

*Nature humaine, territorialité et personnalité.
L'étranger dans les coutumes pénales
médiévales bordelaises*

Gérard GUYON

Au maître Paul Ourliac

Le droit coutumier bordelais se situe, on le sait¹, à la charnière des pays de coutumes et des pays de droit écrit. Ses origines sont ignorées, comme pour beaucoup d'autres. D'abord par insuffisance des textes, contrairement à d'autres régions plus favorisées, même avant le XII^e siècle, comme la Provence ou la Normandie, ou le milieu du XII^e siècle pour Toulouse. Mais aussi en raison des strates juridiques nombreux nés des influences géographiques et historiques — fonds gallique recouvert par un fonds romain que renforcent les conquêtes et la rapide assimilation de l'Aquitaine —. Les chartes de la fin du IX^e siècle rapportent des formules traditionnelles comme « *sicut mos est* », « *secundum consuetudinem terrae* » et cette influence des premiers peuples gascons, fortement

1. Parmi une très large bibliographie sur les coutumes, on notera plus particulièrement : J.-M. CARBASSE, *Bibliographie des coutumes méridionales*, Montpellier, *S. H. D. E.*, X, 1979, p. 7-89. M. GOURON, *Les chartes de franchises de Guyenne et Gascogne*, Paris, 1935. P. OURLIAC, *Las costumbres del Sudoeste de Francia*, dans *Anuario de Historia del Derecho Espanol*, t. XXIII, p. 407-422. IDEM, *Regard sur le droit béarnais*, dans *Hommage à R. Szramkiewicz*, Paris, 1998, p. 259-270. En dernier lieu, la mise au point bibliographique dans J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit*, Paris, 1998, p. 127-128.

marqués par des traditions militaires et féodales, se vérifie dans les caractères « nobles » figurant dans de nombreux articles des coutumes. Ainsi, dans un très vaste ressort qui englobe une large partie de la Guyenne et de la Gascogne, de vieux fonds coutumiers, un droit féodal d'inspiration anglo-normande, conséquence du rattachement de la Guyenne à l'empire angevin, enfin le droit romain, traduisent la complexité du système juridique bordelais dans ses origines².

A partir du XIII^e siècle, des incertitudes sont néanmoins présentes dans la rédaction elle-même des coutumes. Les dates de cette dernière se situent en effet entre 1240 et 1368, ce processus continu de mise par écrit est d'ailleurs assez général. Les recueils sont hétérogènes. Comme en témoignent les mentions figurant dans les plus anciens articles et apparues dans les vingt dernières années du XIII^e siècle (entre 1278 et 1293). On y distingue peu à peu un « rite bordelais » des « notables » et enfin des « usages » (*utsages*, en Gascon). Les coutumes tiennent aussi compte des décisions de justice et ne sont souvent que la transcription des jugements tenus à jour par les rédacteurs. La complexité des sources judiciaires du droit coutumier bordelais s'explique aussi par la présence, à côté des usages, de cinq juridictions locales (prévôt de l'Ombrière, prévôt de la Ville, Justice du Maire, cour des jurats, cour du Sénéchal ou juge des appels). C'est le résultat d'une suzeraineté anglaise dès 1152 — dont les Bordelais sont loin de se plaindre — et d'une souveraineté française à partir de 1362. À ces sources, et interférant avec les usages, s'ajoutent les ordonnances

2. Après le livre classique de J. Yver, P. OURLIAC a tout récemment souligné le caractère de « pays de contraste jusqu'au XIII^e siècle » du Bordelais, à propos de l'analyse du Grand Cartulaire de la Sauve-Majeure dans *Trois cartulaires méridionaux*, dans *Revue historique de droit français et étranger*, 1997, 2, p. 268 s. (le poids du « *mos in illa patria* », la bonne connaissance du droit canon vers 1250 et l'ignorance du droit romain aux XI^e et XII^e siècles). En ce qui concerne les origines des coutumes bordelaises, Y. RENOARD a retenu les dates de 1253-1254 pour la rédaction du *Rolle de la Vila* dans *La date des établissements de Bordeaux*, dans *Le Moyen Age*, 1947, p. 61-82. Mais l'influence des Etablissements de Rouen n'est pas assez solidement argumentée selon P. OURLIAC, *Glanes de droit bordelais, l'homicide et sa répression*, dans *Etudes offertes à P. Jaubert*, Bordeaux, 1992, p. 552.

(« établissements ») des archevêques de Bordeaux et les sentences des cours seigneuriales locales, ecclésiastiques et laïques³.

Enfin, on ne peut pas séparer les coutumes des praticiens qui jouent un rôle fondamental dans la mise par écrit du droit coutumier. Ils sont appelés « *Costumers, prodomes, sabys en drept* ». Ces juristes connaissent parfaitement le droit local et la « science des espèces » qui en est l'architecture propre, mais ils sont rapidement formés, dès la deuxième moitié du XIII^e siècle, au « *jus scriptum* » et leur présence et action sur les coutumes sont attestées par certains manuscrits du XIV^e siècle (entre 1330 et 1376) dans des annotations latines figurant en dessous des articles des coutumes⁴. Certaines notes sont plus longues et beaucoup plus explicites que le texte lui-même. Elles confèrent les usages bordelais avec le droit romain (Digeste, Code, Institutes, Nouvelles) et citent les noms et œuvres des grands auteurs du droit savant romain (Azon, Cynus de Pistoie, Cyprianus, Dinus Mugellanus, Odofredus) ou du droit canonique (Jean André, Guy de Baisio, Guillaume Durand, Bernard de Pavie, Henri de Suze), à propos des Décrétales de Grégoire IX et du Liber Sextus.

Dans cet appareillage de sources, le droit pénal a une certaine singularité. D'abord, c'est général, les coutumiers sont souvent, et en premier lieu, des codes de pénalité. C'est le cas à Bordeaux. Il existe un fragment ancien dont la date se situe aux alentours de 1248 et qui est le développement du « *Rolle de la Vila* »⁵, c'est-à-

3. Sur l'histoire de la justice dans le Sud-Ouest, P. OURLIAC, *Juges et justiciables au XI^e siècle, les boni homines*, dans *Justice et justiciables, Mélanges H. Vidal*, Montpellier, 1994, p. 17-93 ; l'article 13 du *Rolle de la Vila* prévoit expressément les pouvoirs du sénéchal « e deu jurar a totz les homes de la Comunia que ed los guardera et defendra lor e lor causas, e lor costumaz et la franquessa, e los establimentz de la Comunia salva la fizeutat de nostre senhor le rey d'Angleterra, a bona fey ».

4. Il existe cinq manuscrits des anciennes coutumes : un à la Bibliothèque Nationale ; trois conservés aux Archives Municipales de Bordeaux (Ms A, Ms D, appelé aussi Ms PÉRY, après 1451 ; Ms C vers 1480) ; un conservé à la British Library de Londres qui est une variante du Ms PÉRY. Enfin, des sources font état d'un exemplaire du XVII^e siècle, dénommé Ms CLEIRAC dont une copie aurait été déposée à la Faculté de Droit de Bordeaux. Cf. G. D. GUYON, *Les textes de la Coutume de Bordeaux et leurs éditions*, dans *Revue française d'histoire du livre*, 1978, a. 47, nouvelle série, n° 19, p. 319-414.

5. P. OURLIAC, *Glanes de droit bordelais, art. cit.*, p. 551, qui fait le point sur les différentes étapes de la rédaction des coutumes jusqu'à leur forme définitive à la fin du XIV^e siècle.

dire les statuts primitifs de la Ville de Bordeaux. Ce texte a été mélangé avec les autres articles au moment de la rédaction des statuts de la ville et forme même une sorte de *corpus* de droit pénal, le plus ancien et le mieux constitué dans la rédaction des coutumes bordelaises. On retrouve ce droit pénal dans les articles 11 à 55 et 56 à 168. La datation la plus tardive de ces articles est 1280. Ils reprennent sous des formes proches les 84 articles du *Rolle de la Vila* (appelé aussi dans certains manuscrits *las costumaz et los Establiments de la Villa de Bordeu*)⁶ et traitent, sans aucun ordre précis, des crimes, des peines et des procédures. Soixante-cinq articles des coutumes, sur les 156 consacrés au total au droit pénal, font l'objet d'annotations latines. Trente-et-un indiquent l'accord ou non avec le *jus scriptum* et cinq renvoient à des auteurs du droit savant⁷.

