (1017) ne mentionne plus la torture, convertissant ainsi l'ordalie en preuve suffisante par elle-même. J.A. Planas interprète cette disposition en la mettant en relation avec l'adoucissement des peines prescrites dans ce *fuero* par rapport au *Liber iudiciorum* : ces modifications forment un ensemble dont le but aurait été de favoriser le repeuplement de la péninsule<sup>107</sup>.

La principale transformation est cependant celle qui aboutit à son interdiction au 4<sup>e</sup> concile de Latran et à sa quasi suppression ensuite. La question est de savoir s'il y eut un déclin préalable : le cas des ordalies angevines offre l'intérêt d'une documentation relativement bien fournie : or celles

<sup>101</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 125-126 ; Telliez, « Preuves... »

<sup>102</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 9 et suivantes

<sup>103</sup> Bartlett, *Trial...*, p. 21-33

<sup>104</sup> Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 157-167 ; D. Barthélemy, « Diversité des ordalies médiévales », *Revue historique*, 280, 1988, p. 3-25 ; *id.*, *La société...*, p. 670-680 ; S. White, « Proposing the Ordeal and Avoiding it: Strategy and Power in Western France Litigation, 1050-1110 », *Cultures of Power*, ed. T. BISSON, Philadelphie, 1995, p. 89-123

<sup>105</sup> Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

<sup>106</sup> Planas, *El problema...*, p. 105-210

<sup>107</sup> *Ibid.*, p. 233

qui sont effectuées pour des causes civiles ne sont plus documentées après 1120-1140 alors que par ailleurs elles le demeurent pour confondre les hérétiques et pour des causes criminelles<sup>108</sup>, sans que nous puissions toutefois évaluer leur fréquence. Tout indique cependant qu'elles étaient familières aux contemporains. Ce premier recul sensible dont on connaît l'équivalent en Toscane<sup>109</sup> doit, en Anjou, être mis au compte de l'influence hostile des papes envers les ordalies, non que cette dernière daterait du début du XII<sup>e</sup> siècle, mais parce que l'église locale et ses évêques se trouvaient de plus en plus en prise avec l'autorité pontificale<sup>110</sup>. Les jugements de Dieu ont en effet été condamnés depuis longtemps par les papes : Etienne V (886-889), puis les papes de la réforme grégorienne, Alexandre II (en 1063)<sup>111</sup> et Alexandre III<sup>112</sup> avant Innocent III. Comment le comprendre<sup>113</sup> ? Au-delà des justifications invoquées par Alexandre II (les ordalies seraient des inventions populaires et elles seraient contraires aux canons), la raison tient certainement à ce qu'un jugement de Dieu échappe à toute possibilité d'appel : ainsi, nul ne peut en appeler à Rome<sup>114</sup>. Les ordalies avaient été favorisées par la monarchie carolingienne mais à l'époque féodale elles étaient passées sous le contrôle du clergé local. La monarchie pontificale de plus en plus centralisée ne se satisfaisait pas d'un mode de jugement qui lui échappait<sup>115</sup>. Quant à l'interdiction de 1215, elle doit être comprise en relation avec la mise en place de la nouvelle procédure inquisitoire durant le pontificat d'Innocent III<sup>116</sup>.

Observons à présent les tarifs de composition car ce terme est toujours employé aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles ; seulement il l'est surtout dans les clauses comminatoires des actes d'aliénation (donations ou ventes), sous la forme de menaces envers ceux qui entraveraient leur bonne réalisation ou violeraient leurs dispositions. La composition a donc désormais un caractère pénal<sup>117</sup> alors que, au haut Moyen Âge, elle était à la fois rachat du châtement et réparation du dommage causé. Mais son éloignement des tarifs des vieilles lois se sent aussi nettement lorsque l'on observe l'évolution des formules des actes de l'abbaye de Cluny : alors qu'au X<sup>e</sup> siècle les rédacteurs utilisent encore la mention *una cum fisco tercio*, la dernière se trouvant dans un acte de 999<sup>118</sup>, seul le terme *componat* est conservé ensuite, jusqu'en 1126, après un emploi relativement fréquent tout au long du XI<sup>e</sup> siècle<sup>119</sup>. Dans les actes catalans, le verbe *componere* est également utilisé jusqu'au XII<sup>e</sup> siècle au chapitre des menaces de représailles envers leurs violateurs éventuels ; si les demandes de

<sup>108</sup> J. Baldwin, «The Intellectual Preparation for the Canon of 1215 against Ordeals», *Speculum*, 1961, 36, p. 613-636 ; Fraher, « IV Lateran's revolution... » ; Lemesle, *Conflicts et justice...*, p. 157-181

<sup>109</sup> Wickham, *Courts...*, p. 75

<sup>110</sup> D. Barthélemy, *Chevaliers et miracles. La violence et le sacré dans la société féodale*, Paris, 2004, p. 252-253 ; Lemesle, *Conflicts et justice...*, p. 176-181

<sup>111</sup> Décret de Gratien, C 2 q 5 c 7

<sup>112</sup> PL 200, col. 859.

<sup>113</sup> La bibliographie est abondante ; je me permets de renvoyer à leur résumé dans Lemesle, *Conflicts et justice...*, p. 168-170

<sup>114</sup> Pennington, *The Prince...*, p. 135

<sup>115</sup> Fraher, « IV Lateran's revolution ... »

<sup>116</sup> J. Chiffolleau, « *Ecclesia de occultis non iudicat* ? L'Église, le secret, l'occulte du XII<sup>e</sup> au XV<sup>e</sup> siècle », *Le secret, Micrologus*, XIV, 2006, p. 359-481 ; Fraher, « IV Lateran's revolution... », Théry, « Fama... ».

<sup>117</sup> J. Gaudemet, «Survivances romaines dans le droit de la monarchie franque du V<sup>e</sup> au X<sup>e</sup> siècle», *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* XXII, La Haye, 1955, p. 149-209, rééd. *La formation du droit canonique médiéval*, Londres, 1980, p. 201-203 ; Zimmermann, « L'usage... »

<sup>118</sup> A. Bernard et A. Bruel, *Recueil des chartes de l'abbaye de Cluny*, Paris, 1876-1903, t. 3, n° 2412

<sup>119</sup> Par exemple, Bernard et Bruel, *Recueil...*, 3, n° 2795 ; *ibid.*, 4, n° 2822, 2826, *ibid.*, 5, n° 3993

composition se réfèrent parfois au *Liber iudiciorum*, cette référence à la loi est surtout culturelle car ce sont des demandes au triple ou au quadruple ; or, elles ne renvoient pas à un chapitre précis du *Liber* mais elle s'inscrivent dans des procédures particulières. Après quoi, alors qu'est réalisée l'union entre la Catalogne et l'Aragon, les diplômes emploient des formules nouvelles<sup>120</sup>.

On peut dire de l'amende de 60 sous à peu près autant que de la composition : elle est un héritage transformé du haut Moyen Âge, à la différence près que sa longévité est bien plus grande puisqu'elle court jusqu'aux derniers siècles du Moyen Âge. Mentionnée dans les lois barbares<sup>121</sup>, elle caractérise dans les lois carolingiennes la transgression de la paix royale (*bannum regis*)<sup>122</sup> où, parmi les forfaits cités, nous trouvons la punition du rapt et de l'incendie<sup>123</sup>. C'est bien ce principe qui s'applique au XI<sup>e</sup> siècle, mais cette fois les défenseurs de la paix sont les plus grands seigneurs : il en va ainsi dans le comté de Vendôme où ils retiennent tout ou partie de la justice des cas de 60 sous (et l'on sait que la justice retenue comprend presque toujours les cas de rapt et d'incendie) : c'est cette justice qu'à l'époque on appelle la grande justice<sup>124</sup>. Après 1180, de nouveaux cas entrent dans la série des cas à 60 sous avant que, vers le milieu du XIII<sup>e</sup> siècle, la haute justice ne se détache de la grande justice : les amendes de 60 sous sont alors les plus élevées que puisse exiger un seigneur moyen justicier, ces cas formant donc la limite supérieure de cette justice<sup>125</sup>.

Terminons par les vengeances car celles-ci sont encore parfois codifiées après l'an mil. Les *Leges Henrici primi*, composées entre 1114 et 1118, font des emprunts à des textes antérieurs parmi lesquelles figurent en bonne place les lois anglo-saxonnes. Leurs informations sur la vengeance et les compensations sont nombreuses, or l'une des clauses a été composée grâce à la loi salique<sup>126</sup>. Mais c'est dans la péninsule ibérique que les emprunts aux lois anciennes sont les plus visibles. Les caractéristiques de la vengeance du sang telles qu'elles y apparaissent jusqu'au milieu du XI<sup>e</sup> siècle proviennent en effet de pratiques coutumières contenues dans le *Liber iudiciorum* ou favorisées par sa diffusion. Si le *Liber* ne reconnaît généralement pas le droit à la vengeance privée, il admet un système de composition pécuniaire ou la remise du coupable aux mains de la partie offensée (*traditio in potestatem*) qui, selon J.A. Planas, peut être tenu pour une manière de faire du droit de vengeance une conséquence de l'intervention judiciaire. Cependant, toujours selon le même auteur, les *fueros* ont aussi adapté leurs procédures à partir d'autres textes juridiques germaniques. Ainsi, une disposition contenue dans plusieurs *fueros* punit-elle l'homicide à être enterré vif sous le corps du mort : or cette disposition, qui n'apparaît qu'à partir de la fin du XI<sup>e</sup> siècle, semble bien avoir un

<sup>120</sup> Zimmermann, « L'usage... »

