



CONSEIL D'ÉTAT

COMITÉ D'HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

HISTOIRE ET MÉMOIRE

Conférences « Vincent Wright »

Volume 2



CONSEIL D'ÉTAT

La
documentation
Française

Conférences « Vincent Wright »

Volume 2

CONSEIL D'ÉTAT

COMITÉ D'HISTOIRE DU CONSEIL D'ÉTAT ET DE LA JURIDICTION ADMINISTRATIVE

Conférences « Vincent Wright » Volume 2

Préface de Martine de Boisdeffre

Créé en 2001, le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative a été investi d'une triple mission :

- Entreprendre et promouvoir des travaux de recherches sur l'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative et du droit public ;
- Promouvoir l'organisation de colloques et de journées d'études relatifs aux mêmes thèmes ;
- Diffuser ses travaux auprès des instances spécialisées et assurer leur promotion auprès du plus large public.

À cet effet,

- Le Comité d'histoire recueille les témoignages d'anciens membres du Conseil et constitue des archives orales, déposées aux Archives nationales ;
- Il encourage la recherche en décernant, tous les deux ans, un prix de thèse distinguant une recherche originale, dont il favorise la publication ;
- Il organise également plusieurs conférences par an, dans le cadre du cycle des conférences « Vincent Wright ».

Conseil d'État

1 Place du Palais-Royal 75001 Paris

comite-histoire@conseil-etat.fr

Tél. 01. 40. 20. 81. 31 - Fax. 01 40 20 81 38

<http://www.conseil-etat.fr>

Illustrations en couverture :
Lithographie P. Benoist © Conseil d'État

En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative

(Composition au 1er juillet 2015)

Présidente :

Martine de Boisdeffre, conseillère d'État

Membres du conseil scientifique :

Bernard Barbiche, professeur honoraire à l'École nationale des chartes

Jean Barthélemy, ancien président de l'Ordre des avocats
au Conseil d'État et à la Cour de cassation

Jean-Claude Bonichot, conseiller d'État

Béatrice Bourgeois-Machureau, maître des requêtes au Conseil d'État

Marc Bouvet, professeur à l'université d'Angers

Alain Chatriot, chargé de recherche au Centre national de la recherche scientifique

Michel Combarnous, président de section honoraire

Jean-Marie Delarue, conseiller d'État honoraire

Pierre Fanachi, conseiller d'État honoraire

Yves Gaudemet, professeur à l'université Paris-II Panthéon-Assas

Pascale Gonod, professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne

Jean-Pierre Machelon, doyen honoraire de la faculté de droit de l'université
Paris-Descartes

Jean Massot, président de section honoraire

Jean-Louis Mestre, professeur émérite à l'université Aix-Marseille

François Monnier, directeur d'études à l'École pratique des hautes études

Bernard Pacteau, professeur honoraire à l'université Montesquieu Bordeaux-IV

Étienne Picard, professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne

Denis Salas, secrétaire général de l'Association française pour l'histoire
de la justice

Marc Sanson, conseiller d'État

Matthieu Schlesinger, maître des requêtes au Conseil d'État

Secrétaire scientifique :

Emmanuelle Flament-Guelfucci, directrice de la bibliothèque
et des archives du Conseil d'État

Sommaire

Préface Martine de BOISDEFFRE	9
Violence privée, violence publique Des guerres privées sous saint Louis au concours de la force publique Emmanuel VERNIER	11
Philippe de Béthune Conseiller d'État et diplomate d'Henri IV et Louis XIII François MONNIER	39
Émile Reverchon (1811-1877) Commissaire du gouvernement au Conseil d'État, trop indépendant et martyr Bernard PACTEAU	57
Les contrôles de constitutionnalité exercés par les juridictions françaises entre 1791 et 1914 Jean-Louis MESTRE	87
La prohibition de l'arrêt de règlement s'adresse-t-elle au juge administratif ? Les leçons de l'histoire Yves GAUDEMET	103
Les classifications des fonctions administratives : la métamorphose des concepts juridiques Étienne PICARD	119
Le Conseil d'État de Belgique : une histoire française ? Philippe BOUVIER	149
L'ENA sous la présidence de René Cassin (1945-1960) Antoine PROST	163
Un universitaire au Palais-Royal : réflexions naïves sur le travail de Jean Rivero lors de la réforme du Conseil d'État de 1963 Olivier CARTON	183