C'est dans cette matière assez composite que nous voudrions traiter de la condition particulière de l'étranger, l'« *estrani* » ou l'« *home de foro* » comme le désignent le plus souvent les articles des coutumes⁸. On s'aperçoit, d'emblée, qu'il s'agit d'un domaine qui appartient au vieux droit bordelais, qui forme la première armature juridique du droit urbain local. C'est ce qui explique que les articles qui traitent de l'étranger sont rarement annotés et conférés avec le droit romain, même aux *veteres leges* parfois réactivées pour donner aux usages une force nouvelle et une autorité élargie. Mais cela ne signifie pas toujours que l'origine romaine soit absente, comme on peut le voir dans la liste de certains crimes et leurs sanctions⁹.

En outre, comme l'a noté jadis P. Ourliac¹⁰, il y a tellement de dispositions différentes, de détails et de difficulté même à les établir avec certitude, en ce qui concerne le statut de l'étranger dans

6. Edition H. BARCKHAUSEN, *Le livre des coutumes*, Bordeaux, 1980.

7. 23 annotations sont *juri consona*, 8 *juri dissona*. Nous avons fait un relevé exhaustif de toutes les citations, retrouvé les mentions fausses ou interverties. Le Digeste est cité 32 fois, le Code 23, les Institutes 3, les Nouvelles 5.

8. Sur l'appellation « l'homme estrangé » dans les coutumes des XIII^e-XV^e siècles, M. BOULET-SAUTEL, *L'aubain dans la France coutumière*, dans *L'Etranger, Recueil Société J. Bodin*, 2, 1958, p. 85.

9. P. OURLIAC, *Glanes de droit bordelais, art. cit.*, p. 556 (les crimes donnant lieu à déchéance de toutes les franchises et libertés).

10. *La condition de l'étranger dans la région toulousaine au Moyen Age*, dans *L'Etranger, Rec. Soc. J. Bodin, op. cit.*, p. 103.

les coutumes, qu'il vaut mieux s'attacher aux grandes lignes de forces selon les systèmes sociaux en présence. Comme il convient aussi de ne pas oublier que peuvent varier, tout en étant essentiels au corps social, à la communauté en cause, les « exercices d'identification de l'étranger » pour prendre les termes du philosophe J.-F. Lyotard¹¹. Ce qui déborde largement le champ juridique traditionnel. Au-delà de situations parfois aberrantes, de conditions souvent très spéciales des étrangers dans les villes, il y a, dans les coutumes urbaines, des données parfaitement claires sur lesquelles nous voudrions construire cette étude. En premier lieu, l'étranger relève de la notion de *causa necessaria* qui gouverne les villes médiévales¹². Celles-ci modèlent et adaptent leurs besoins, font leur « police » en fonction d'une utilité publique qui inclut tout ce qui relève de la protection des personnes et des biens. La *Communia* si fréquemment invoquée partout — dans les articles des coutumes de Bordeaux, le terme est sans cesse repris, à propos de l'étranger —, forme gasconne de la *Communitas*, n'a pas un sens territorial et institutionnel précis, mais exprime plutôt une très forte solidarité entre les membres, une unité sociale déterminante dans ce cas. C'est par rapport à celle-ci que se dessine, plus ou moins nettement, le concept d'étranger et les règles pénales qui le concernent¹³. La référence est d'ordre relationnel, privé, et même éminemment morale¹⁴, comme certains articles des coutumes bordelaises le montrent parfaitement. On le sait, entre les règles municipales relatives à l'économie et celles concernant les mœurs, l'écart est mince. A peu près toutes les administrations des villes franchissent le pas, ne serait-ce que par l'extrême variété des

11. *L'Autre dans les énoncés prescriptifs et le problème de l'autonomie*, dans *En marge, l'Occident et ses autres*, Paris, 1978. On pourra ajouter avec profit dans ce domaine, les ouvrages de L. POLIAKOW, *La causalité diabolique, essai sur l'origine des persécutions*, Paris, 1980 et ses émules comme J. M. ROBERTS, *Mythology of secret societies*, Londres, 1972 (sur la personnification et la dramatisation de l'étranger et l'irrationalité sociale et politique qui en découle).

12. A. RIGAUDIÈRE, *Perspectives*, dans *Gouverner la ville au Moyen Age*, 1993, p. 513 et J.-M. CAUCHIES, *Potere cittadino e interventi principeschi nei Paesi Bassi del quattrocento*, dans *Principi e città alla fine del medioevo*, Centro di studi sulla civiltà del tardo medioevo San Miniato, 1996, p. 19-26 (sur la législation et la justice à l'égard des étrangers).

13. P. OURLIAC, *La condition de l'étranger*, art. cit., p. 101-108.

14. A. RIGAUDIÈRE, *Universitas, corpus, communitas et consulatus*, dans *Gouverner la ville*, op. cit., p. 25-26, 35 s.

ordonnances en matière de police des mœurs qui concernent peu ou prou les étrangers¹⁵.

Restent beaucoup de questions autour de ces prescriptions qui désignent l'étranger au regard de la forte solidarité pénale entre les habitants de la ville. Les dispositions protectrices de l'étranger sont rares. Elles concernent, comme partout, les étrangers marchands auxquels sont reconnus des droits spéciaux ou du moins — on pourra le vérifier — à propos desquels figurent des affirmations rassurantes. Mais les particularismes restent la règle et traduisent que l'écart traditionnel entre la communauté rurale (naturellement hostile à tout ce qui est exogène à la *Communia*) et la ville libre dans laquelle l'étranger est devenu un citoyen, demeure flou, en l'état aussi de la connaissance de l'histoire des textes. Cette donnée doit également être étudiée en fonction de l'existence visible ou non d'un *pactum pacis* qui semble l'emporter sur la simple référence à une communauté de résidence. Mais le droit romain n'y est sans doute pas absent et certains articles des coutumes montrent que c'est l'*origo* qui trace la ligne de séparation entre le bourgeois et l'étranger.

Enfin, il nous paraît clair que l'étranger sert aussi d'étalonnage dans un régime discriminatoire destiné à assurer la défense collective des bourgeois contre les agressions qui lèsent l'ordre public, la paix établie, les valeurs et les intérêts locaux communs¹⁶ et conformément à un partage du pouvoir de juger différemment organisé (entre représentants de la communauté et seigneur)¹⁷. Mais il faut aller encore plus loin. Une lecture des coutumes, plus attentive, montre que c'est l'étranger qui est la mesure ultime du droit des gens, le seuil au-delà duquel s'arrête la communion naturelle humaine. Il ne s'agit plus de notions juridiques classiques de territoire, de personne, mais une manière

15. A. RIGAUDIÈRE, *Réglementations urbaines et législations d'Etat*, op. cit., p. 134-135.

16. Sur ce point caractéristique du tournant urbain du droit pénal au XII^e siècle et du passage de la justice civile (*justicia*) à une justice criminelle (*vindicta publica*) qui entraîne des peines exemplaires, une nouvelle procédure, des preuves plus rationnelles, J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, 1990, p. 95.

17. Voir les axes de recherche posés par A. RIGAUDIÈRE à ce sujet dans *Perspectives*, art. cit., p. 516. Le cas de l'Aquitaine avec sa hiérarchie judiciaire complexe est très révélateur et la justice de l'étranger très représentative.

de définir et d'exclure, par le moyen du droit pénal, ceux que leur comportement a totalement écartés de la communauté humaine. Ceux-là sont hors nature, participant d'un état sauvage (*quasi lupus*)¹⁸. Au-delà de toute réparation, pardon, ils sont inexcusables. Ils ont franchi le seuil de la nature humaine que le droit romain (la mention y est explicite) et la religion (car pour saint Thomas, tous les actes de l'homme ne sont pas humains)¹⁹ ont soigneusement circonscrit. Dans les degrés d'exclusion qui frappent les étrangers, les coutumes offrent l'exemple d'un point culminant : celui d'une réduction à l'étranger total, irrémédiable qui annonce, par préterition, les crimes contre les droits de l'homme contemporains.