<sup>121</sup> MGH, *Legum*, t. V, pars I, *Leges Alamannorum*, éd. K.A. Eckhardt, Hanovre, 1966, n° 31, 34, p. 89 et 91 ; MGH, *ibid.*, t. IV, pars II, *Lex salica*, éd. K.A. Eckhardt, Hanovre, 1969, 68.9, p. 116 ; MGH, *Lex Ribuaria*, 42 (38), MGH, *Legum* t. III, p. 96 ; 59.1 (60), p. 106

<sup>122</sup> Planas, *El problema...*, p. 268

<sup>123</sup> MGH, *Legum*, sectio II, *Capitularia regum francorum*, I, *Capitulare Saxonum* de 797, éd. A. Boretius, Hanovre, 1883, p. 71 ; *Capitula missorum* de 821, p. 300

<sup>124</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 870-871

<sup>125</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 870-871 ; A.C. Koch, « L'origine de la haute et de la moyenne justice dans l'ouest et le nord de la France », *Revue d'histoire du droit*, 1953, 21, p. 420-458 ; B. Guénée, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen Âge (vers 1380-vers 1550)*, Paris, 1963, p. 83

<sup>126</sup> J. Hudson, « Faide, vengeance et violence en Angleterre (ca 900-1200) », D. Barthélemy, F. Bougard et R. Le Jan dir., *La vengeance, 400-1200*, Rome, 2006, p. 341-382

précédent dans l'édit de Rothari selon lequel il est permis aux parents du mort d'appliquer leur droit de vengeance en tuant le meurtrier, s'il est un serf du roi, sur la tombe de sa victime<sup>127</sup>.

### Droit des personnes

L'évolution du droit des personnes peut être observée à travers trois manifestations où des persistances originaires des lois barbares sont perceptibles : la profession de loi, le statut de la femme lombarde et la servitude. L'une des manifestations de la personnalité des lois, qui s'affirme à partir de l'époque carolingienne, a consisté pour un individu à déclarer de quelle loi il relève : cela continue de se manifester dans les siècles suivants à tel point que, en Italie, les X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles sont considérés comme un « âge d'or » de la personnalité des lois<sup>128</sup>. De telles déclarations de loi se faisaient dans les régions où l'ethnie dont relevait le déclarant était minoritaire ; ainsi, dans les villes à forte dominante lombarde, elles ne se lisent pas avant le milieu du XII<sup>e</sup> siècle. On trouvait donc en Italie, à côté des deux lois principales (la romaine et la lombarde) des déclarations de loi salique dans des actes émanés de Francs, car ceux-ci étaient la minorité dominante depuis la conquête en 774. Les déclarations de loi des Alamans, des Burgondes ou des Goths existent, mais elles sont plus sporadiques. Ces déclarations se lisent dans les chartes notariales, en particulier dans les actes de vente, et cela jusqu'à la fin du Moyen Âge<sup>129</sup>, ou jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle dans le Bénévent et dans le Piémont<sup>130</sup>. Hors de la péninsule italienne, certains plaids du début du X<sup>e</sup> siècle fournissent des listes de *boni homines* où certains se réclament de la loi romaine et d'autres de la loi salique<sup>131</sup> ; en Bourgogne, les chartes de Cluny, pour des ventes ou des donations, font également des références à la loi salique, aux IX<sup>e</sup> et X<sup>e</sup> siècles quand certains acteurs disent se conformer à leur loi salique, au XI<sup>e</sup> et au début du XII<sup>e</sup> siècle quand ils déclarent vivre sous elle<sup>132</sup>. En réalité, le plus souvent, une déclaration de loi ne traduit pas vraiment l'existence de règles juridiques différentes : en Italie par exemple, les formulaires sont les mêmes pour les dispositions de dernière volonté, au point que des individus qui professent la loi lombarde peuvent très bien adopter des règles typiquement romaines, ou inversement<sup>133</sup>. La déclaration de loi peut donc parfois n'être qu'une revendication d'identité, une manière de se rattacher à une filiation juridique qui rappelle que l'on appartient à la minorité conquérante, comme elle peut aussi être l'effet de la coexistence de droits différents.

C'est également en Italie que les transformations du statut des femmes peuvent être suivies, de l'édit de Rothari à la fin du Moyen Âge, et parfois au-delà. Le *mundium*, qui à l'origine était une *potestas* avant de devenir une tutelle, avait un prix ; aussi entraînait-il dans le patrimoine : le mari possesseur en héritait à la mort de son épouse ou bien un fils mineur pouvait acquérir celui de sa

<sup>127</sup> *Edictus Rothari*, 370, *MGH, Legum*, t. IV, p. 86 ; Planas, *El problema...*, p. 235-256.

<sup>128</sup> Bougard, « La loi... »

<sup>129</sup> Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 153

<sup>130</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 330 ; G. Vismara, *Storia dei patti successorii*, Milan, 1941, rééd. Milan, Giuffrè, 1986, p. 394-395

<sup>131</sup> J.P. Poly, *La Provence dans la société féodale (879-1166). Contribution à l'étude des structures dites féodales dans le Midi*, Paris, 1976, p. 50-52

<sup>132</sup> Bernard et Bruel, *Recueil...*, 1, n° 15 (870), 86 (904), 88 (905), 90 (905), 191 (913), 358 (928), 3, n° 1034 (957), 1095 (c. 960), 1211 (966), 4, n°3600 (1083), 3616 (1087), 5, n°3996 (1127)

<sup>133</sup> Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 153

mère décédée<sup>134</sup>. Or, l'usage patrimonial s'est si bien conservée qu'en plein XIII<sup>e</sup> siècle un juriste le compare à un usufruit sur la femme, alors que sa nature avait depuis longtemps changé. Déjà les Carolingiens évoquaient une tutelle ou une protection puis, après l'an mil, les actes notariés donnent le titre d'*advocatus* au porteur du *mundium* tandis que les juges lui confient une fonction d'assistance légale<sup>135</sup>. Dans le Mezzogiorno, le *mundald* (le porteur du *mundium*) apparaît aux côtés de la femme pour toutes les transactions, ce qui implique qu'elle demeure sous son autorité<sup>136</sup>. Ce statut de la femme lombarde explique par exemple qu'en Toscane les femmes apparaissent peu dans la documentation, puisqu'elles ne peuvent engager des affaires publiques que par l'intermédiaire de leur tuteur<sup>137</sup>. À Lucques et dans le Mezzogiorno sa longévité est proprement remarquable car il est encore mentionné au XVII<sup>e</sup> siècle<sup>138</sup>. Un autre indicateur de sa vigueur, enfin, est que, dans le processus d'unification juridique du XIII<sup>e</sup> siècle, il a été absorbé dans le droit romain des duchés méridionaux (de Naples, Gaète et Amalfi) à partir de 1237, et que le *mundald* apparaît même, une dizaine d'années plus tard, dans les actes grecs de Calabre<sup>139</sup>.

Voyons la servitude, enfin. Si elle s'est beaucoup transformée depuis les siècles du haut Moyen Âge, il en demeure des traits précis à l'époque féodale. Ainsi le fait de tomber en servitude parce que l'on n'a pas pu payer la composition (bien attesté dans une loi du roi Liutprand)<sup>140</sup> se lit aussi bien à Arezzo<sup>141</sup> que dans le Livre des serfs de Marmoutier<sup>142</sup>. D'origine romaine est la loi qui réduit la femme libre qui s'est unie à un esclave à l'état de servante du propriétaire de cet esclave<sup>143</sup>. La loi salique reprend cette disposition mais elle étend la prescription à l'homme libre qui, s'il s'unit à une esclave étrangère (c'est-à-dire qui ne lui appartient pas), tombe en servitude<sup>144</sup>. Au XI<sup>e</sup> siècle, dans les régions de la Loire, c'est bien ainsi que les choses se passent, en principe tout au moins : si un homme libre épouse une serve, ou si c'est une femme libre qui se marie à un serf, la condition la pire l'emportera ; celui ou celle qui était libre y perdra sa liberté<sup>145</sup>. Un autre caractère qui se transmet concerne les témoignages : si les serfs sont réputés ne pas être admis au témoignage, on sait qu'à l'époque féodale une telle interdiction ne paraît guère appliquée. Or la loi gombette prévoyait déjà la possibilité pour les serfs royaux et les affranchis d'être témoins des donations ; plus

<sup>134</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 147-149

<sup>135</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 149 ; J.M. Martin, « Le droit lombard en Italie méridionale (IX<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle).

Interprétations locales et expansion », *Dots et douaires dans le Haut Moyen Âge*, F. Bougard, L. Feller, R. Le Jan dir., Rome, 2002, p. 97-121

<sup>136</sup> J.M. Martin, « Pratiques successorales en Italie méridionale (X<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle) : Romains, Grecs et Lombards », *La transmission du patrimoine : Byzance et l'aire méditerranéenne*, J. Beaucamp, G. Dagron dir., Paris, 1998, p. 198-210 ; *id.*, « Le droit lombard...»

<sup>137</sup> Wickham, *Courts...*, p. 264

<sup>138</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 150

<sup>139</sup> Martin, « Le droit...»