Analyses de l'actualité : éditoriaux de Jean Rivero parus entre 1961 et 1987 dans le journal *La Croix*

195

Sommaire des éditoriaux de Jean Rivero
Avant-propos de Martine de BOISDEFFRE
Préface de Jean-Claude VENEZIA

Justice

Sur les tribunaux d'exception
De Watergate à Bormes
Deux campagnes et la liberté
La justice dans la vie des hommes

Conseil d'État

Un racisme antivieux ?
Un racisme antivieux ? Acte II
1799-1974 : le Conseil d'État publie ses Mémoires
Qui gouverne en France ? De Francis de Baecque
Réforme du Conseil d'État : pour un débat serein
Accélérer la justice administrative
Le Conseil d'État : faux et vrais problèmes
Léon Noël : un témoignage

Conseil constitutionnel

Les libertés protégées contre la loi
Une mauvaise cause
Neuf sages ou neuf partisans ?
Le référendum sans passion
Le Conseil constitutionnel et l'État de droit

En guise de conclusion

... D'un qui avait huit ans en 18

La classification des films de cinéma du XX^e au XXI^e siècle 239

Jean-François THÉRY

Sylvie HUBAC

Georges Pompidou et le Conseil d'État

Allocution d'accueil 257

Jean-Marc SAUVÉ

Introduction 260

Martine de BOISDEFFRE

Georges Pompidou, rapporteur
à la section du contentieux (1946-1954) 262

Jean LESSI

Georges Pompidou et le Conseil d'État
après son départ de l'institution 274

Éric ROUSSEL

Georges Pompidou et le Conseil d'État :
le point de vue d'un grand témoin 278

Édouard BALLADUR

Index des noms 287

Liste des auteurs 293

Préface

Martine de BOISDEFFRE

Le second recueil des conférences « Vincent Wright » que le Comité d'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative a le plaisir de vous présenter rassemble une quinzaine de contributions données entre 2010 et 2014. Les sujets, variés, seront pour le lecteur l'occasion de traverser plusieurs époques, depuis le Moyen Âge jusqu'à l'aube du XXI^e siècle.

Dans un raccourci audacieux mais séduisant, Emmanuel Vernier fait le lien entre la volonté de saint Louis de limiter les excès des luttes intestines entre les grands féodaux et les récentes jurisprudences du Conseil d'État relatives au maintien de l'ordre public. À l'extrême champ de la chronologie, l'histoire de la censure, devenue « classification » des films de cinéma, par Jean-François Théry et Sylvie Hubac, tous deux anciens présidents de l'instance de contrôle, est révélatrice de l'évolution du regard porté par les pouvoirs publics et par la société sur le septième art.

L'ouvrage accorde une place de choix aux analyses biographiques. À cet égard, la contribution de François Monnier nous permet de mieux connaître le rôle de Philippe de Béthune, frère de Sully, conseiller d'État et des Finances, diplomate, auteur, au début du XVI^e siècle, d'un Conseiller d'État, véritable manuel de politique générale. Quelques pages plus loin, c'est la figure d'Émile Reverchon, commissaire du Gouvernement révoqué dans la célèbre affaire de la captation des biens d'Orléans, qui nous est peinte par Bernard Pacteau.

Plusieurs conférences mettent en valeur l'émergence de notions fondamentales de droit public, à partir du XIX^e siècle : les contrôles de constitutionnalité pour Jean-Louis Mestre, la prohibition de l'arrêt de règlement pour Yves Gaudemet et l'évolution de la classification des fonctions administratives et des concepts juridiques pour Étienne Picard.