L'IDENTIFICATION DE L'ÉTRANGER AU REGARD DU DROIT PÉNAL

Les mentions relatives aux droits de l'étranger sont en petit nombre : 7 articles dans le *Rolle de la Vila* ; 9 articles dans le *libro de Costumas*²⁰. Ces 16 articles se répètent parfois, ce qui montre la manière dont le texte a été composé, mais il existe cependant des variantes et surtout le *libro de Costumas* est plus complet et semble aller beaucoup plus loin, à la fois dans la protection de l'étranger connu et installé, et à l'inverse très restrictif et punitif à l'égard des personnes totalement étrangères à la communauté des habitants, comme en témoignent la procédure pénale et l'insistance à opposer minutieusement bourgeois de la ville, « *borgès*, » et « *stranis* ». C'est cette opposition qui caractérise le plus ce droit coutumier de l'étranger. Ce qui n'est pas du tout spécifique à Bordeaux, comme

18. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 97, 236. Le rapport entre *Morale, droit et histoire du droit* a été très récemment souligné par J. GAUDEMET, dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kanonistische Abteilung*, LXXXIII, 1997, p. 12-21 qui cite des références du droit romain et canonique médiéval tout à fait à propos de notre sujet.

19. Tout le *Traité du mal* de saint Thomas d'Aquin (traduction Nouvelle Edition latine, 1992) est à lire dans cette perspective et dans la *Somme Théologique*, IIa IIae, q. 57 s. 25 (traduction de D. MONGILLO, Le Cerf, Paris, 1984, tome 2, p. 483 s.).

20. Respectivement les articles 20, 26, 38, 45, 51, 55 et 3, 22, 23, 32, 35, 38, 39, 43, 101.

cela a pu être montré pour tout le Sud-Ouest d'abord²¹, où la méfiance, l'animosité vont de pair avec des dispositions protectrices.

L'étranger connu et protégé

Ce point mis en exergue ne signifie pas qu'il s'agit d'un statut général, où se vérifiaient en quelque sorte des droits de l'étranger et dans lesquels la discrimination serait l'exception. C'est bien plutôt le contraire. car la connaissance (reconnaissance) et protection de l'étranger part du principe coutumier constitutif, on l'a dit, de la charte urbaine, à savoir la *communitas*, la « *communia* ».

Les articles des coutumes insistent tous — pour ce qui concerne l'ensemble du droit pénal — sur l'état des personnes. Les franchises, les privilèges de la ville sont la loi personnelle des bourgeois. C'est le *pactum*, la *concordia* initiale sur lesquels tout le droit se greffe²². S'y ajoute très nettement la réputation, la renommée. Les termes utilisés sont récurrents : « *dignes de fée* » (art. 13) ; « *home prodhome* », « *ondrable* », « *honorable* » (art. 22) ; « *no diffamada* » (art. 32) ; « *no suspencionosas* » (art. 33) ; « *aucun maubolent, o enemic* » (sans qu'on lui veuille du mal, sans ennemi) (art. 35) ; non inscrits sur le registre des bannis, « *paper mortau* » (art. 36) ; « *escruiet en cominau paupeir* » (art. 55). De même que sont soulignés dans presque tous les articles les termes « *borgès* », « *habitans* », « *homes de la communia* » (art. 39). C'est-à-dire ceux qui cumulent les garanties des quatre droits « *franquessas, fors, ley de terra, ley de pays* » (art. 49). De même, le domicile n'est pas, au sens strict, le seul titre d'appartenance à la ville. Certes, il est essentiel en ce qui regarde la sujétion du territoire. On le verra pour l'entrée et la sortie des étrangers, l'obligation des coutumes du lieu, ainsi que la détermination du tribunal compétent. Mais c'est en réalité une conception large du domicile. L'identification de l'étranger est, à cet égard, un point essentiel. Elle est l'occasion de séparer « *l'home strani* » à la fois du

21. P. OURLIAC, *La condition de l'étranger*, art. cit., p. 105.

22. Dont ils peuvent être déchus, auxquels ils peuvent aussi renoncer : cf. les *Roles Gascons*, tome IV, p. 282, n° 1028 (29.6.1313), cités par P. OURLIAC dans *Glanes de droit bordelais*, art. cit., p. 560, 557 note 14 (ceux « qui recedent de burgesia ») ; cas de bourgeois qui craignent la partialité de la justice municipale et préfèrent appeler leur adversaire « selon la coutume de la terre », *i. e.* le duel.

lieu même de la ville (*intra muros*) et du domicile proprement dit. L'art. 35 prévoit soigneusement le cas de « *l'home mort o trobat mort* » quelle que soit la raison, *en alcuna maneyra, o negat* (noyé), *o en outra maneyra (mort naturau o per accident)*, aussi bien dans la ville (*dints la Vila*) ou à l'extérieur, dans la banlieue (*la ballegua*). Ce terme implique aussi beaucoup plus largement le territoire. La banlieue est vague, englobe le plat-pays proche des remparts, alors même que ceux-ci servent de *locus* au droit pénal, en particulier en ce qui concerne les étrangers.

Le domicile dans la ville n'est donc pas exigé. Le même article 35 parle de l'étranger « *ostalal* » (installé) ou « *marchandissae* » (marchand), mais surtout il insiste sur la nécessité d'être reconnu par quelqu'un de la ville²³. Le quasi-domicile suffit donc, le séjour du marchand si bref soit-il, pourvu qu'il soit attesté par les habitants. Nous touchons là un point qui a déjà été souligné pour d'autres lieux²⁴ et qui montre que, au-delà des affirmations rassurantes générales et de la reconnaissance de droits et de protections spéciales aux étrangers marchands, l'étranger doit être connu, qu'il doit même fréquemment se réclamer de quelqu'un de la ville et que sa qualité propre d'étranger doit être associée à une réputation et renommée favorables et même publiques s'il veut bénéficier de la *favor juris*²⁵. Les causes nécessaires, citées plus haut, gouvernent la ville et mêlent ainsi la protection de la communauté et ses divers intérêts économiques et sociaux entre autres.

Le droit pénal de l'étranger

Artisan de la définition et de l'identification de l'étranger, le droit pénal coutumier est pour l'essentiel un moyen de défense collectif des bourgeois de la ville contre les agressions des étrangers. Cette matière des délits et des peines spécifiques fait

23. « Que pusqua star conogut per alcuna persona ».

24. M. BOULET-SAUTEL, *L'aubain dans la France coutumière*, art. cit., p. 87.

25. L'article 22 punit de 65 sous ceux qui battent un étranger (« bat o fey injuria »), mais celui-ci doit être « estrani merquadey, prodome, bon home honorable » et la note latine sous le texte du manuscrit D ajoute « Secus si non sit probus homo ».

l'objet de minutieuses prescriptions²⁶. L'étranger y est non seulement astreint aux lois pénales particulières du territoire de la ville de Bordeaux, mais tenu à l'écart du *pactum pacis*, soumis à diverses incapacités procédurales, puni plus sévèrement s'il a porté atteinte à la vie et aux biens des habitants. Le tout dans un contexte qui tolère largement les violences²⁷, mais fixe des limites spécifiques à celles commises par des étrangers et ne leur laisse même pas toujours la possibilité de bénéficier du simple droit des gens. Car la punition de l'étranger relève d'une vindicte collective dans laquelle la solidarité pénale entre membres de la commune témoigne de la perpétuation d'une certaine vengeance privée qui se prolonge, atteint le principe de la personnalité des peines et laisse place à une certaine entraide. Ces caractéristiques sont les signes, dans la procédure comme dans les délits et les peines, d'un droit pénal propre aux étrangers, qui les isole d'abord par rapport au droit pénal des bourgeois de la ville et même ensuite d'un droit naturel commun rappelé par l'expression gasconne « *tot home* ».

Les délits commis par les étrangers

Tous les articles consacrés aux délits dans le droit pénal de l'étranger ne sont pas explicites sur ce point. C'est le mot « *fortfey* » qui est le plus utilisé et qui a d'abord le sens général de commettre un dommage physique, sans plus, comme l'indiquent les articles 3, 23, 26 du *libro de Costumas*, « *que home estrani fortfey au borgès* », « *forfade* » ou « *aie tort* » (art. 15). Mais ce terme est en général suivi de la précision « *sia batesson* », « *o plagna* » (art. 13), « *essi lo baten o plaguen* », « *si aucuns homs de defora bat aucun home de la communia* » (art. 51) du *Rolle de la Vila* qui ne laisse pas de doute sur la nature de la violence : il s'agit de coups, d'agression physique entraînant la formation d'une plaie ou non. Celui qui a reçu le coup est un « *batut* ». Ce n'est qu'exceptionnellement qu'est mentionnée la nature de l'acte ou ses conséquences : l'étranger qui a séquestré un Bordelais « *pres* », ou tué, « *aura mort* » (art. 55) du *Rolle de la Vila*.