<sup>140</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 145

<sup>141</sup> J.P. Delumeau, *Arezzo, espace et société, 715-1230. Recherches sur Arezzo et son contado du VIII<sup>e</sup> au début du XIII<sup>e</sup> siècle*, Rome, 1996, p. 109

<sup>142</sup> D. Barthélemy, *La mutation de l'an mil a-t-elle eu lieu? Servage et chevalerie dans la France des X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles*, Paris, 1997, p. 83

<sup>143</sup> Planas, *El problema...*, p. 263 ; C. Daremberg et E. Saglio, *Dictionnaire des Antiquités grecques et romaines*, Paris, 1877-1919, p. 1200

<sup>144</sup> PLS, 25. 3, *MGH, Leges*, p. 94 ; J. Gaudemet, *Le mariage en Occident. Les mœurs et le droit*, Paris, 1987, p. 99

<sup>145</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 489 ; B. Lemesle, « La séparation des époux : stratégies sociales et actions de l'Église (Anjou, XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle) », dans E. Santinelli, dir., *Répudiation, séparation, divorce dans l'Occident médiéval*, Valenciennes, 2007, p. 181-202

tard, le capitulaire *de Villis* autorise les serfs à accuser leurs maîtres si l'intérêt du roi est en cause. De là nous suivons le prolongement de ces mesures entre le milieu du XI<sup>e</sup> siècle et le milieu du XII<sup>e</sup> où les rois capétiens accordent des diplômes à des églises d'Ile-de-France, en offrant aux serfs de leurs domaines divers moyens (comme par exemple acquérir la qualité de serfs royaux) afin de pouvoir témoigner contre des hommes libres ou combattre contre eux éventuellement<sup>146</sup>. On ne saurait pour autant y voir une conquête juridique car le but était d'offrir la possibilité aux églises que leurs hommes puissent parler en leur faveur dans les plaids, ou se battre en duel pour elles<sup>147</sup>. Quant à l'affranchissement, il est également moins une amélioration du statut servile qu'il n'y paraît. L'affranchissement accompli devant l'autel de l'église est d'origine romaine, suivant en cela deux constitutions de Constantin de 316 et de 321<sup>148</sup> ; la loi ripuaire et la loi romaine des Burgondes y font allusion<sup>149</sup> et surtout il a été mis en forme juridique dans les formulaires des VII<sup>e</sup> et VIII<sup>e</sup> siècles ; c'est là en effet ainsi que dans *l'Interpretatio* du Code théodosien et dans le *Liber Gaius* que des auteurs de chartes en Poitou et en Touraine aux X<sup>e</sup> et XI<sup>e</sup> siècles ont pris leurs modèles, quitte à l'altérer quelque peu, mais sans rupture au total<sup>150</sup>. Or au X<sup>e</sup> et au XI<sup>e</sup> siècle, l'affranchissement, en étant associé à une donation, s'apparente souvent à un transfert d'appartenance qui fait passer le serf de son ancien maître à un nouveau : à Dijon, par exemple, l'affranchi est absous du service servile mais il doit chaque année verser à Saint-Étienne un ou deux deniers de chevage, en reconnaissance du patronage du saint. Au XI<sup>e</sup> siècle les affranchissements peuvent cependant revêtir une autre fonction ainsi qu'on le voit à Marmoutier où les affranchis peuvent aussi être des clercs ; ils le sont alors suivant des formules remontant à l'empereur Louis le Pieux car celui-ci voulait donner la possibilité aux fils de serfs de devenir clercs<sup>151</sup>. Terminons avec la situation italienne au XII<sup>e</sup> siècle où les civilistes mirent en cause le servage en s'appuyant sur le droit romain. Pour alléguer la servitude des colons qui tentaient de se soustraire à leur statut, leurs maîtres se fondaient sur une procédure du droit lombard (une loi de Grimoald de 668) qui excluait toute prétention à la liberté pour celui qui s'était comporté comme serf durant une période de trente ans au moins. Cette norme était en effet parfaitement en vigueur dans certains statuts urbains. Les civilistes eurent gain de cause : ils firent jouer le droit de Justinien, non pas en s'y référant tel qu'il était mais en jouant de ses contradictions ; grâce à cela, ils purent définir une doctrine neuve dont l'effet devait se révéler favorable à la liberté des serfs<sup>152</sup>.

### Les personnes et les biens : mariages, dots et douaires

<sup>146</sup> O. Guillot, « La participation au duel judiciaire de témoins de condition servile dans l'Ile-de-France du XI<sup>e</sup> siècle : autour d'un faux diplôme de Henri 1<sup>er</sup> » dans *Droit privé et institutions régionales. Etudes historiques offertes à Jean Yver*, Paris, PUF, 1976, p. 345-360

<sup>147</sup> Barthélemy, *La mutation...*, p. 132-133

<sup>148</sup> Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 87 ; M. Garaud, « Le droit romain dans les chartes poitevines du IX<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle », *Mélanges de droit romain dédiés à Georges Cornil*, Gand-Paris, 1926, p. 399-424

<sup>149</sup> Gaudemet, « Survivances romaines... »

<sup>150</sup> Barthélemy, *La mutation...*, p. 124-134 ; Garaud, « Le droit romain... » ; J. Flach, « Le droit romain dans les chartes du IX<sup>e</sup> au XI<sup>e</sup> siècle en France » dans *Mélanges Fitting*, t. 1, Montpellier, 1907, p. 385-421 ; Gaudemet, « Survivances romaines... »

<sup>151</sup> Barthélemy, *La mutation...*, p. 124-130

<sup>152</sup> E. Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologne, 2009, p. 137-144

La principale transformation concerne le mariage, qui est devenu chrétien, mais on évoquera surtout dans les pages qui suivent l'alliance matrimoniale et les échanges de biens qui en constituent la matérialisation; le maintien de la plupart des termes spécifiques utilisés au haut Moyen Âge pour désigner les échanges est un bon indicateur d'une postérité assumée alors que les réalités, pratiques et juridiques, ont beaucoup changé. Cette question est évidemment indissociable de celle des droits d'héritage, que nous évoquerons dans ce paragraphe lorsque cela sera nécessaire, mais dont les développements seront réservés au suivant. On observera tout d'abord le sort des concubines à l'époque féodale, puis l'évolution qui conduit du versement, sous des formes variées, d'un apport marital au haut Moyen Âge au douaire de l'époque féodale; la dot directe (provenant du père de l'épouse) nous retiendra ensuite, et là nous aurons à vérifier si elle est bien une nouveauté au Moyen Âge central, comme cela a souvent été dit, et dans quelle mesure l'exclusion des filles dotées de l'héritage a des antécédents barbares ou pas.

Au XI<sup>e</sup> siècle, nombre d'actes de la pratique de l'ouest du royaume de France témoignent de l'existence de concubines<sup>153</sup>, tandis qu'au siècle suivant les décrétistes s'en préoccupent. Derrière le mot, toutefois, il importe de savoir ce que l'on entend. À l'évidence, ces femmes ne sont ni des servantes ni des esclaves comme au haut Moyen Âge à qui leurs maîtres faisaient des enfants<sup>154</sup>, et pas davantage des maîtresses de passage<sup>155</sup>. Elles seraient plutôt de lointaines héritières des *Friedelfrauen* dont le statut disparut au VIII<sup>e</sup> siècle<sup>156</sup>. Dans les lois germaniques, leurs enfants n'étaient pas traités de façon très différente des enfants légitimes<sup>157</sup> et, quoique par la suite l'Église ait refusé aux bâtards tout droit à la succession, en pratique ils apportaient leur consentement aux donations pieuses de leurs parents au même titre que leurs frères et sœurs légitimes<sup>158</sup>. Or, au XII<sup>e</sup> siècle, la loi salique est alléguée, d'abord par l'auteur de la *Summa parisiensis* puis par d'autres décrétistes afin de faire une distinction entre la concubine pourvue de l'affection maritale et celle qui n'en bénéficierait pas : le premier type d'union, en raison précisément de la loi salique (selon l'auteur de la *Summa*), est tenu pour un mariage. Ce que les décrétistes voyaient dans le concubinage n'était en réalité qu'une union informelle destinée à se transformer en mariage légitime, non une tolérance quelconque à une forme atténuée de polygamie qu'ils rejetaient fermement<sup>159</sup>. Leur position doctrinale revenait à faire entrer dans la norme ceux qui n'y étaient pas. Leur réflexion avait du reste son pendant dans la pratique où l'on peut observer des concubines menacées d'exhérédation à cause de leur conduite ; la réprobation avait une source bien précise : ils s'agissait de parents proches, ce qui met permet de comprendre qu'une authentique tension familiale relative à l'héritage se trouvait recouverte par une condamnation morale du comportement<sup>160</sup>.

Selon le schéma classique, on le sait, l'aristocratie du haut Moyen Âge accordait dans l'échange matrimonial une importance plus grande à la dot indirecte (du mari à son épouse ou au

<sup>153</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 539-540 ; B. Lemesle, *La société aristocratique dans le Haut-Maine (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle)*, Rennes, 1999, p. 122, 132-133

<sup>154</sup> J. A. Brundage, *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago et Londres, 1987, p. 130

<sup>155</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 539-540

<sup>156</sup> R. Le Jan, *Famille et pouvoir dans le monde franc (VII<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècles). Essai d'anthropologie sociale*, Paris, 1995, p. 271-273

<sup>157</sup> Brundage, *Law, sex...*, p. 131

<sup>158</sup> Lemesle, *La société ...*, p. 121-122

<sup>159</sup> Brundage, *Law, sex...*, p. 297-300

<sup>160</sup> Lemesle, *La société ...*, p. 132-133 ; id., « La séparation des époux »

père de celle-ci) qu'à la dot directe, d'origine romaine. Une évolution aurait conduit à partir du XII<sup>e</sup> siècle à inverser ce rapport au profit de la dot mais aussi à instaurer le douaire, qui n'était pas à proprement parler une institution des premiers siècles. L'apport marital étant rarement désigné par un seul terme mais le plus souvent par une combinaison ou une somme de plusieurs éléments, commençons par observer les termes spécifiques qu'employaient les contemporains pour les désigner. Le terme le plus souvent mentionné est la *Morgengabe* (ou *Morgincap*), que la femme reçoit de son époux ; elle survit en Italie avec un sort variable d'une région à l'autre : ainsi dans le Sud, en Campanie intérieure et en Pouille, elle représente le principal apport marital à l'épouse. Comme le montant du *Morgincap* a été limité par une loi du roi Liutprand à un quart du patrimoine du mari, il est aussi fréquemment appelé *quarta*. En Italie centrale en revanche, son sort est souvent scellé plus tôt : si elle résiste bien dans les Abruzzes au XI<sup>e</sup> siècle, dans le Latium seulement quelques rares actes la mentionnent encore ; les statuts communaux de Viterbe l'évoquent toujours au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle mais le mot est devenu un vernis lombard recouvrant une pratique matrimoniale reprise du droit romain ; de même, c'est le droit romain qui est cause de la disparition de la *Morgengabe* des documents des communes toscanes de Pise puis de Lucques vers le milieu du XII<sup>e</sup> siècle<sup>161</sup>.