Grâce à une analyse minutieuse des comptes rendus des conseils d'administration de l'ENA, Antoine Prost nous livre une synthèse des débuts de celle-ci sous la présidence de René Cassin, qui eut des rapports parfois délicats avec le Gouvernement sur des sujets fondamentaux comme la durée de la formation, le poids du stage, les exclusions politiques ou l'envoi en Algérie des élèves de troisième année.

Le cinquantenaire du décret du 30 juillet 1963 relatif à l'organisation du Conseil d'État a été l'occasion pour Olivier Carton de revenir sur l'apport du grand juriste Jean Rivero aux travaux du groupe qui ont précédé la publication de ce texte. En complément, le lecteur pourra savourer une sélection de chroniques d'actualité juridique et institutionnelle que Jean Rivero avait fait paraître dans le journal La Croix.



Philippe Bouvier nous donne un aperçu de la longue genèse du Conseil d'État de Belgique, plus ou moins inspiré du modèle français, mais devenu partie intégrante de la vie institutionnelle belge, au lendemain de la Seconde Guerre mondiale.

Dans ce volume ont été aussi inclus les actes d'un colloque consacré à l'action de Georges Pompidou, maître des requêtes au Conseil d'État, et à ses rapports avec l'institution et ses membres après son départ du Palais-Royal. Ainsi, grâce aux contributions de Jean Lessi, d'Éric Roussel et au témoignage d'Édouard Balladur, un aspect assez méconnu de la carrière de l'homme d'État a pu être mis en lumière, à l'occasion du quarantième anniversaire de sa disparition.

Comme pour le premier recueil, les textes publiés sont parfois plus riches que la présentation orale qui en avait été faite. Ils ont été classés dans l'ordre chronologique des sujets traités et non dans l'ordre du prononcé des conférences. Au-delà de cette présentation linéaire, des recherches transversales sont désormais rendues possibles par l'ajout d'un index des noms de personnes citées. Dernière innovation enfin, afin d'accroître la diffusion potentielle de l'ouvrage, celui-ci sera également mis en vente sous forme de livre numérique sur le site internet de l'éditeur.

Je forme le vœu que ce volume puisse, tout comme le précédent, encourager l'exploration des archives et susciter de nouvelles recherches sur l'histoire du Conseil d'État et de la juridiction administrative.

Violence privée, violence publique

Des guerres privées sous saint Louis au concours de la force publique

Emmanuel VERNIER

Eusèbe-Jacob de Laurière nous le dit : « *Entre les différentes Ordonnances qui nous restent de saint Louis, il n'y en a pas eu de plus utiles, ni de plus sages, que celles qu'il fit, pour abolir les guerres privées et les gages de bataille, ou les duels judiciaires*¹ ». L'association de « guerre » et « privée », deux mots qui paraissent antinomiques, éveille l'attention. L'idée que ces guerres privées aient pu être abolies entraîne l'imagination vers un monde où, en substance, il n'est pas permis de régler ses comptes soi-même ; situation que nous associons à un État de droit, autrement dit au monde moderne. Dans ces conditions faire remonter l'abolition des « guerres privées » à saint Louis, roi certes fameux mais appartenant au Moyen Âge, époque réputée plus violente que juridique, semble relever de l'anachronisme. Sommes-nous alors en présence d'une de ces vastes impostures qui remplissent l'histoire ou, au contraire, nous méprenons-nous sur ces temps reculés ? S'attaquer à ces vieux meubles nous permettra peut-être d'éclaircir pourquoi ce thème, qui est plutôt une aspiration, éveille en nous aujourd'hui un écho aussi net.