Cette relative absence de précision du crime est à mettre en parallèle avec la manière dont sont soigneusement désignés les

26. On en a un exemple dans L. BERNARD, *Une ville de consulat : Millau en Rouergue*, Millau, 1938, p. 58-66 où les procédures et les peines sont étudiées en détail.

27. J.-M. CARBASSE, *Introduction historique*, op. cit., p. 91.

délits commis par les habitants bourgeois de Bordeaux — vol caractérisé, rapines, homicide, diffamation, injure verbale, blessure « *par ferrament esmolut* » ou non, « *traï cotet* » (tire un couteau) — suivie des conséquences — membres perdus, situation de la plaie au-dessus ou au-dessous de l'œil (avec péril pour la victime ou non) —, art. 5 des *Coutumes* et art. 50 et 52 du *Rolle de la Vila* ; adultère, enlèvement, incendie, sans compter, sous l'influence des principes romains, la liste des « peines publiques exemplaires et dissuasives » qui figurent comme autant de cas ducaux pour les causes les plus graves²⁸ et permettent de faire une nette différence avec les cas mineurs qui relèvent de la charte²⁹. Mais à Bordeaux, contrairement à d'autres villes du Nord, il n'y a pas de juridiction particulière servant à réprimer les délits commis par les étrangers³⁰. Ce qui montre que la ville, dans ce domaine pénal comme dans d'autres, se situe à l'intersection des deux « genres » : les villes des communes où l'on vise en premier lieu à favoriser les transactions par une pacification des conflits entre bourgeois et les consulats méridionaux qui sont beaucoup plus précisément portés par les principes romains des peines publiques³¹.

Les peines infligées aux étrangers — la procédure

Au contraire, les peines figurent toujours expressément et s'organisent autour de la règle très générale de l'amende de 65 sous qui figure à l'article 1 des coutumes. Elle est double pour l'étranger : soit 130 sous. Ainsi dans les plus vieux articles du *Rolle de la Vila* (art. 3) et l'art. 23 des *Costumas* qui est beaucoup plus détaillé : « *sy aucuns homs de defora bat aucun home de la communia, se guatguera doblament* ». L'article 23 ajoute l'amende

28. P. OURLIAC, *Glanes de droit bordelais*, art. cit., p. 556.

29. A. RIGAUDIÈRE fait de cette question un élément clé du partage du pouvoir de juger entre les représentants de la communauté et le seigneur : *Perspectives*, dans *Gouverner la ville*, op. cit., p. 516.

30. Cf. pour la Flandre, R. C. VAN CAENEGEM, *Geschiedenis van het strafrecht in Vlaanderen van de XIe tot de XIVe eeuw*, Bruxelles, 1954 et pour le Sud-Est, M.-L. CARLIN, *Le droit pénal dans les statuts de Nice au XIII^e siècle*, dans *Etudes offertes à P. Jaubert*, op. cit., p. 121-131 où la méfiance à l'égard des étrangers est particulièrement forte.

31. J.-M. CARBASSE, *Consulats méridionaux et justice criminelle, XII^e-XIV^e siècle*, Montpellier, 1974, I^e partie, et pour une mise au point plus générale, *Introduction historique au droit pénal*, op. cit., p. 103-104.

honorable « *au batut, à lesguart deu Mayer et deux jurats* » et condamne l'étranger non solvable au pilori, mais n'introduit pas de dommages-intérêts, réparations civiles, contrairement à l'article 13 qui punit les coups selon l'état de la personne, son métier, son incapacité, « *guardar estat de las personas, et la vita et la forma et lo mester* », prend en compte les soins du médecin, « *le Mecge et tot son jornans si es home de mester* », et qui ajoute « *outra la guatge* » des réparations, « *divers esmenda* », qui ne se trouvent pas, par conséquent, incluses dans le prix de l'amende et sont fixées circonstanciellément par le Maire et les jurats³². Il semble bien que cet article 13 soit un complément ajouté aux dispositions générales forfaitaires des articles 3, 23 et 51 qui ne font état que du doublement de l'amende ou du pilori. Ce dernier met l'accent sur la question de la solvabilité de l'étranger. C'est un problème très général dans les dispositions coutumières des villes³³.

A Bordeaux, il trouve sa solution, par exemple, dans l'obligation pour l'étranger qui a fait un tort (un dommage, sans précision, art. 15 du *Rolle de la Vila*) de donner caution au prévôt de la ville, sinon n'importe quel habitant peut le faire arrêter ou l'arrêter lui-même « *si per aventura l'om estranis s'en volia fugir* »³⁴. Ce rôle des habitants vis-à-vis de l'étranger témoigne de la place de la solidarité et de la défense collective. Toutefois, le Bordelais ne connaît pas, dans ses coutumes, la pratique des

32. Cette question de la réparation civile est intéressante. Elle est, ici, distincte de l'amende et expressément prévue par la coutume. L'article 22 prévoit une extension « morale », avec les termes : « *divers esmenda* » au profit de la victime. Sur la bibliographie, R. FEENSTRA, *Théorie sur la réparation civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius*, dans *Etudes d'histoire du droit privé offertes à P. Petot*, Paris, 1959, p. 157 s. Y. BONGERT, *Rétribution et réparation dans l'ancien droit français*, dans *M. S. H. D. B.*, 1988 (*Etudes J. Metman*), p. 59-107. Le cas a pu être étudié très précisément à Toulouse par H. GILLES, *Une cause d'injure à Toulouse, à la fin du XIII^e siècle*, dans *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, XVII, 1969, p. 119-144.

33. Voir par exemple dans J. GILISSEN, *Le statut des étrangers en Belgique du XII^e au XVI^e siècle*, dans *L'Etranger, op. cit.*, p. 231-331 (303) ; J.-M. CARBASSE, *Introduction historique, op. cit.*, p. 281 ; A. LAINGUI et A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal* (s.l.n.d.), p. 126 s., qui montrent que le pilori est utilisé pour punir les petits délits et excès, violence, coups, « injures réelles », mais aussi comme peine auxiliaire à une peine plus grave comme le bannissement.

34. L'article 101 prévoit plus généralement que l'étranger peut être arrêté pour dette.

expéditions punitives contre les étrangers, comme cela a pu être le cas ailleurs, ni la libération par force d'un bourgeois pris pour un forain à l'intérieur de la ville, ni après le milieu du XIII^e siècle la pratique de brûler sa maison³⁵. Mais il y a des traces de cette entraide et défense dans des mesures explicites. Les *Etablissements de Bordeaux* (manuscrit C. f^o 40 et f^o 52 recto) prévoient des peines d'amende plus lourdes (6 livres et demie) et surtout qu'après les sommations, le maire et les jurats marcheront contre lui avec la commune, lui feront tout le mal d'usage et le tiendront dans la prison de Saint-Eloi, tant qu'il n'aura pas expié son crime (« *ad voluntatem majoris et juratorum* »). De même, l'article 55 interdit à un étranger qui aurait séquestré un Bordelais de venir dans la ville, sans autorisation des maire et jurats, mais surtout de la victime ou des amis de celle-ci. On voit bien la portée de cette disposition plutôt protectrice pour l'étranger qui risquerait d'être mis à mort sans délai ! La même règle s'applique en cas de coups ou d'homicide. Et l'article 83 répète ce bannissement général qui inclut évidemment les étrangers dans les dispositions relatives aux « *banits* » inscrits sur un registre spécial³⁶ et qui sont écartés définitivement de la ville, « *nulhs homs forbannit per crim no post deguns temps defforbanir* » (art. 28). Moins totale, l'interdiction de rentrer dans la ville, en cas de vol d'un objet par un étranger qui refuse de s'en remettre à la justice du maire et des jurats (art. 20), montre toutefois que les habitants veulent que leurs plaintes contre les étrangers aboutissent et soient traitées devant leur juridiction³⁷.