La *tertia*, d'origine franque, correspondait au tiers des biens du mari. Elle est mentionnée dans un acte de Cluny du second tiers du XI<sup>e</sup> siècle où le don du mari à son épouse est fait in *dotalitio et spontalitio*<sup>162</sup>, ce dernier terme se trouvant également en Languedoc où il désigne cette fois la moitié des biens du mari. En Italie, les femmes franques la reçoivent mais dans les statuts de Viterbe au XIII<sup>e</sup> siècle elle est stipulée relativement aux femmes mariées sous le droit lombard. La plupart des coutumes de l'Ouest du royaume de France mentionnent également le douaire à la quotité du tiers, de l'Artois à l'Anjou, alors que le nord de l'Aquitaine ne le connaît pas ; en revanche, cette quotité est la plus souvent mentionnée en Angleterre<sup>163</sup>.

Dans l'espace couvert par le droit visigothique, la dot indirecte est bien attestée du IX<sup>e</sup> à la première moitié du XI<sup>e</sup> siècle : c'est le *decimum* (un dixième des biens du mari remis à l'épouse) qui est prévu par le *Liber iudiciorum* auquel les documents font référence. Dans le León où, comme en Catalogne, il n'est plus nommé après le milieu du X<sup>e</sup> siècle, il tend à être remplacé par la remise de la moitié des biens du mari, selon une tradition se réclamant d'une loi antérieure à la loi visigothique, la

<sup>161</sup> L. Feller, *Les Abruzzes médiévales. Territoire, économie et société en Italie centrale du IX<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle*, Rome, 1998, p. 502 ; id., « "Morgengabe", dot, *tertia* : rapport introductif », *Dots et douaires ...*, p. 1-25 ; Toubert, *Les structures...*, p. 770-774 ; L. To Figueras, « Les structures familiales de la paysannerie dans l'occident méditerranéen » dans BONNASSIE P., TOUBERT P., dir., *Hommes et sociétés dans l'Europe de l'an Mil*, Toulouse, 2004, p. 201-223 ; Wickham, *Courts...*, p. 54-55, 118 ; F. Bougard, « Dots et douaires en Italie centro-septentrionale, VIII<sup>e</sup>-XI<sup>e</sup> siècle. Un parcours documentaire » *Dots et douaires...*, p. 57-95 ; Martin, « Le droit... » ; id., « Pratiques successorales », p. 200 ; Cortese, *Il diritto...*, p. 151 ; C. Violante, « Quelques caractéristiques des structures familiales en Lombardie, Emilie et Toscane aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles » *Famille et parenté dans l'occident médiéval*, G. DUBY et J. LE GOFF dir., Rome, 1977, p. 87-148

<sup>162</sup> Bruel et Bernard, n° 2875

<sup>163</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 152 ; Toubert, *Les structures...*, p. 771 ; G. Duby, *La société aux XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles dans la région mâconnaise*, Paris, 1988 [1953], p. 217 ; Lemesle, *La société ...*, p. 125 ; P. Depreux, « La dotation de l'épouse en Aquitaine septentrionale du IX<sup>e</sup> au XII<sup>e</sup> siècle », *Dots et douaires...*, p. 221-244 ; J. Yver, « Les caractères originaux du groupe de coutumes de l'ouest de la France », *Revue historique de droit français et étranger*, 1952, p. 18-79 ; To Figueras, « Les structures... » ; Feller, *Les Abruzzes...*, p. 462 ; M. Bourin, *Villages médiévaux en Bas-Languedoc : genèse d'une sociabilité (X<sup>e</sup>-XIV<sup>e</sup> siècle)*, t. 1, Paris, 1987, p. 148-150

législation de Chindaswinthe<sup>164</sup>. La *meta*, ou *meffio*, en Italie, était le prix payé par celui qui acquérait le *mundium* de la femme qui en était la destinataire selon l'édit de Rothari ; or il est toujours attesté dans la région de Bari au XI<sup>e</sup> siècle alors qu'il semble avoir disparu ailleurs en Italie<sup>165</sup>.

Cependant, pour mieux apprécier les transformations, il importe de prendre en compte des éléments qui ne sont pas nécessairement stipulés dans les lois. Il en va ainsi pour les biens transférés dont la nature exacte est malheureusement très insuffisamment documentée. La tendance générale, si l'on suit les historiens, serait une évolution au cours de laquelle les biens immobiliers l'auraient emporté à partir du XI<sup>e</sup> siècle sur les biens meubles, qui auraient formé l'apport principal au haut Moyen Âge. Cependant il ne s'agit que d'une tendance et l'ampleur de l'inversion est difficile à mesurer car, d'après les formulaires du haut Moyen Âge, l'ensemble de l'apport marital était constitué des deux types de biens; de la même manière, après l'an mil, aux biens immobiliers s'ajoutent aussi des biens meubles (ce qui est bien attesté dans le León)<sup>166</sup>. Il est plus clair en revanche que les acquêts futurs du ménage entrent pour une part dans le douaire médiéval, ce qui était déjà prévu dans la *tertia* franque. Toutefois, selon les régions, la part des acquêts peut, soit n'être pas fixée fermement (ainsi dans le Maine ou dans le Laonnois), soit l'être (dans le León, les acquêts sont partagés par moitié par les conjoints)<sup>167</sup>.

Venons-en alors au douaire. Son hypothétique filiation depuis les divers éléments formant l'apport marital au haut Moyen Âge nous importera moins que de déterminer en quoi nous pouvons le considérer comme une nouveauté à l'époque centrale. Relativement aux caractéristiques matérielles et juridiques des biens transférés dont on vient de parler, la transformation la plus sensible semble être le passage d'un ensemble de biens clairement désignés et identifiés à une quote-part qui donne à l'épouse la possibilité de disposer d'un droit sur chacun des biens de son époux ; des différences régionales font cependant que les régions de la France médiane, de la Normandie au Mâconnais, l'Angleterre, échappent à ce principe d'assignation générale car le douaire y est précisément décrit. En revanche, de la Lombardie à la Toscane, la part revenant à la femme est une quote-part idéale du patrimoine de son époux ; la *Morgengabe* qui, alors qu'elle était encore taillées dans des terres précises au IX<sup>e</sup> siècle, est au XI<sup>e</sup> siècle assise sur un quart de l'ensemble des biens de l'époux. Dans les campagnes, cette assignation générale indéterminée permet aux paysans d'intégrer la femme à sa nouvelle famille, mais les statuts de Viterbe au milieu du XIII<sup>e</sup> siècle

<sup>164</sup> P. M. Sopena, « Relations de parenté et héritage wisigothique dans l'aristocratie du royaume de León au XI<sup>e</sup> siècle », *L'Europe héritière de l'Espagne wisigothique*, J. Fontaine et C. Pellistrandi dir., Madrid, Collection de la Casa de Velazquez, 1992, p. 315-324 ; L. To Figueras, « Les fonctions de la dot et du douaire dans la société rurale de la Catalogne (X<sup>e</sup>-XI<sup>e</sup> siècle) », *Dots et douaires...*, p. 189-217 ; M. Aurell, *Les noces du comte. Mariage et pouvoir en Catalogne (785-1213)*, Paris, 1995, p. 114-116 ; P. Bonnassie, *La Catalogne du milieu du X<sup>e</sup> à la fin du XI<sup>e</sup> siècle. Croissance et mutation d'une société*, Toulouse, 1975, repris dans *La Catalogne au tournant de l'an mil*, Paris, 1990, p. 122 ; Zimmermann, « L'usage... »

<sup>165</sup> Martin, « Le droit... » ; R. Le Jan, « Aux origines du douaire médiéval (VI<sup>e</sup>-X<sup>e</sup> siècle) », *Veuves et veuvages dans le Haut Moyen Âge*, M. Parisse dir., Paris, Picard, 1993, p. 107-121 ; Cortese, *Il diritto...*, p. 152 ; To Figueras, « Les structures... » ; Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 82 ; Bougard, « Dots... »

<sup>166</sup> Le Jan, « Aux origines... » ; Feller, *Les Abruzzes...*, p. 461 ; idem, « Morgengabe », p. 11 ; To Figueras, « Les structures... » ; Bonnassie, *La Catalogne...*, p. 122 ; Sopena, « Relations de parenté... » ; Martin, « Le droit... » ; Santinelli, « Ni morgengabe », p. 262