Cette citation de Laurière, avant d'aller plus loin, montre qu'il est sans doute utile et nécessaire de crayonner quelques portraits. En effet, des noms seront mentionnés à plusieurs reprises et, saint Louis mis à part, ils sont peu connus, voire inconnus. Cette galerie sera brève mais substantielle : saint Louis, en fait Louis IX, roi de France, canonisé en 1297, né en 1214, mort le 25 août 1270, fils de Louis VIII, roi de France de 1223 à 1226, petit-fils de Philippe II dit Philippe Auguste (1165-1223) ; Jean de Joinville (v. 1224-1317), un de ses compagnons qui écrivit une *Vie de saint Louis* ; Pierre de Fontaines, qui fut notamment le seizième bailli du Vermandois² et rédigea entre 1253 et 1258 *Le Conseil de Pierre Fontaines à son ami* ; selon Joinville, Pierre de Fontaines est l'un des deux juristes vers qui, après avoir entendu une affaire adossé à son chêne, saint Louis se tourne pour la régler³ ; Philippe de Beaumanoir (vers 1250-1296), qui fut notamment le dix-septième bailli du Vermandois, que Marc Bloch

1 Laurière, Préface, tome I, p. XXV.

2 Ceci à une époque où le ressort du Vermandois était si étendu qu'on comprenait tout ce qui était domaine du roi en deux coutumes différentes seulement, celle du Vermandois et celle de France ! Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, Préface, page X.

3 Joinville, *Vie de saint Louis*, § 59.

présente en ces termes⁴ : « *Quel historien de la féodalité pourrait renoncer au secours du plus admirable analyste de la société médiévale, le chevalier poète et juriste, bailli des rois, fils et petit-fils de saint Louis, l'auteur, en 1283, des Coutumes du Beauvaisis*⁵ [...] ? » Marc Bloch fait allusion à Philippe III, dit Philippe le Hardi, roi de France de 1270 à 1285 et à Philippe IV, dit Philippe le Bel, roi de France de 1285 à 1314 ; Jehan Bouteiller⁶ (né vers 1340), auteur de la *Somme rurale, ou le Grand Coutumier général*, ouvrage composé de 1370 à 1392 ; Charles du Fresne sieur Du Cange (1610-1688), auteur des *Dissertations ou réflexions sur l'histoire de saint Louis du sire de Joinville* publiées avec diverses autres pièces en 1668 ; le premier à avoir fait imprimer *Le Conseil de Pierre Fontaines* ; Le Nain de Tillemont (1637-1698), auteur d'une *Vie de saint Louis roi de France*⁷, sans doute achevée vers 1688 ; adepte de la méthode scientifique avant l'heure, Le Nain de Tillemont a vérifié, précisé et cité méticuleusement toutes ses sources ; Eusèbe-Jacob de Laurière (1659-1728), initiateur du recueil des *Ordonnances des roys de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique* qui couvre les années 1051 à 1514.

Cette recherche qu'il est proposé d'entreprendre commence par une petite énigme. Les textes sous saint Louis et ses successeurs dont il sera fait mention n'utilisent absolument jamais le terme de « *guerre privée* ». Pourtant cette expression se trouve aujourd'hui couramment dans les manuels d'histoire qui abordent l'époque de saint Louis. Notre expérience personnelle en témoigne puisque, retrouvant le cahier de notes d'histoire de quatrième, nous y avons lu que « *Louis IX est resté célèbre par son souci de justice : il établit le droit d'appel au Parlement royal (section spécialisée de la cour du roi pour juger) [...] roi pacificateur, il interdit les guerres privées [...]* ».

La fortune du terme mérite qu'on s'attarde sur son origine, mais cette quête est décevante. Laurière qui l'utilise abondamment dans le sens indiqué l'a manifestement prise dans Du Cange qui intitule sa vingt-neuvième dissertation *Des guerres privées et du droit de guerre par coutume*⁸. Du Cange précise qu'il a trouvé

4 Marc Bloch, *La Société féodale*, p. 179.

5 Ou aussi *Coutumes de Clermont en Beauvaisis*.

6 Manuscrit achevé vers 1394 ; Jehan Bouteiller serait né avant 1350 et mort en 1395 ou 1396 ; voir *Les Sources de la procédure au Parlement, de Philippe le Bel à Charles VII*, in Bibliothèque de l'école des chartes, tome LI, p. 502.