La procédure d'arrestation de l'étranger résulte de l'article 38 dont une note latine d'un manuscrit des coutumes du XIV^e siècle

35. L'abattis ou destruction de maison est prohibé après 1250 dans les coutumes de Bordeaux et d'Agen, pour ce qui concerne les criminels, et il n'y a pas de dispositions spéciales pour les étrangers. Alors que de nombreux témoignages montrent que c'est encore le cas au bas moyen âge. Cf. par exemple J.-M. CAUCHIES, *Valenciennes et les comtes de Hainaut (milieu XIII^e-milieu XV^e siècle, dans Valenciennes aux XIV^e et XV^e siècles, Valenciennes, 1996, p. 67-88 (85).*

36. Les articles 28 et 36 traitent soigneusement de ce registre appelé « papez deus morts » ou « papez mortau ». Ceux qui y sont inscrits sont « *cum sy era mort a justicia* » (mort civile) et la liste des bannis est tenue et scellée par le maire, son lieutenant et deux jurats pour éviter tout faux en écriture et radiation.

37. Exigence répétée dans l'article 38 lorsqu'il s'agit d'un jurat lui-même « *que se correlha d'aucun home de foro deu aver droit* » (devant le prévôt du roi).

renvoie à une rubrique « *de arrestar home estrany* ». Celle-ci ne figure pas expressément dans le texte, mais correspond certainement à l'article 15 qui autorise tout habitant à retenir un étranger qui ayant causé un dommage voudrait s'enfuir et même l'autorise à demander de l'aide jusqu'à l'arrivée du prévôt et des sergents : « *si aucun home de la Communia erian aqui, et le deven ajudar, si ed los en requert a luy arestar* ». Toutefois, ceux qui ne l'arrêtent pas ne sont pas punissables. Ce droit existe, même en l'absence de flagrant délit. Il suffit que le bourgeois pousse le cri convenu « *biafora* », cri traditionnel de haro dans la procédure d'arrestation bordelaise de l'art. 32 qui l'exige pour tout acte commis de jour³⁸. Ainsi, lorsque la violence ou le vol de jour ont été commis par un étranger, contre la volonté du bourgeois, celui-ci peut s'adresser directement au prévôt seigneurial et demander l'application du « *for et la costuma de la terra* ». Ce n'est donc pas le droit urbain local qui s'applique. Le coupable est soumis corps et bien à la justice du roi-duc.

Les dispositions relatives aux peines sont donc à la fois claires, en ce qu'elles isolent parfaitement l'étranger du bourgeois de la ville. Elles montrent même la force d'une distinction entre criminalité endogène et criminalité exogène³⁹, mais elles portent aussi la trace de l'ancienneté des règles, de la rédaction continue et enchevêtrée des coutumes pénales où coexistent l'ancien et le nouveau, après la fin du XIII^e siècle. L'exemple final le plus révélateur concerne l'article 50 du *Rolle de la Vila* qui prévoit un « *pactum pacis* », bien dans la tradition des compositions pécuniaires anciennes et de la solidarité familiale féodale dont les villes ont longtemps hérité. Alors que le chef de famille qui blesse ou mutilé involontairement une personne de la maison ne doit pourvoir qu'à la nourriture et aux soins de celle-ci, sans payer

38. Sur le terme *biafora*, Du Cange : « *Bannum seu clamor publicus, quo edito, communiae, burgenses, aliique vicorum aut urbium incolae cum armis, domo egredi* », qui cite le *Regestum Constabulariae Burdegalensis*, f^o 92.

39. Question posée avec une grande pertinence par J.-M. CARBASSE dans *Ne homines interficiantur, quelques remarques sur la sanction médiévale de l'homicide*, dans *Auctoritates, Xenia R. C. van Caenegem oblata, Juris scripta historica*, XIII, Bruxelles, 1997, p. 185. C'est Philippe III le Hardi qui abroge en 1280 les compositions pour homicide qui subsistaient dans les coutumes. J.-M. CARBASSE, *Philippe III le Hardi et les mauvaises coutumes pénales en Gascogne*, dans *Hommage à G. Boulvert*, Nice, 1987, p. 153-162. Enfin en 1357, le dauphin Charles condamne, au nom de la raison et pour le « bien de justice », les tractations dans tous les cas criminels et capitaux.

l'amende de 300 sous (« *e so fait es quites* »), la note latine ajoutée dans les manuscrits C et D indique « *hic quod ille qui vulneret aliquem de familia sua non debet vadium solvere... ; quod secus est ubi extraneus vulneratur* ». Ce qui est une manière claire d'exclure l'étranger du rachat du wergeld dont le montant rappelle la vieille composition de la loi salique⁴⁰. Pratique attestée au moins jusqu'à l'ordonnance de 1280 de Philippe III le Hardi.

L'étranger reste donc largement à l'écart de la communauté des habitants. Même si une ambiguïté demeure dans la rédaction un peu contradictoire des articles 38 et 39 des Coutumes sur le témoignage, il semble bien que seuls les « *homes de la Communia* » peuvent témoigner, que les étrangers ne peuvent introduire une demande « *panzats en merce* » (*remissio mercedis*), sollicitation, selon H. Barckhausen, devant la Cour du Maire pour soutenir les prétentions d'un prévenu, car celui-ci encourrait une peine double (art. 26). Toute la procédure accusatoire qui reste la règle pour les habitants — dans le cadre de la vieille entente entre les parties sauf pour certains crimes graves — les exclut totalement⁴¹. De même, on ne peut pas dire, pour Bordeaux, qu'à aucun moment, on entrevoit l'hypothèse d'une sorte de réciprocité législative, comme c'est le cas à Bayonne, où la peine du bourgeois qui tuerait un étranger serait celle que ce dernier aurait subie selon sa propre coutume⁴². La seule mention que l'on peut relever est très générale (art. 39). Elle s'appuie sur la nécessité de payer une amende de 65 sous dans le cas de coups portés par un bourgeois en colère au moyen d'un instrument contondant, « *trey ferrament esmoud contra*

40. Au titre 41, article 1 à 6. Si la victime était « *in truste dominica* », le wergeld était de 600 sous pour un Franc, 300 pour un Romain (soit triplé par rapport aux 200 sous de l'homme libre ordinaire). Sur la continuité de la pratique, le rôle des *paciarii* en Catalogne, Italie, des *boni homines*, P. OURLIAC, *Juges et justiciables*, art. cit., p. 17 s. Du même auteur : *Cautions et otages dans les fors de Béarn*, dans *Satura Roberto Feenstra oblata*, Fribourg, 1985, p. 289 qui montre que, jusqu'au XIV^e siècle, les litiges peuvent être réglés : « *aut mediante judicio, aut pacis federe* ».

41. Sur la lenteur de l'évolution pratique de la procédure, A. LAINGUI, *Accusation et inquisition en pays de coutumes (XIII^e-XV^e siècles)*, dans *Etudes offertes à P. Jaubert*, op. cit., p. 414-429.

42. Décision prise par le maire et les cent pairs de Bayonne, en 1296. P. OURLIAC, *Glanes de droit bordelais*, art. cit., p. 554 ; IDEM, *Regard sur le droit béarnais*, art. cit., p. 266 et la note 35. Le souci de réciprocité empêche que celui qui a tué un étranger soit pendu. Il s'agit d'un cas exemplaire où l'autorité municipale doit s'enquérir de la coutume personnelle de la victime.

aucun iradement ». Sinon, la ville pourrait être diffamée par les étrangers qui ont des lois plus dures. La nécessité de réprimer les violences, largement admises par ailleurs, s'appuie sur une justification comparative.

Ces constatations permettent de dire, avec précaution toutefois, qu'on ne trouve pas à Bordeaux de témoignages d'une attitude systématiquement hostile. Des traces de lettres de marques ont été relevées et l'on sait combien elles sont un prolongement de la vengeance privée et permettent de réparer immédiatement un dommage causé par un étranger par le moyen d'exécution sur les biens de ses compatriotes qui se trouvent sur le territoire de la ville⁴³. Ces représailles peuvent concerner des actes illicites, pas seulement contractuels. On ne trouve pas non plus d'exemple net d'atteinte à la personnalité des peines, particulière aux étrangers, les rares mentions de confiscation ne sont pas propres aux délits commis par les étrangers, ou alors pour des crimes d'exception⁴⁴ dont il importe maintenant de dire la nature et la signification pénale. L'étranger dans les coutumes bordelaises y devient la mesure ultime d'une criminalité qui non seulement éloigne l'individu du concert des droits et des franchises urbaines, mais le désigne, par la gravité de son acte, comme étranger à la nature humaine et aux droits de l'homme.

43. P. C. TIMBAL, *Les lettres de marque dans le droit de la France médiévale*, dans *L'Etranger*, *op. cit.*, p. 111 qui cite un *olim* de 1270 (I, 817, 7) concernant un habitant de Bordeaux.