<sup>167</sup> L. Morelle, « Mariage et diplomatie: autour de cinq chartes de douaire dans le Laonnois-Soissonnais, 1163-1181 », *BEC*, 146, 1988, p. 225-284 ; Sopena, « Relations de parenté... » ; P. Ourliac et J. de Malafosse, *Histoire du droit privé*, t. 2, *Les biens*, Paris, 1961, p. 250 ; Lemesle, *La société ...*, p. 126

reconnaissent également la *tertia* dans ces conditions d'assignation générale. On en dira autant pour l'espace régi par le droit visigothique où le *decimum* représente un dixième des biens sans qu'aucun en particulier soit spécifiquement indiqué. Cette modification a plusieurs effets : la femme détient désormais l'usufruit des biens assignés, alors qu'auparavant, comme dans les Abruzzes, ce qu'elle recevait lui était concédé en pleine propriété avec la possibilité d'aliéner. Mais une autre conséquence est que la femme obtient ainsi un droit de regard sur l'ensemble des biens de son époux, ce qui justifie sa présence à ses côtés pour consentir aux aliénations. Enfin, le caractère incessible des biens obtenus a aussi pour effet que la femme n'en dispose pleinement que si elle devient veuve, toujours sous la forme d'usufruit : par exemple dans la charte de Cluny déjà citée, les deux époux disposent de l'usufruit de ces biens durant leur vie. Enfin, selon le droit visigothique, les enfants devaient hériter de la plus grande part de la dot constituée par le mari, aussi voit-on en Catalogne des veuves disposer du *decimum* accompagnées de leurs enfants. Dans la charte de Cluny, il est stipulé que si les époux donnent naissance à un enfant, celui-ci sera héritier du tiers donné par le mari à son épouse<sup>168</sup>.

A l'opposé de l'apport marital, la dot directe, d'origine romaine, est à la fois moins bien désignée et moins souvent mentionnée à la haute époque, alors qu'elle l'est davantage à partir du XI<sup>e</sup> siècle. Cette chronologie suffit à nous indiquer que l'influence du droit de Justinien au XII<sup>e</sup> siècle ne peut pas être la bonne explication à sa diffusion. Mais commençons par la question de la filiation entre le haut Moyen Âge et l'époque féodale, car elle a été mise en doute. Peut-on dire qu'il y en eut une ? Oui, assurément, seulement elle est moins massivement évidente que celle de la dot « indirecte ». Voyons la péninsule italienne, puisque la dot directe y est nommée : c'est le *faderfio*<sup>169</sup>, qui est mentionné à plusieurs reprises dans l'édit de Rothari ; en Catalogne, au moins une partie des biens remis à l'épouse est nommé *exovar*, ou *aixovar* qui, aujourd'hui encore, a le sens de trousseau en catalan et dont la tradition remonte aux périodes visigothique et mérovingienne. C'est tout pour le vocabulaire, l'*aixovar* étant lui-même fort peu mentionné. Dans l'espace franc, la pratique d'une dot directe est attestée au haut Moyen Âge et indiquée dans une addition à la loi salique<sup>170</sup>. Mais elle n'y reçoit pas de nom, alors qu'au XI<sup>e</sup> siècle elle peut être désignée par le terme de *maritagium*. Ce n'est jamais de manière systématique, cependant : en Vendômois par exemple, à la différence du douaire, le nom de la dot directe manque une fois sur deux. Incontestablement, les références législatives sont plus pauvres que pour l'apport marital et l'indigence du vocabulaire nous aide à comprendre pourquoi des historiens de l'espace franc ont cru à la nouveauté de la dot directe au XI<sup>e</sup> siècle ; ses dispositions seraient plutôt de l'ordre du transactionnel que du législatif, voire du coutumier. Pour autant, l'héritage existe et cela explique aussi pourquoi a contrario, selon les

<sup>168</sup> Bernard et Bruel, n° 2875 ; To Figueras, « Les fonctions de la dot » ; *id.* « Les structures », p. 206-208 ; Le Jan, « Aux origines... » ; Violante, « Quelques caractéristiques... » ; Feller, *Les Abruzzes...*, p. 462-502 ; Toubert, *Les structures...*, p. 771 ; Bonnassie, *La Catalogne...*, p. 132 ; Lemesle, *La société ...*, p. 124-126 ; Barthélemy, *La société...*, p. 543-547 ; P. Bauduin, « Du bon usage de la dot dans la Normandie ducale (X<sup>e</sup>-début du XII<sup>e</sup> siècle) », *Dots et douaires...*, p. 429-455 ; J. Nelson, « Les douaires des reines anglo-saxonnes », *Dots et douaires...*, p. 527-533

<sup>169</sup> *Edictus Rothari*, 182, 199, 200, *MGH, Legum*, t. IV, p. 43, 48-49

<sup>170</sup> *Capitula legi salicae addita*, t. LXVII, p. 238, cité par Le Jan, *Famille et pouvoir...*, p. 265

régions, la documentation donne l'impression d'une pratique déjà bien établie, au X<sup>e</sup> siècle en Normandie ou au XI<sup>e</sup> siècle dans le Maine<sup>171</sup>.

A vrai dire, si dans certaines régions les documents sont discrets sur la dot directe c'est parce que, comme dans la future Catalogne et en Asturies-León, elle est formée de biens meubles, d'argent, de bijoux, de vêtements, de bétail. De la sorte, dans les ménages paysans catalans, les biens de la dot pouvaient être investis dans l'exploitation agricole où s'installait l'épousée. Au haut Moyen Âge en Italie, le *faderfio* était déjà ainsi constitué et plus tard, au XI<sup>e</sup> et au XII<sup>e</sup> siècle, il reste principalement payé en argent. Dans la France médiane en revanche, dans le Vendômois, le Maine et la Bourgogne, les biens dotaux ne se différencient pas en nature de ceux qui forment le douaire : ils sont donc plutôt de nature immobilière, assis sur des terres ou des moulins, voire sur des églises. En Provence, la dot maritale est constituée de biens immobiliers et d'argent. Le plus souvent, c'est la future épouse qui reçoit la dot de son père ou d'un frère ; le *faderfio* en Italie (y compris à la haute époque) et la dot en Catalogne en témoignent, mais en Vendômois le *maritagium* est donné tantôt à la fille ou à la nièce à marier, tantôt au futur gendre. En tout cas, autre différence avec le douaire, la dot directe suscite plus volontiers les litiges : que cela soit en Catalogne, où elle n'est guère connue qu'à ces occasions, ou à Cluny, dans le Maine ou dans le Vendômois, la tension provient de ce qu'elle n'a pas été versée, cela quelle qu'en soit la nature ; elle suppose en effet toujours un transfert et donc elle est une perte pour le donateur, alors que le douaire, tel qu'il est constitué, préserve davantage le patrimoine de l'époux<sup>172</sup>.

Mais une disposition relative à la dot directe cherche aussi à éviter l'éclatement ou la trop grande dispersion du patrimoine paternel : son versement entraîne en effet l'exclusion de la fille dotée de sa part de l'héritage car sa dot est considérée comme une avance d'hoirie. S'agit-il d'une innovation du Moyen Âge central qui aurait pour origine le vague souvenir d'un privilège de masculinité des temps barbares ? Laurent Mayali a tordu le cou à cette seconde hypothèse et montré que l'histoire de l'exclusion est bien liée à celle de la dot. Son ancêtre le plus lointain est une loi romaine qui offre au père la possibilité d'exhérer sa fille promise en mariage en lui léguant sa dot par testament. Pour autant, il n'y avait pas encore là d'exclusion absolue car la fille pouvait, au moment de la succession, la rapporter et participer ainsi à la succession<sup>173</sup>. Par la suite, des droits comme le droit franc et le droit visigothique ignorent l'exclusion à proprement parler<sup>174</sup>. C'est en Italie, avec l'édit de Rothari, que la règle d'exhérédation est codifiée pour la première fois ; des influences romaines s'y mêlent à des influences bibliques<sup>175</sup>. Le roi Liutprand y ajoute des corrections qui ont pour effet le retour à une égalité entre fils et filles dotées ou pas, mais au milieu du XI<sup>e</sup> siècle

<sup>171</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 154 ; Feller, *Les Abruzzes...*, p. 466 ; To Figueras, « Les structures... » ; *id.*, « Les fonctions », p. 190-192 ; Violante, « Quelques caractéristiques... » ; Sopena, « Relations de parenté... » ; Le Jan, *Famille et pouvoir...*, p. 265, 291 ; Barthélemy, *La société...*, p. 547 ; *id.*, « Note sur le *maritagium* », p. 17 ; Lemesle, *La société...*, p. 127 ; Bauduin, « Du bon usage de la dot »

<sup>172</sup> Par exemple, Bernard et Bruel, n° 3301 ; Cortese, *Il diritto...*, p. 154 ; Feller, *Les Abruzzes...*, p. 466 ; To Figueras, « Les structures... » ; *id.*, « Les fonctions », p. 191-192 ; Violante, « Quelques caractéristiques... » ; Barthélemy, *La société...*, p. 544-548 ; Sopena, « Relations de parenté... » ; Lemesle, *La société...*, p. 127-129 ; Duby, *La société...*, p. 217-218 ; J. Goody, *L'évolution de la famille et du mariage en Europe*, Paris, 1985, p. 257 ; E. Magnani Soares-Christen, « Alliances matrimoniales et circulation des biens à travers les chartes provençales (X<sup>e</sup>-début du XII<sup>e</sup> siècle) », dans *Dots et douaires...*, p. 131-152

<sup>173</sup> Mayali, *Droit savant...*, p. 7 ; Poly, *La Provence...*, p. 159

<sup>174</sup> Mayali, *Droit savant...*, p. 10 ; Le Jan, « Aux origines... »

<sup>175</sup> Rothari, 181, *MGH, Legum*, t. IV, p. 42 ; Mayali, *Droit savant...*, p. 12 ; Feller, « Morgengabe... »

le *Liber Papiensis* rétablit le principe de l'exclusion en stipulant que celle-ci était conditionnée par le mariage de la fille du vivant de son père<sup>176</sup>. Cette histoire un peu en zig-zag peut expliquer les incertitudes des législateurs pisans qui l'ont prescrite en la combinant à l'obligation romaine faite au père de doter la fille qu'il marie<sup>177</sup>. En tout cas, à partir de là, l'exclusion se diffuse et s'étend à l'ouest des Alpes. En Provence, les statuts de Forcalquier, d'Arles et d'Avignon, au-delà du Rhône les coutumes de Montpellier en reprennent à des degrés divers le principe. L'ensemble de la France méridionale l'admet<sup>178</sup>. La dot directe est une anticipation de la part d'héritage de la future épouse en Catalogne<sup>179</sup>, dans le León<sup>180</sup> ainsi que dans l'ouest de la France<sup>181</sup> (puis ailleurs<sup>182</sup>) où les coutumiers du XIII<sup>e</sup> siècle stipulent l'exclusion des filles nobles dotées, à l'exception de la Normandie où cela vaut pour toutes les filles dotées<sup>183</sup>.