7 Cet ouvrage, longtemps resté manuscrit, fut finalement édité par Jean de Gaulle entre 1847 et 1850.

8 Laurière consacre sa longue préface au premier tome du recueil des ordonnances paru en 1723 à des réflexions organisées par thèmes. L'un de ces thèmes est intitulé « *Des guerres privées* ». Laurière s'explique tout de suite, mais de manière sommaire, sur ce que sont ces guerres privées en les rattachant à « *un abus invétéré, chez les peuples du Nord, de venger les homicides et les injures par les armes* » ; « *... si le différend ne se terminait pas par un accommodement, [ils] entraient en guerre les uns contre les autres* ». Puis, il entame la fort longue histoire de cet usage, des mentions qu'en fait Grégoire de Tour (539-594) à l'époque de saint Louis. À la première occurrence de l'expression « *guerres privées* » qu'il met en italique, il nous renvoie à une note de bas de page (b) que nous citons : « *Voyez le Traité de Clément Vaillant, Des guerres privées, & M. Du Cange dans la XXIX^e Dissertation sur Joinville.* » Poursuivant l'enquête, nous trouvons en effet cette dissertation de Charles Du Fresne, sieur Du Cange, dans son ouvrage sur Joinville paru en 1669, dissertation intitulée *Des guerres privées et du*

l'expression chez deux légistes dont le plus ancien est un certain Clément Vaillant qui, dans un ouvrage intitulé *De l'état ancien de la France* paru en 1605, oppose les guerres publiques, entendues comme les guerres menées par le souverain, aux « guerres privées », c'est-à-dire les autres guerres. Vaillant en commence l'histoire à l'Antiquité avant de remonter vers son temps. Malheureusement, pour l'époque qui nous intéresse, le ^{xiii}^e siècle, Vaillant se borne à paraphraser ou recopier Beaumanoir. Or Beaumanoir, nous le verrons, n'utilise jamais l'expression « guerre privée ». Employée par Vaillant, l'expression apparaît plaquée sur les textes de droit de l'époque sans l'apport conceptuel de Du Cange, repris par Laurière, qui fait de saint Louis celui qui interdit cette coutume. En résumé, l'apport de Vaillant porte sur l'expression seule et le soupçon existe qu'il a abordé longuement l'époque de saint Louis au hasard de ses pérégrinations historiques pour une seule raison : Beaumanoir fournissait la matière.

L'apport de Vaillant est d'autant plus relatif que l'expression elle-même, sans lien avec saint Louis, n'est peut-être pas si rare. À l'époque de Vaillant, elle peut notamment se recommander de l'ouvrage d'Hugo Grotius (1583-1645) *Du droit de prise*⁹. Cet ouvrage, rédigé entre 1604 et 1605, n'est pas paru dans son intégralité du vivant de Grotius puisque seul le célèbre *Mare Liberum* qui en constituait une partie fut publié. Ce texte s'inscrit dans le contexte, intéressant pour notre sujet, d'une commande de la Compagnie hollandaise des Indes orientales qui souhaitait établir juridiquement son droit de prise suite à la capture d'un vaisseau portugais en 1603 par un de ses navires. Grotius, comme Vaillant, mais dans le cadre de sa commande, oppose systématiquement les « *belli privati* » aux « *belli publici* »¹⁰.