44. Les cas de confiscation concernent les homicides, la peine capitale, le bannissement perpétuel et portent sur les meubles et immeubles, avec des exceptions (biens de l'épouse épargnée, biens des créanciers). La confiscation peut être soit générale, soit partielle. Elle est toujours l'accessoire d'une peine afflictive et corporelle grave. L'article 50 la prévoit lorsque le coupable a usé de sortilèges. Elle est, dans ce cas, associée au bannissement ou « longa prison ». Les articles 27, 40, 43, 46, 49, 50 en traitent, mais il s'agit d'un sujet qui débordé trop largement notre étude. Ils montrent toutefois que la liste des crimes entraînant confiscation est limitée ; au XIII^e siècle, l'influence romaine est perceptible. Mais les manuscrits annotés ne font pas référence aux Nouvelles 17, C. 12 et 134 C. 13 qui sont traditionnellement invoquées. Par contre est cité le texte du Digeste 50, 2, 2, 2 et 7, comme illustration à la règle « ne patris nota filius maculetur ».

LA RÉDUCTION À L'ÉTRANGER COMME PEINE ET LES CRIMES CONTRE LA NATURE HUMAINE

La forte solidarité qui unit les habitants de la ville, et dont nous avons souligné les effets à l'égard des étrangers, trace également des limites pénales plus singulières. On voit ainsi se dessiner dans les coutumes une stratification rigide, avec d'une part le « *borges onrable* », l'habitant honorable et prudhomme, l'homme de la commune installé et reconnu comme tel par ses pairs, qui bénéficie de la loi personnelle complète à laquelle il adhère par le serment. Les droits et privilèges dont il dispose sont énoncés avec soin et répétés sous des formes gasconnes : « *franquessas, fors, libertat, privilegi, ley de terra, ley de pays, servanssas* ». Il est certain que les franchises, libertés, privilèges et même *usatges* ou *servanssas*⁴⁵ sont synonymes, portent sur les coutumes de la ville et découlent très précisément de la *Communia*. De même, les expressions *ley de terra, ley de pays* traduisent l'ancien droit de la terre, la coutume seigneuriale, la possibilité ou l'obligation pour le bourgeois de se soumettre à la justice ducal, comme sans doute — encore que les exemples pratiques manquent sur ce point, après le XIV^e siècle — de recourir à la vieille procédure « *de appeu de Batalha* », du gage de bataille, duel judiciaire attesté encore en 1438 et qui figure en tête de certains manuscrits de la Coutume⁴⁶. Viennent ensuite ceux qui se trouvent relégués hors de la communauté de la ville pour leurs actes délictuels qui offensent le pacte de solidarité et de paix. Neuf articles des anciennes coutumes mentionnent cette mise à l'écart dans lesquels deux conceptions illustrent, de manière différente, les pénalités.

La réduction à l'étranger comme peine coutumière propre

Cette première conception de ces délits correspond aux limites que l'autorité seigneuriale a tracé vis-à-vis des libertés urbaines. La perte des franchises et privilèges est en quelque sorte

45. L'expression figure seulement dans l'article 35 du *Libro de Costumas*.

46. Sur la procédure du duel judiciaire à Bordeaux, G. D. GUYON, *La procédure du duel judiciaire dans l'ancien droit coutumier bordelais*, dans *Mélanges R Aubenas, Rec. Mém. et Trav. Soc. hist. des anciens pays de droit écrit*, 1974, p. 387-409 et pour l'ensemble du Midi, J.-M. CARBASSE, *Le duel judiciaire dans les coutumes méridionales*, dans *Annales du Midi*, 1975, p. 385-405.

extérieure à la *Communia*. L'article 27 énonce ainsi 16 cas précis où le seigneur est atteint dans ses droits de battre monnaie, de sceau, lorsqu'un habitant s'est vengé au moyen de son ennemi, a comploté, a livré son château ou une ville lui appartenant dont il avait la garde, a dérobé son trésor, a commis des violences, l'a tué, lui ou son héritier, a pris sa femme par séduction, sortilège, est hérétique, a attenté à sa justice (art. 44). Ces exemples pour lesquels des rapprochements entre les cas ducaux de Normandie ont été soulignés font perdre au criminel ses franchises⁴⁷. L'article 27 fait partie de ceux qui sont annotés largement par le commentateur anonyme de la coutume. Les liens et même l'origine romaine de ces règles sont rapportés au texte de la *lex julia majestatis* « *propter enormitatem criminis* » qui autorise une totale confiscation des biens, et avec la peine capitale exclut définitivement les auteurs de ces actes de toute protection des lois de la ville. Il s'agit d'un domaine où peut être mesuré le degré de la romanisation du droit pénal dans les coutumes « *quia omnis delinquens offendit rem publicam* »⁴⁸. Ici, même si le serment à l'égard des « *établissements de la ville* » est rompu, c'est moins la solidarité interne du groupe qui est en cause que la compétence réservée de la justice du seigneur et donc du Sénéchal. Se trouve ainsi tracée la ligne de partage du pouvoir de juger, comme le rappelle l'article 3 du *Rolle de la Vila* qui place les coutumes sous réserve des droits du roi d'Angleterre (*salva la fizeutat de nostre senhor lo rey d'Angleterra*).

La seconde conception est semble-t-il d'une autre nature. D'autres articles des coutumes mettent en effet l'accent sur des crimes dont les conséquences portent expressément sur la cohésion sociale et finalement morale qui sous-tend l'organisation et la paix de la ville. Il est possible d'établir des degrés de gravité qui conduisent à exclure l'habitant de la ville, à en faire un étranger au regard de la communauté et finalement le mettre hors la loi. Six exemples figurent dans les articles 33, 40, 49, 51. L'article 3 traite des violences de nuit (précisément des « *barreyadors o brisador de*

47. Le texte est annoté D. 48, 4, 10 - C. 9, 8, 6, ainsi que le titre « *de falsis* » de la *lex Cornelia de Siccariis*, D. 48, 10, 13 - C. 3, 13, 5 et pour donner plus de force à son exclusion et de sévérité aux peines, le commentaire assimile les intérêts de la ville de Bordeaux à ceux de la République et du peuple romain « *quod adversus populus Romanorum, vel adversus securitatem eius committimus* » (D. 48, 4, 1).

48. Cf. A. PADOA SCHIOPPA, *Delitto e pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi*, dans *Studia Gratiana*, XX, 1976, p. 270-287.

hostaus de nuyt, pres sur lo feyt »), forceurs de maison, avec effraction constatée par des témoins et pris sur le fait, ou ceux qui ont agressé et enlevé des femmes publiques (*fempna commons*). Pour ceux-là « *for franquessas de la vila no los baut* ». Vient ensuite le cas du meurtre commis en prison. L'article 51 prévoit que les franchises ne jouent pas lorsqu'un prisonnier a tué une autre personne enfermée avec lui. La raison invoquée est d'abord le caractère commun du crime qui ne souffre aucune rémission (déjà noté dans l'article 55) et qui est assimilé au même acte qui aurait été accompli à l'extérieur. Mais surtout la prison est considérée comme le lieu de garde et de sûreté (*seguitat*) pour ceux qui attendent que la justice se prononce. Elle est un gage du droit de chaque habitant d'être jugé selon son mérite (« *per far dreit a cascun segont sont merit* »). Ce sera donc au seigneur de connaître de ce crime avant même que soit jugé celui qui avait été la cause de l'emprisonnement.

Le troisième exemple concerne les crimes contre nature (art. 40) « *si pecca contra natura* ». La sévérité de la coutume est assez commune et générale : peine de mort et confiscation des biens et perte des « *franquessas et libertat de terra* ». Mais ce qui est aussi remarquable c'est l'importance de l'annotation latine qui déclare la peine conforme au « *ius scriptum* », en citant le titre de la constitution de Justinien « *de adulteriis* »⁴⁹. La note ajoute une conception beaucoup plus large du crime en l'incluant dans le champ d'application religieux emprunté à la Nouvelle « *ut non luxuriantur contra natura* » qui traite du serment, du sacrilège et des actes impies : « *impiis actibus et civitates cum hominibus puniter (sic) perierunt* »⁵⁰. De la même manière, l'article 41 et son commentaire latin traitant du suicide (meurtre de soi-même) aboutissent à la même exclusion de l'auteur « *nulla franquessa de terra no los vaut* ». Le texte prévoit soigneusement les diverses formes de mort : en général tous ceux qui désespèrent de la vie, « *cum tots hom quis desespera pert la franquessa* ». Cela implique ceux qui se tuent par le moyen d'une épée, se pendent, se jettent à l'eau, sautent d'une tour ou d'une maison ou d'un autre lieu et ceux qui renient leur foi, si c'est ainsi qu'il faut les considérer comme des renégats (hérétiques) dans l'expression : « *cum de renegar sa ley* ». Dans ce cas, le commentaire est plus restrictif que la coutume. La

49. C. 9, 9, 30 : « ... ubi Venus mutatur in alteram formam ».

50. (Authentique, LXXVIII, Collatio VI, 5, 1 et 2) Nouvelle 7.

règle romaine « *de his qui sibi mortem conscriverunt* »⁵¹ est recopiée mot pour mot et l'on sait qu'elle admet que le dégoût de la vie ou l'impossibilité de supporter la douleur sont des excuses au suicide⁵².