Terminons par une question : si la dot directe et la dot indirecte se sont transformées depuis le haut Moyen Âge, quelle part le droit y a-t-il pris ? Nous venons de voir que la dot versée par le père à sa fille, bien que n'étant pas inexistante dans le droit barbare, avait cependant pris une importance nouvelle au moins dès le XI<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire avant la renaissance du droit romain. Ce fait plaide évidemment en faveur des explications reposant sur les transformations des structures de parenté et sur l'évolution économique; il incite à considérer en premier lieu le rééquilibrage de l'échange produit par la réévaluation de la dot directe ; si le douaire est bien un moyen d'assurer la sécurité matérielle de la veuve, il importe également de prendre en compte de manière plus large la réciprocité de l'échange telle que les groupes familiaux le construisent lorsque se constitue l'alliance matrimoniale. Alors que les considérations anciennes faisaient la part belle au droit au point d'y cantonner les explications à ces transformations, les historiens semblent aujourd'hui vouloir dépasser l'alternative entre explications juridiques et explications par les structures de parenté ; tout en considérant les secondes comme fondamentales, ils n'excluent pas le poids des faits juridiques<sup>184</sup>. En effet, en ce domaine le cadre n'était pas contraignant ; il était assez souple pour permettre aux différents termes exprimant l'échange de s'adapter à des circonstances variées. Par exemple, à partir du X<sup>e</sup> siècle dans la péninsule ibérique, les biens dotaux apportés par l'épouse comprenaient des moyens de production ; or ceux-ci étaient valorisés dans un contexte où se procurer des terres était aisé. Dans les ménages paysans, les femmes apportaient donc à la fois travail et moyens d'exploitation, aussi les hommes avaient-ils tout intérêt à associer leurs épouses à la gestion du patrimoine<sup>185</sup>.

L'articulation des faits juridiques à l'évolution de la structure de l'échange se lit également en Toscane à partir de la première moitié du XI<sup>e</sup> siècle avec l'apparition des notions d'*antifactum* et de

---

<sup>176</sup> Mayali, *Droit savant...*, p. 13

<sup>177</sup> *Ibid.*, p. 23

<sup>178</sup> *Ibid.*, p. 28-57

<sup>179</sup> Bonnassie, *La Catalogne...*, p. 123 ; To Figueras, « Les fonctions de la dot »

<sup>180</sup> Sopena, « Relations de parenté... »

<sup>181</sup> Lemesle, *La société ...*, p. 127 ; D. Barthélemy, « Note sur le *maritagium* dans le grand Anjou des XI<sup>e</sup> et XII<sup>e</sup> siècles », *Femmes, mariages, lignages. XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècles. Mélanges offerts à Georges Duby*, Bruxelles, 1992, p. 9-24

<sup>182</sup> J. Yver, *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés. Essai de géographie coutumière*, Paris, Sirey, 1966.

<sup>183</sup> Yver, « Les caractères... »

<sup>184</sup> Feller, « Morgengabe... »

<sup>185</sup> To Figueras, « Les fonctions de la dot »

*contrafactum*. Cette terminologie nouvelle employée par les notaires exprime bien la réciprocité de l'échange et donc l'idée d'un lien nécessaire entre les deux termes. Elle manifeste à la fois l'assimilation des pratiques romaines de la dot et de la contre-dot dans une région où, nous l'avons vu, elles ne sont pas inconnues, et l'évolution des structures familiales<sup>186</sup>. Au haut Moyen Âge, la *Morgengabe* permettait de sceller une alliance politique entre deux groupes de parenté ; sa transformation en une assignation générale sur les biens du mari a conduit à associer l'épouse en lui accordant un droit de regard sur le patrimoine de son époux. La cellule conjugale en est donc renforcée d'autant plus que la femme, devenue veuve, était désormais protégée par son douaire, là où par le passé sa protection et sa défense incombaient à sa parenté d'origine<sup>187</sup>. Son exclusion de l'héritage paternel joue dans le sens d'un tel renforcement car, en recevant de fait dès son mariage sa part avec sa dot, l'épouse tend à être séparée de son groupe d'origine, tandis qu'inversement la protection qu'elle peut attendre du douaire n'ayant son éventuel effet que plus tard<sup>188</sup>, elle est pleinement associée, sinon à la gestion, au moins aux bénéfices tirés du patrimoine du vivant de son époux.

#### Les personnes et les biens : successions et transferts

Le droit des successions est réputé avoir changé entre le IX<sup>e</sup> et le XII<sup>e</sup> siècle, le principal changement étant le passage du partage égalitaire de la succession à un droit favorisant l'aîné en tant que chef de lignage. Malheureusement, la période antérieure au XII<sup>e</sup> siècle est très mal pourvue en documents normatifs<sup>189</sup> et les documents de la pratique renseignent très inégalement selon la région d'où ils émanent ; ainsi, dans l'ouest de la France par exemple, l'examen des chartes et des notices semblent indiquer que les contemporains manquaient des dispositions coutumières précises qui leur auraient permis de résoudre les litiges relatifs aux successions<sup>190</sup>. D'autres régions heureusement, à commencer par l'espace hispanique et péri-hispanique, en disent plus long. Commençons par le sort dévolu aux femmes avant de voir celui de tous les héritiers potentiels.

Le droit franc, avec diverses variantes, défavorisait les filles dans l'ordre de la succession aux biens immobiliers<sup>191</sup> en organisant le partage entre les fils. En l'absence de testament et de descendant, les veuves se trouvaient exclues de l'héritage au profit de la parenté paternelle<sup>192</sup> et dans le droit lombard, s'il y avait des fils, les filles n'étaient héritières des biens paternels que pour

<sup>186</sup> Bougard, « Dots... »

<sup>187</sup> To Figueras, « Les structures... »

<sup>188</sup> Goody, *L'évolution...*, p. 260

<sup>189</sup> Ourliac et Malafosse, *Histoire du droit privé...*, p. 379

<sup>190</sup> S. White, « Inheritance and Legal Arguments in Western France, 1050-1150 », *Traditio*, 43, 1987, p. 55-103

<sup>191</sup> PLS, 59,1, 59,6, *MGH, Leges*, p. 222-223 ; *Leges Burgundionum, ibid., Legum t. II*, p. 52 ; *ibid., Leges saxonum, Legum t. V*, K. de Richthofen et K.F. de Richthofen éd., Hanovre, 1875-1889, 41, p. 71 ; *Lex Thuringorum, ibid., Legum t. MGH, Legum, t. IV*, p., K.F. de Richthofen éd., 26-28, p. 123-125 ; Planas, *El problema...*, p. 258 ; O. Guillot, A. Rigaudière, Y. Sassier, *Pouvoirs et institutions dans la France médiévale. Des origines à l'époque féodale*, t. 1, Paris, 1994, p. 74 ; H.W. Goetz, « La circulation des biens à l'intérieur de la famille », *Mélanges de l'École française de Rome*, t. 111, 1999, 2, p. 861-879 ; Mayali, *Droit savant...*, p. 10

<sup>192</sup> *Leges Burgundionum* 14.2, *MGH, Legum t. II*, p. 52 ; *Lex Ribuaria* 57 (56) 1-4, *ibid. t. 3*, p. 105 ; *Lex Thuringorum* 28-30, *ibid. t. 5*, p. 126 ; Planas, *El problema...*, p. 258

une part mineure<sup>193</sup>. Ces lois avaient leur pendant dans le domaine des compositions, comme on le voit dans la loi salique qui ne permet pas aux filles d'en recevoir une part, si jamais le père a été tué<sup>194</sup>. Le droit visigothique lui-même, quoiqu'il ait assuré l'égalité à l'héritage des fils et des filles, avait prévu de rendre possible l'inégalité de la succession par le biais d'une clause, la *melioratio*: celle-ci permettait d'avantager un ou plusieurs enfants, voire petits-enfants, en leur accordant jusqu'à un tiers du patrimoine avant le partage successoral<sup>195</sup>. Ce principe survit très bien au XI<sup>e</sup> siècle, ainsi que le montrent les testaments catalans<sup>196</sup>, et même, au moins dans la noblesse, jusqu'à la fin du XII<sup>e</sup> siècle<sup>197</sup>; seulement la *melioratio* n'avantageait pas n'importe lequel des enfants: en pratique, les aînés l'étaient au détriment des cadets et les fils au détriment des filles, même si ces dernières recevaient effectivement des biens par droit d'héritage<sup>198</sup>. En Gothie par exemple, même si la loi visigothique autorisait les filles à bénéficier de la *melioratio*, les seules situations où une fille en profitait effectivement correspondent à l'absence de frère<sup>199</sup>. On n'assiste donc pas à une mutation mais plutôt au maintien d'un principe, et il en va de même dans la France du nord au XI<sup>e</sup> siècle: si les filles se trouvent désavantagées dans les faits par rapport aux fils dans la transmission du patrimoine, cela ne traduit pas une modification du système de filiation<sup>200</sup>.