En tout état de cause, si l'expression fait image et est aujourd'hui solidement implantée, ces prémices traduisent déjà la difficulté de vouloir interpréter un

droit de guerre par coutume. C'est alors au tour de Du Cange de mentionner Clément Vaillant, en note de bas de page, cette fois comme auteur d'un ouvrage intitulé *De l'ancien Estat de la France*, publié en 1605. Pour être tout à fait complet, Du Cange mentionne dans cette même note sous l'expression « guerre privée » une autre source : *Dadin de Altaserra, l. 2. de Ducib. Et Comit. c. I*. Les recherches entreprises permettent d'identifier Dadin de Altaserra comme étant Antoine Dadin de Hautesserre, ou Dadinus Alteserra, ou Dadino Alteserra ou encore D'Autreserre, né à Cahors en 1602, mort à Toulouse en 1682. Un jurisculte semble-t-il, sans doute professeur de droit et auteur de différents ouvrages, qui sont, en tout état de cause, nécessairement postérieurs à celui de Clément Vaillant de 1605 mentionné par Du Cange. Le titre exact de l'ouvrage de Clément Vaillant est *De l'état ancien de la France déclaré par le service personnel dû par le vassal à son seigneur à cause de son fief tant profitable que guerrier, public et privé (De l'Estat ancien de la France déclaré par le service personnel dû par le vassal à son Seigneur à cause de son Fief tant profitable que guerrier, public & privé, Distributions de la Justice qu'Honorable & Foy & Hommage)*. Le contenu du livre est précisé en seconde page, où nous trouvons : « *De la guerre publique livre premier / De la guerre privée livre second...* »

9 *De jure praedae*.

10 Le thème des « *belli privati* » a dû sembler prometteur à Grotius puisqu'il le reprendra dans l'œuvre qui assurera sa postérité, *Sur les lois de la guerre et de la paix (De iure belli ac pacis)*, publiée en 1625. Opposer guerre privée et guerre publique serait-il un mouvement plus général de la pensée à cette époque ? Notre propos n'est pas d'approfondir, mais la coïncidence est troublante.

terme appliqué au ^{xvii}^e siècle par Du Cange, puis au ^{xviii}^e siècle par Laurière, à un texte pris au ^{xiii}^e siècle.

Pour nous lecteurs « modernes », la première ordonnance par laquelle, selon Laurière, saint Louis interdit les guerres privées figure à la cinquante-sixième page du premier tome du recueil paru en 1723 sous le titre *Ordonnance touchant les guerres privées*, nommée *la quarantaine le Roy*. Laurière précise qu'elle aurait été donnée par Louis IX, à Pontoise, au mois d'octobre 1245. Mais une seconde énigme se propose à nous, car Laurière précise en note de bas de page : « *Ce n'est point ici l'ordonnance de saint Louis, mais un extrait de celle du roi Jean du 9 avril 1353, que l'on donne en latin et en français, où la disposition de celle de saint Louis touchant les guerres privées, nommée par les praticiens la quarantaine le Roy, est exactement rapportée* ». Il convient d'en citer le début : « *Lorsqu'il y aura quelque délit pour lequel les parties seront en guerre, il y aura trêve pendant quarante jours, à compter du délit, dans laquelle tous les parents des deux parties seront compris, la guerre continuant entre les auteurs de la querelle...* » Autrement dit, nous ne disposons de ce texte qu'indirectement via une copie postérieure d'un siècle, et non seulement l'expression « *guerre privée* » n'y figure pas, mais la fameuse interdiction de saint Louis semble, en première analyse, se borner à une trêve de quarante jours qui ne concerne même pas les adversaires principaux ! Enfin, Laurière dénomme cette trêve de quarante jours « *quarantaine le Roy* » sans que cette expression ressorte du texte de 1353 qu'il produit ¹¹.

Avant de rechercher dans quelle mesure ce supposé texte de 1245 est bien de saint Louis, une assez longue digression est nécessaire pour donner quelques indications sur ce qu'on entend par ordonnance ou édits de saint Louis, ainsi que quelques explications sur le sens et la portée de cette trêve de quarante jours, cette « *quarantaine du roi* ».