Le dernier exemple est tiré des articles 49 et 50 qui traitent des « *fay tilhas* ». Ce terme recouvre en fait des pratiques criminelles qui vont du sortilège, de la magie, à l'empoisonnement. La crainte de ces actes mystérieux contre lesquels l'autorité est impuissante, le secret qui les entoure, la dissimulation facile des preuves sont invoqués pour justifier une exclusion radicale. Le texte de l'article 49 ajoute, en une liste précise, que leur auteur « *pert la franquessa, et so l'ajuda for ni ley de terra ni de pays* », qu'un tel crime conduit à « *estre ars au fuc* », les biens confisqués, car il s'agit d'actes les plus horribles qui soient « *en sa maneyra plus horribla que outra* ». Là encore, l'annotation manuscrite latine juge cet usage conforme au *ius scriptum* et renvoie au titre « *de maleficis et mathematicis et ceteris similibus* »⁵³.

Ainsi se trouve franchi un seuil nouveau d'exclusion et de réduction à l'étranger comme peine. L'habitant de la ville qui a commis de tels crimes perd toute protection selon les privilèges. Il est soit justiciable de la justice seigneuriale, soit mis à mort sans qu'aucune rémission, caution, composition puisse être possible. Mais surtout, en dépit d'une rédaction qui apparaît confuse et souvent superposée, l'on s'aperçoit que la Coutume fait une différence très nette entre les actes qui entraînent — *de facto* — la perte des privilèges et les autres. Si l'on suit la rédaction des coutumes dans l'ordre des manuscrits conservés à Bordeaux et qui ne correspond pas à l'édition Barckhausen⁵⁴, on peut en déduire que ce sont les articles les plus récents qui font mention de la perte

51. D. 48, 21, 3, 4 et 6. Les coutumes bordelaises sont moins dures que celles qui infligent un procès au cadavre, font supporter à la dépouille des marques d'infamie (traînement sur une claie, corps jeté parmi les détritres de la ville). L'influence du droit romain est à souligner et les arrêts des juges atténueront, avec le temps, cette sévérité en ouvrant la voie aux faits justificatifs.

52. « *Nisi taedio vitae vel impatientia alicujus doloris tractus est hoc facere* ».

53. C. 9, 18, 1 à 5.

54. Les manuscrits A, B, C et D varient légèrement quant à la chronologie des articles et ils ne comportent pas tous une numérotation qui a d'ailleurs été ajoutée postérieurement.

des privilèges, alors que les usages se référant à des pratiques anciennes (art. 21 : meurtrier enterré vivant sous le cadavre de sa victime) n'indiquent jamais la perte des privilèges⁵⁵. Peut-être même parce qu'ils ne sont que des survivances du vieux droit pénal des origines urbaines.

Au contraire, dans les cas étudiés, la gravité exceptionnelle du crime, l'atteinte subie par le corps social lui-même, au-delà de la victime, entraînent une déchéance totale des droits de la ville. Celle-ci complète la peine, cumule l'exclusion juridique et l'exclusion sociale et justifie l'exception au principe de la personnalité des peines. Enfin, par la confiscation des biens c'est l'ensemble du patrimoine familial du condamné qui est atteint⁵⁶.

L'étranger selon la nature

Il reste une dernière question dont nous avons fait état dans l'introduction et qui constitue le point d'aboutissement du droit pénal de l'étranger dans les coutumes bordelaises.

Ces dispositions coutumières n'apparaissent que dans deux articles (43 et 46). Elles montrent là encore une progression nette dans la définition des cas d'exclusion des privilèges urbains ; elles concernent toutes les deux la protection des enfants qui ont pu être l'objet de sévices ou d'actes particulièrement odieux qu'il s'agit de punir de manière exemplaire. Mais surtout, bien au-delà d'une classification d'ordre juridique, les articles de la coutume indiquent très expressément que les auteurs de ces crimes doivent être considérés comme des étrangers « *cum homo strani* ». L'on retrouve donc l'étranger comme mesure ultime du droit et des libertés, mais surtout comme modèle de l'inhumain. Car en effet, c'est sur cette base de la nature humaine, à partir de fondements bien explicités — ceux du droit romain et ceux du droit canonique — que les coutumes bordelaises mettent hors la loi humaine ces criminels infâmes.

55. Exemples, les articles 17, 21, 24, 25, 30 qui prévoient tous la peine capitale, par pendaison ou décapitation. La seule note qui peut relever de la compétence judiciaire établie selon les anciens établissements de la ville est contenue dans l'article 29 qui oblige à présenter le condamné à mort au prévôt de l'Ombrière, représentant seigneurial.

56. Les notes latines font référence au Digeste (D. 48, 19) « *de poenis* », qui permet de moduler la peine selon les circonstances.

Le premier exemple vient de l'article 46 qui concerne les actes commis en utilisant des cadavres d'enfants morts. Cet aspect particulièrement macabre est longuement détaillé dans la coutume. Il est lié aux pratiques de sorcellerie et de magie, alors assez courantes, car plusieurs articles des coutumes le condamnent⁵⁷. Le texte indique que ces criminels déterrèrent les morts, la nuit, spécialement les enfants, et après avoir mis une lumière enchantée dans leur main « *prenen ne los bras de l'enfans et portabant ne en la main de lenfant lusts encantada* », ouvrent sans peine les portes des maisons, volent, tuent ou violent les habitants et s'enfuient sans être vus ou inquiétés. Le texte de ce même article donne d'autres exemples où le sacrilège est renforcé par la présence de la tombe dans une église. Dans tous les cas, l'indication de l'édifice religieux : Saint-Michel, Saint-André, Saint-Paul, renforce l'aspect religieux et sacrilège du crime⁵⁸ et donne à son atrocité un caractère d'infamie qui l'aggrave particulièrement. Ce qui résulte de ces crimes, c'est la lourdeur des sanctions. Leur caractère odieux, inexcusable, bestial, inhumain même est visible dans le vocabulaire utilisé, la répétition des termes « *per que ad ataus gens, total ley et total franquessa los es deneguda* » (c'est le seul exemple où le terme tout, toute est utilisé dans la coutume, ainsi que le mot « *deneguda* »). La même phrase est reprise plusieurs fois, comme si le rédacteur avait voulu insister sur l'exécration communautaire, et la peine encourue et effectivement appliquée, car l'article est suivi de la relation de deux cas jugés, est la pendaison et la claie « *fo jutgar a pendir per la guola et a tragarinar* » et même l'auteur d'un de ces crimes fut purement et simplement noyé (*fo neguat*). Ce qui montre combien la nature « étrangère » à l'esprit et à la solidarité de la ville de ce crime demandait une peine en quelque sorte hors-justice ; car il n'est d'autre exemple coutumier bordelais de telle

57. Sur les pratiques de sorcellerie, dans une immense littérature, très inégale, car le Moyen Age est moins étudié que les XVI^e et XVII^e siècles, on isolera en particulier les travaux de GINZBURG et l'étude des procès entre 1317 et 1327 réalisée par A. MOUZAT dans *Gourdon en Quercy, du milieu du XIII^e à la fin du XIV^e siècle*, thèse Ecole des Chartes, 1970, p. 245-250 et G. BECHTEL, *La sorcière et l'Occident*, Paris, 1997, p. 313 et s. sur la procédure, les procès.