C'est le régime d'égalité qui subit les transformations les plus évidentes et c'est dans la noblesse que nous le voyons le mieux; par exemple dans le León au cours de la première moitié du XI<sup>e</sup> siècle, deux frères peuvent gouverner simultanément en étant chacun pourvu du titre de comte, ce que l'on ne verra plus après le milieu du siècle. Au contraire, ce que l'on appelle classiquement la féodalisation s'effectue grâce aux faveurs que les rois consentent envers tel ou membre d'une parentèle qui, de son côté, transfère les avantages tirés de sa charge publique dans la sphère familiale; le chef de famille peut ainsi exercer un pouvoir et un contrôle sur chacun de ses membres<sup>201</sup>. De la même façon dans le Biterrois, quoique le droit d'aînesse n'existe pas, les testaments du XI<sup>e</sup> siècle avantagent plus fréquemment l'aîné<sup>202</sup>. Dans la France du nord et médiane les historiens constatent le plus souvent, selon des modalités variables, les progrès de l'aînesse et du partage inégal de la succession<sup>203</sup>. Mais, même au sein de la noblesse, le principe du partage égalitaire du patrimoine ne cède pas uniformément: ainsi en Provence au X<sup>e</sup> siècle, selon les règles

<sup>193</sup> Feller, « Morgengabe... »; Martin, « Pratiques successorales... »

<sup>194</sup> PLS 62, *MGH, Leges*, p. 227-228; P. Guichard, *Histoire de la famille*, t. 2, *Les temps médiévaux: Orient-Occident*, A. Burguière et alii dir., Paris, 1986, p. 68.

<sup>195</sup> *Leges visigothorum* IV.2.18, IV.5.1, *MGH, Legum* t. I, p. 185-187, 195-198

<sup>196</sup> Sopena, « Relations de parenté... »; To Figueras, « Droit et succession dans la noblesse féodale. A propos des usages de Barcelone (XI<sup>e</sup>-XII<sup>e</sup> siècle), dans J. Beaucamp, G. Dagron dir., *La transmission du patrimoine: Byzance et l'aire méditerranéenne*, Paris, 1998, p. 247-269

<sup>197</sup> To Figueras, « Droits et succession... »

<sup>198</sup> To Figueras, *ibid.*; *id.*, « Les structures », p. 219; Bonnassie, *La Catalogne...*, p. 125;

<sup>199</sup> C. Duhamel-Amado, « Circulation des biens à l'intérieur de la famille aristocratique de la Gothie au X<sup>e</sup> siècle », *Mélanges de l'École française de Rome*, t. 111, 1999, 2, p. 895-910

<sup>200</sup> R. Le Jan, « De la France du Nord à l'Empire. Réflexions sur les structures de parenté au tournant de l'An Mil », P. Bonnassie, P. Toubert dir., *Hommes et sociétés dans l'Europe de l'an Mil*, Toulouse, 2004, p. 163-184

<sup>201</sup> Sopena, « Relations de parenté... »

<sup>202</sup> Bourin, *Villages méridionaux...*, p. 148-150

<sup>203</sup> Barthélemy, *La société...*, p. 533; Duby, *La société...*, p. 225; Le Jan, *Famille et pouvoir...*, p. 258; M. Parisse, *La noblesse lorraine. X<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles*, Lille-Paris, 1976, p. 374; Morelle, « Mariage... », Lemesle, *La société...*, p. 118; Yver, « Les caractères... »

romaines<sup>204</sup>, en Gascogne jusqu'au XIII<sup>e</sup> siècle<sup>205</sup>, chez les comtes de Blois-Champagne jusqu'au milieu du XII<sup>e</sup> siècle<sup>206</sup> et dans la noblesse champenoise où le partage des domaines se pratique encore au-delà du XII<sup>e</sup> siècle<sup>207</sup>.

En León, le partage du patrimoine s'appuyait sur les normes visigothiques grâce à des coutumes qui fondaient leur autorité en disant leur conformité à la loi. Le procédé le plus courant était de créer des *divisas* ou *portiones* sous forme de quote-part aux héritiers, parts qui semblent avoir été effectives et pas simplement virtuelles. Un autre moyen était le *colmellum divisionis* qui consistait à diviser les biens en autant de lots qu'il existait d'héritiers, puis de tirer au sort entre eux, ce qui aboutissait à créer de nettes différences entre ce que chacun recevait<sup>208</sup>. Le tirage au sort (prévu dans le Digeste) était également pratiqué en Provence au X<sup>e</sup> siècle<sup>209</sup>.

Si les transformations des structures politiques vers la féodalité, pour dire vite, ont favorisé le droit d'aînesse, de son côté la croissance démographique à partir de cette époque a œuvré en faveur de la pratique de l'indivision<sup>210</sup>. Partout où elle était mise en œuvre, elle avait pour but de conserver l'intégrité du patrimoine, tout en pouvant fort bien être couplée à la pratique de la *melioratio*<sup>211</sup>. En Mâconnais, elle se répand au cours du XI<sup>e</sup> siècle ; à la fin du XI<sup>e</sup> sa forme la plus courante est la frêrêche<sup>212</sup>, où le domaine est tenu en commun par les frères ; elle est connue aussi en Provence où elle ne s'oppose donc pas à la division<sup>213</sup>. Au Latium, sous des formes concrètes très diverses, la constitution d'une frêrêche ne s'accompagne pas d'un acte formel, à la différence des autres régions d'Italie. L'indivision du patrimoine n'excluait ni l'exploitation individuelle du bien-fonds ni les remises en cause à la génération suivante, ni même sa cessation au cours de la vie des héritiers<sup>214</sup>.

Parmi les transformations qui affectent la transmission des patrimoines, il en est une qui, à nos yeux actuels, demeure encore environnée d'un halo d'incertitude ; elle touche au droit de disposer de ses biens, donc à la réserve héréditaire. Celle-ci existait déjà dans les droits barbares, selon des modalités diverses, représentant un cinquième du patrimoine dans le droit visigothique, la moitié dans le droit burgonde, peut-être un tiers chez les Francs<sup>215</sup>. Cependant il n'est pas toujours facile de déterminer ce qui reste de cette législation après l'époque carolingienne. Dans l'espace franc par exemple, les documents de la région angevine laissent peu de doutes sur l'existence d'une réserve héréditaire mais sa quotité éventuelle n'est pas explicitement établie<sup>216</sup> et, si quotité il y a (elle serait égale à la moitié), elle s'accorde mal aux dispositions du droit franc ou du droit

---

<sup>204</sup> Poly, *La Provence...*, p. 157

<sup>205</sup> B. Cursente, *Des maisons et des hommes : la Gascogne médiévale. XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècle*, Toulouse, 1998, p. 146-148

<sup>206</sup> Le Jan, *Famille et pouvoir...*, p. 259

<sup>207</sup> T. Evergates, *The Aristocracy in the County of Champagne, 1100-1300*, Philadelphie, 2007, p. 189

<sup>208</sup> Sopena, « Relations de parenté... » ; Planas, *El problema...*, p. 262-263

<sup>209</sup> Poly, *La Provence...*, p. 157

<sup>210</sup> Toubert, *Les structures...*, p. 717

<sup>211</sup> Bonnassie, *La Catalogne...*, p. 125

<sup>212</sup> Duby, *La société...*, p. 218-220

<sup>213</sup> Poly, *La Provence...*, p. 159-160

<sup>214</sup> Toubert, *Les structures...*, p. 717-720

<sup>215</sup> J.L. Thireau, « Les origines de la réserve héréditaire des coutumes du groupe angevin », *RHDFE*, 1986, p. 351-388

<sup>216</sup> Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 119

visigothique<sup>217</sup>. Les régions directement régies par celui-ci livrent en revanche des indications plus visibles, comme souvent. Si les legs ne peuvent théoriquement dépasser le cinquième du patrimoine, ils l'excèdent fréquemment en Catalogne, non pas en faveur d'un frère ou d'une sœur mais, à partir du XI<sup>e</sup> siècle, des établissements religieux<sup>218</sup>. C'est également à leur profit qu'en León à la même époque, la quotité disponible passe peu à peu du cinquième au tiers<sup>219</sup>.

L'édit de Rothari avait établi une distinction entre le régime juridique des biens patrimoniaux et celui des acquêts, le consentement des parents à l'aliénation éventuelle des biens n'étant requis que pour les seconds ; les premiers étaient au contraire censés constituer un socle inaliénable. Cette distinction et les principes qui en découlent devaient par la suite inspirer les statuts des communes<sup>220</sup>, mais néanmoins le principe d'inaliénabilité allait être battu en brèche par les donations *pro remedio animae*. Le consentement parental, la *laudatio parentum*, apparaît à la fin du VIII<sup>e</sup> siècle<sup>221</sup>. Les approches anthropologiques l'ont récemment interprétée dans la perspective eschatologique du salut, car ceux qui octroyaient leur consentement étaient alors associés à tous les bienfaits spirituels délivrés par les communautés religieuses<sup>222</sup>. Sans exclure ces raisons qui sont avant tout les justifications fournies par ceux qui étaient à la fois les bénéficiaires des biens matériels et les auteurs des documents, les actes justifiaient également le droit des individus à disposer de leurs biens : en Gothie au XI<sup>e</sup> siècle, ils font référence au droit visigothique, romain ou salique, cela dans le but de garantir les aumônes et les mettre à l'abri des pressions des parents proches<sup>223</sup>.