Le travail de recensement des *Ordonnances des roys de France de la troisième race recueillies par ordre chronologique* pour les années 1051-1514 par Eusèbe-Jacob de Laurière s'inscrit dans une longue lignée de recueils antérieurs auxquels il rend lui-même hommage dans la préface à son premier tome. Des recueils postérieurs reprendront ce travail et l'étendront jusqu'à la révolution (travail d'Isambert

11 Si « *quarantaine* » pour une trêve de quarante jours semble assez naturel, l'interrogation surgit quand l'expression est associée à un roi. Quarantaine du roi, certes, mais duquel ? Et pourquoi Laurière place-t-il en 1245 cette ordonnance prise en 1353 ? En tout état de cause, il est à peu près certain que le terme « *quarantaine* » n'était pas en usage sous saint Louis, ni même sous ses deux successeurs immédiats, puisque ni Pierre de Fontaines dans son *Conseil de Pierre Fontaines à son ami* rédigé entre 1253 et 1258, ni Beaumanoir dans ses *Coûtures du Beauvaisis* datées de 1283, ne s'en servent, alors que la trêve de quarante jours est bien mentionnée par ce dernier. En revanche, elle est attestée chez Jehan Bouteiller dans sa *Somme rurale*, ouvrage composé de 1370 à 1392. La mention figure dans un paragraphe qui porte pour titre « *La constitution du Roy saint Louis qu'on appelle la quarantaine du Roy* » (« *La constitution du Roy S. Loys qu'on appelle la quarantaine du Roy, Fontaines* », *Le Conseil de Pierre Fontaines*, p. 290). Au passage, relevons qu'on ne peut pas faire confiance à Bouteiller quand il attribue l'ordonnance à saint Louis, sachant que Jean II l'avait fait vingt ou trente ans auparavant. Bouteiller, praticien du droit et homme de loi, ne pouvait que connaître ce texte antérieur. Cette mention n'établit donc rien.

par exemple)¹². Les sources sont multiples, souvent les originaux sont perdus et les textes ne sont alors connus que par des copies, voire des copies de copies, dont certaines se contredisent. Enfin, certaines copies sont des traductions du latin, de langues locales, etc. Ce n'est pas le lieu d'aborder ce point, qui est une science en soi. Il faut simplement retenir la difficulté évidente de cette tâche, avec pour conséquence que la présence d'un texte dans un recueil ne présente qu'une garantie toute relative d'authenticité.

Le temps qui passe accumule ces difficultés, car les textes se perdent. Entre Fontaines et Du Cange qui publie en 1688 *Le Conseil de Pierre Fontaines à son ami*, plus de trois cents ans ont passé. Du Cange a travaillé sur un manuscrit de la bibliothèque d'Amiens. Lorsque A.-I. Marnier réédite en 1846 cet ouvrage, deux cent cinquante ans plus tard, donc, il explique avoir travaillé sur plusieurs manuscrits, mais que celui utilisé par Du Cange est perdu ! Le premier tome du travail de Laurière couvre la période 1051-1327, soit cent soixante-seize ans, le vingt et unième la période 1497-1514, soit dix-sept ans ! La matière dont nous disposons est donc somme toute limitée et fragile. Fragile, nous en avons déjà eu des illustrations. Limitée, nous en prenons vraiment conscience quand il nous faut réaliser que les textes relatifs aux guerres privées, ou supposés tels, et le texte relatif au duel judiciaire, dont il faudra dire un mot, se comptent sur une main alors que saint Louis a régné plus de quarante ans. Ces textes sont les suivants : l'ordonnance de 1245 qui est supposée interdire les guerres privées, mais recopie un texte de 1353 qui ne les mentionne pas mais rappelle la trêve de quarante jours ; un petit texte méconnu de 1245 qui figure dans Du Cange, mais pas dans Laurière, et institue une trêve pour cinq ans¹³ ; un mandement de 1257 adressé aux fidèles du diocèse du Puy mentionnant une interdiction générale des guerres ; une ordonnance de 1260, dite « *de la Chandeleur* », nous dit Le Nain de Tillemont, qui interdit le duel judiciaire dans le domaine du roi, dont il faudra bien dire un mot : les *Établissements* de saint Louis, datés de 1270 et postérieurs à son dernier départ en croisade, que Montesquieu décrit en ces termes : « *une compilation de coutumes écrites et de lois* », mais aussi « *un code obscur, confus et ambigu, où l'on mêle sans cesse la jurisprudence française avec la loi romaine* »¹⁴ ; on y retrouve la prohibition du duel judiciaire, mais rien sur la trêve de quarante jours.