58. L'exemple de la coutume corrobore la manière dont est traditionnellement traité le sacrilège en droit romain (D. 48, 13, 7 et 11 « *lex Julia peculatus et de sacrilegiis* »), dans lequel le *sacrilegium* est le vol d'une *res sacra*, conception que l'on retrouve dans le Décret de Gratien, puis chez les criminalistes de la Renaissance et jusqu'au XVII^e siècle. Cependant, la profanation plus générale s'y trouve aussi incluse.

condamnation qui traite le criminel comme un animal dont on veut se débarrasser⁵⁹.

Le deuxième cas est encore plus exemplaire. Il concerne les enfants vivants que l'on a volé ou mutilé pour exciter la pitié d'autrui et obtenir l'aumône. Il s'agit là encore d'un long texte qui constitue le cas extrême de la criminalité urbaine en même temps, nous l'avons déjà souligné, qu'il fait sortir — l'auteur, à l'instar de l'étranger — des lois humaines générales qui gouvernent et protègent la nature humaine. La lettre des coutumes est très précise, le vocabulaire ne laisse place à aucune incertitude. L'on quitte en effet le simple vocabulaire juridique et les règles qui gouvernent l'autorité du père sur ses enfants. La coutume admet que la pauvreté, la grande nécessité publique « *que la necessitat et la paubriera for notherias* » autorise un père à donner son fils en gage (« *lo pot bee balhar en penchs* »). Mais il ne doit pas le faire, ni le vendre pour que son corps soit mutilé. Sinon, les auteurs de ces actes (dont le père) non seulement perdent leurs privilèges, sont pendus et « *rossegat* » (traîné à la queue d'un cheval) mais surtout ils sont déclarés en dehors de la nature humaine « *quar no sere pas semblant que fos peyre ni que ed fos son fils ni son creat ; quar natura humana no vau ni pot sostenir lo deffassement de sa creature ; quar tout autau home qui a fait atau fait, respon **cum home strani** et no lo deu valer ni for, ni ley, ni costuma de la terra* » (car il n'apparaît pas qu'il fut père, ni que celui-ci fut son fils, ni sa créature ; car la nature humaine ne veut, ni ne peut accepter l'abandon de sa créature...).

Une lecture attentive des coutumes convainc que c'est le seul exemple où la nature humaine est invoquée à l'appui de la définition d'un crime, de sa nature et de la peine qu'il encourt. La nature de l'atrocité de l'acte qui rend le crime inexcusable, incompréhensible même, au regard des lois de la nature humaine est bien précisée dans le texte même. Cette définition ne résulte pas seulement d'un arrêt des juges⁶⁰ et praticiens coutumiers. Il s'agit

59. Le commentaire latin qui justifie ces peines invoque la très grande sévérité du *jus scriptum*, aussi bien dans C. 9, 18, 1 à 5 du titre « de maleficis et mathematicis et ceteris similibus » que D. 48, 13, 7 et 11.

60. Le texte de l'article 43 ne mentionne pas de jugement, ne donne pas d'exemple. Il se situe dans un registre très général, avec l'expression « *Tot atau home* ». Cela semble correspondre à une extension des catégories d'actes qui placent hors-la-loi de la ville les criminels frappés par la dévastation de leur maison, le ravage de leurs terres, réduit (*quasi lupus*) à l'état sauvage (cf.

d'un viol de la communion naturelle, un outrage à la nature dont il semble possible de trouver les fondements, dans le droit romain d'abord puis dans ses prolongements canoniques. Sans exclure les bases philosophiques aristotéliennes, puis thomistes qui sous-tendent la notion de faute lourde, de perversité et de perte de l'humanité.

Le texte de l'article 43 est un de ceux qui sont suivis de notes latines conférant le droit coutumier au *ius scriptum*. L'auteur juge l'usage conforme (*juri consonam*) en utilisant plusieurs arguments : le premier reprend le titre sur les eunuques « *de eunuchis* »⁶¹, puis le titre « *de patribus qui filios distraxerunt* »⁶². D'où il résulte que le père peut donner en gage ou vendre son enfant, « *eminentis famis necessitate, potest filium obligare et vendere* », ce qui correspond à la lettre même du texte gascon, mais aussi que les mutilations corporelles de toute nature sont strictement interdites. Ainsi, le droit est-il placé dans un champ de mesures morales qui concernent la castration ou la prostitution des enfants et plus largement qui lui impose de tenir compte d'une loi morale naturelle qui gouverne tout le genre humain⁶³. L'examen de la doctrine montre que ces données selon lesquelles la loi doit être « *secundum naturam* » sont reprises dans le Décret de Gratien (livre V). La loi doit avoir un but moral et les « *moribus depravati* » doivent être supprimés⁶⁴. Enfin, ces caractères ne peuvent pas être séparés des conceptions philosophiques et morales de leur temps. Elles s'appuient, on le sait, sur des postulats aristotéliens qui

le livre très suggestif sur cette question de A. I. IMMINK, *La liberté et la peine*, Assen, 1973, cité par J.-M. CARBASSE, *Introduction, op. cit.*, p. 97).

61. C. 4, 42, 1, « Si quis post hanc sanctionem in orbe Romano eunuchos fecerit, *capite puniatur* : mancipio tali nec non etiam loco, ubi hoc commissum fuerit domino sciente et dissimulante confiscando ».

62. C. 4, 43, 1, « De patribus qui filios distraxerunt » — « Liberos a parentibus neque venditionis neque donationis titulo neque pignoris jure aut quolibet alio modo, nec sub praetextu ignorantiae accipientis in alium transferri posse manifesti iuris est ». 2, « Si quis propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa filium filiamve sanguinolentos vendiderit, venditione in hoc tantummodo casu valente emptor obtinendi eius servitii habeat facultatem ».

63. Sur cette question : J. GAUDEMET, *Morale, droit et histoire du droit, art. cit.*, p. 14 qui relève des exemples dans Suétone, Domitien, 8, 4. Sur les prolongements romains de cette attitude en ce qui concerne la responsabilité, ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1956, p. 385 s.

64. *Décret de Gratien*, C. 24, 9, 3, C. 18.

trouvent chez le Stagirite (*Ethique à Nicomaque*) une grande force d'expression et conduisent à de rigoureuses conséquences : l'homme pervers (*mochtèros*) qui accomplit de tels actes graves et délibérés perd à la fois sa nature (*phusis*) et son humanité (*anthropos*). Il devient étranger au genre humain⁶⁵. Et ce sont ces mêmes notions que l'on trouve incluses dans la vision anthropologique thomiste de la faute lourde, dans la conception très réaliste de la responsabilité et de la « *malitia voluntas* »⁶⁶ que saint Thomas rapporte en liant identité de soi-même et identité d'autrui⁶⁷.

Le droit coutumier bordelais (et ses praticiens) dépasse ici, de très loin, le simple but de défendre la solidarité et les intérêts de la petite *communitas* urbaine. Il s'érige en juge de ceux qui nient la nature humaine dans l'homme, en viennent par là-même à s'en exclure, à en être totalement étranger, et à devenir inhumain⁶⁸. Ce qui montre que les notions modernes de crimes contre l'humanité et de protection des droits de l'homme peuvent trouver quelques correspondances dans l'univers médiéval qualifié pourtant, mal à propos, d'âge des ténèbres et de l'obscurantisme.

65. Dans l'édition et traduction de J. VOILGUIN, Paris, 1961, V, V, 4 s. Voir M. VILLEY, *Questions de saint Thomas sur le droit et la politique*, Paris, 1987, p. 116 s. (la solution d'Aristote).

66. *Anthropologia Tomista, Atti del IX Congr. tomistico internazionale*, dans *Studi Tomistici*, 42, 1991, p. 325 (sur *Ila Ilae*, q. 77, q. 78, q. 81). Sur cette question de la responsabilité pénale et ses conséquences, voir les études de Y. BONGERT, *Histoire du droit pénal au Moyen Age, Les cours de Doctorat*, Montchrestien, 1972-1974 ; A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'Ancien droit (XVI^e-XVIII^e siècle)*, Paris, 1970 ; R. METZ, *La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval*, dans *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale*, Strasbourg-Paris, 1961 ; M. VILLEY, *Des délits et des peines*, dans *Philosophie pénale, Archives de philosophie du droit*, vol. 28, 1983, p. 181 s.

67. M. VILLEY, *op. cit.*, p. 123-127.

68. On pourra très utilement amplifier cet aspect dans des marges historiques plus contemporaines avec le livre de X. MARTIN, *Nature humaine et révolution française*, Paris, 1994, en particulier les audaces philanthropiques, p. 107-125.