La multiplication des consentements s'explique en effet moins par les transformations des structures familiales que par la réforme monastique du X<sup>e</sup> siècle et par l'évolution affectant les transferts de biens patrimoniaux. De plus en plus fréquemment, à partir du X<sup>e</sup> siècle, l'autonomie des établissements religieux vis-à-vis des familles nobles (surtout à l'ouest du Rhin, là où reculent nettement les monastères « familiaux ») entraîne un transfert définitif des biens donnés en aumône ; soustraits du patrimoine, ils cessent d'être ce qu'ils avaient presque toujours été dans le passé, c'est-à-dire des biens placés sous la tutelle d'un monastère familial ou privé. Ils échappent désormais au donateur et à ses parents et à toute possibilité pour eux de continuer de bénéficier de divers droits d'usage<sup>224</sup>.

Si bien que, par un paradoxe qui n'est qu'apparent, la multiplication des consentements est également contemporaine des tensions générées par ceux qui conservent un droit sur l'héritage commun. En effet, dans un grand nombre de litiges relatifs à la possession des terres, les opposants sont des héritiers qui invoquent leurs droits sur l'héritage<sup>225</sup> ou l'absence de consentement à un

<sup>217</sup> Thireau, « Les origines... »

<sup>218</sup> Bonnassie, *La Catalogne...*, p. 124 ; Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

<sup>219</sup> Sopena, « Relations de parenté... »

<sup>220</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 156

<sup>221</sup> Le Jan, *Famille et pouvoir...*, p. 240

<sup>222</sup> S. White, *Custom, Kinship and Gifts to Saints. The Laudatio Parentum in western France, 1050-1150*, Chapel Hill-Londres, 1988

<sup>223</sup> Duhamel-Amado, « Circulation des biens... »

<sup>224</sup> L. Morelle, « Les "actes de précaire", instruments de transferts patrimoniaux (France du nord et de l'est, VIII<sup>e</sup> – XI<sup>e</sup> siècle) », *Mélanges de l'École française de Rome*, 111, 1999- 2, p. 607-647 ; B. Lemesle, « Les querelles ont-elles une vocation sociale ? Le cas des transferts fonciers en Anjou au XI<sup>e</sup> siècle », *Le Moyen Âge*, 2, 2009, t. CXV, p. 337-364

<sup>225</sup> Le Jan, « De la France du nord », p. 165

don<sup>226</sup>. En Catalogne, des donations intra-familiales qui se faisaient secrètement, pour des raisons que les documents n'explicitent pas, créent des tensions<sup>227</sup>. En Asturies-León à partir de la seconde moitié du XI<sup>e</sup> siècle, les parentèles nobiliaires qui passent peu à peu sous le contrôle d'un chef de famille réagissent parfois violemment (jusqu'à l'assassinat d'un parent) aux amputations de patrimoine en faveur de l'Église. Ceux qui mettent en cause les dons protestent en disant que les biens donnés ont appartenu à leurs parents et l'un d'eux allègue la violation des dispositions de la loi visigothique pour tenter d'empêcher l'accomplissement des dernières volontés d'un défunt<sup>228</sup>.

Si bien, au total, que les transformations sociales, politiques et religieuses du X<sup>e</sup> et du XI<sup>e</sup> siècle ont eu raison du vieux droit barbare en conduisant à l'abandon progressif, à des vitesses cependant très différentes, du principe du partage égalitaire entre les mâles. Celui-ci résiste quand même mieux dans la paysannerie et chez les petits possesseurs grâce aux différentes formules d'indivision, tandis que le partage inégal du patrimoine et les nouvelles modalités de transferts patrimoniaux comptent parmi les grandes causes des tensions et des conflits de cette époque.

Terminons en reprenant l'une de nos remarques initiales. Le texte écrit par Ralph Niger entre 1179 et 1189 est symptomatique d'une volonté de mettre en question les lois barbares auxquelles l'auteur reproche de réduire toutes les causes à se conclure par des amendes pécuniaires. En plaçant ses idées dans la bouche d'un maître réputé avoir enseigné le droit romain, Pepo, Ralph Niger affirme la supériorité du droit de Justinien en faveur duquel les lois germaniques doivent être abrogées ; cela dit aussi, classiquement, que la force du droit romain qui s'impose à peu près partout dans la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle a eu raison des droits hérités directement des lois barbares là où ils continuaient à former un véritable ordre législatif. Cela est vrai, mais les pages qui précèdent ont imposé des corrections à cette vue dont l'épisode en question donne une bonne illustration en ce que le droit romain n'est pas seul en question. L'hostilité de son auteur au système germanique des compositions pécuniaires manifeste en effet tout autant une volonté d'imposer l'ordre pénal canonique dans la ligne d'un courant répressif qui n'est pas tout à fait nouveau à cette époque : il s'exprimait déjà par exemple chez Burchard de Worms au début du XI<sup>e</sup> siècle, précisément pour le cas dont s'occupe Ralph Niger (le meurtre d'un esclave)<sup>229</sup>. L'effacement des droits barbares dans cette période où commence à se construire l'État moderne n'est ni simple ni linéaire ; nous ne pouvons pas le tenir pour un pur ensevelissement par les droits nouveaux, féodal, coutumier ou romain. Il a en réalité été confronté à ces droits autant qu'il a cohabité avec eux avant de s'effacer.

La péninsule italienne offre à cet égard une belle mosaïque de situations concrètes : outre la pluralité des lois qui, par exemple, caractérise le Sud, des populations régies par la loi lombarde peuvent adopter des pratiques romaines, comme les femmes lombardes de Gênes qui disposent librement de leurs biens<sup>230</sup> ou celles de Bari qui recourent à la foi au droit commun pour ce qui regarde leur *mundium*, et au droit romain pour les contrats et les testaments<sup>231</sup> ; là où la personnalité

<sup>226</sup> Lemesle, *Conflits et justice...*, p. 111-120

<sup>227</sup> To Figueras, « Droits et succession... »

<sup>228</sup> Sopena, « Relations de parenté... »

<sup>229</sup> Carbasse, « *Ne homines...* »

<sup>230</sup> Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 156

<sup>231</sup> Cortese, *Il diritto...*, p. 330 ; Martin, « Pratiques successorales... »

des lois est toujours affirmée, les coutumes locales effacent les différences en soumettant chacun à des règles identiques. Cela peut ne pas être vrai partout cependant car les coutumes communes ne sont pas adoptées systématiquement, laissant voisiner des populations soumises à leurs droits propres<sup>232</sup>. Au XII<sup>e</sup> siècle, le droit lombard demeure utilisé conjointement au droit romain dans une cité comme Pise, ce qui peut donner lieu à des interférences comme celle que l'on voit dans le document d'un juge public où un terme provenant d'une loi du roi Liutprand, passé dans la loi lombarde, surgit encore en 1185<sup>233</sup>. L'évolution va pourtant vers l'uniformisation car au XIII<sup>e</sup> siècle, en dépit des professions de loi et de l'affirmation des traditions, c'est elle qui recouvre les différences<sup>234</sup> : le droit romain finit par s'instiller dans le droit lombard et sa romanisation constante signe son abrogation progressive<sup>235</sup>. Dans l'espace régi par le *Liber iudiciorum*, la rédaction des *Usatges* de Barcelone n'a pas entraîné l'abolition immédiate de la loi des Visigoths : elle a encore subsisté comme législation générale en Catalogne jusqu'à la fin du XII<sup>e</sup> siècle; en revanche les *Usatges* sont appliqués dans les procès qui relèvent du droit féodal car ils sont adaptés à ces nouvelles situations que ne prenaient pas en compte le *Liber*<sup>236</sup>. Mais, dans la seconde moitié du XII<sup>e</sup> siècle, le droit romain s'impose en Catalogne : il supprime définitivement le droit visigothique qui passe à l'état de coutume<sup>237</sup>.

Cela nous redit bien que le rythme de l'abrogation des droits barbares dans tout l'Occident est très inégal : nous n'avons pas cessé de voir qu'il obéit à des chronologies différentes qui ne se calent pas exactement sur la renaissance et sur la propagation du droit de Justinien, même s'il ne conviendrait pas, a contrario, de sous-estimer le rôle décisif de celles-ci *in fine*. Ce qui, au-delà de toutes les raisons qui expliquent les transformations, tient aussi à ce que les lois barbares étaient fortement romaines et que les règles nouvelles, coutumières, adaptées aux conditions de leur époque, n'étaient pas elles-mêmes exemptes des persistantes influences juridiques romaines.

Bruno Lemesle

---

<sup>232</sup> Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 155

<sup>233</sup> Wickham, *Courts...*, p. 140

<sup>234</sup> Padoa-Schioppa, *Il diritto...*, p. 158

<sup>235</sup> Wickham, *Courts...*, p. 116-117

<sup>236</sup> Planas, *El problema...*, p. 217 ; Zimmermann, « L'usage... » ; Iglesia-Ferreiros, « La creacion... »

<sup>237</sup> Zimmermann, « L'usage... »