C'est bien peu pour un roi qui est passé à la postérité pour avoir, en particulier, interdit les guerres privées et le duel judiciaire ! Cela pourrait traduire la grande

12 *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789*, par MM. Jourdan, Decrusy et Isambert, Paris, Belin-Leprieur, Plon, 1821-1833, 29 vol., dont un de tables.

13 Au XVIII^e siècle, ce texte figure dans le recueil réalisé par Edmond Martène, paru en 1724, *Veterum scriptorum et monumentorum historicum, dogmaticorum moralium, amplissima collectio*, tome I, p. 1295.

14 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre xxxviii. Montesquieu nous dit : « *Qu'est-ce donc que cette compilation que nous avons sous le nom d'Établissements de saint Louis ? Qu'est-ce que ce code obscur, confus et ambigu, où l'on mêle sans cesse la jurisprudence française avec la loi romaine ; où l'on parle comme un législateur, et où l'on voit un jurisconsulte ; où l'on trouve un corps entier de jurisprudence sur tous les cas, sur tous les points du droit civil ?* »

efficacité de ces textes, si nous ne savions que ses successeurs ont dû reprendre les mêmes interdictions à de nombreuses reprises. Ces cinq textes concentrent donc toutes les difficultés, à commencer par la notion même de « guerre », même si, en première analyse, Laurière en a donné un résumé fort simple. Aussi, comme tant d'autres auparavant, nous devons alors, malheureusement, ou plutôt heureusement, car c'est un plaisir de le lire, résumer, paraphraser ou citer ce juriste, contemporain de saint Louis, de son fils et de son petit-fils, qui jamais n'utilise le terme « *guerre privée* » : Beaumanoir.

Précisons qu'on ne peut qu'éprouver une grande admiration pour Beaumanoir. Sans doute son texte semble encombré de répétitions qu'on attribue souvent au fait qu'il devait dicter et non écrire. Mais ces répétitions, fréquemment, n'en sont pas. Il précise sa pensée, un point de droit. En somme, rien n'est inutile. C'est cette richesse qui explique qu'il n'y ait pas un commentateur, à notre connaissance, qui depuis huit cents ans ait su faire mieux que le résumer en le trahissant, ce que nous allons faire, ou qui l'ait paraphrasé, en le trahissant également mais plus longuement.

Nous avons déjà relevé que ce que, par convenance, nous appelons « *guerre privée* », est dénommé tout simplement « *guerre* » dans le langage de Beaumanoir. Il y consacre tout le chapitre LIX de ses *Coûtumes du Beauvaisis*, intitulé « *Comment guerre se fait* ». Les premières lignes méritent d'être citées en les modernisant, tout en sachant qu'il est difficile d'exprimer en français contemporain ce que disait Beaumanoir avec tant de finesse dans son franco-picard : « [...] *guerre ne peut se faire entre deux frères germains engendrés des mêmes père et mère [...] car leurs lignages sont aussi proches de l'un que de l'autre et quiconque dont le lignage est le même que celui d'un des chefs de guerre, il ne doit de la guerre se mêler*¹⁵ ». Ces « *guerres* » sont donc une situation où deux personnes privées entraînent dans le conflit qui les oppose l'ensemble de leur parenté. René Goscinny met en scène à l'époque romaine dans *Astérix en Corse* exactement ce type de drame entre deux familles de la plus belle île du monde. Ainsi exprimées les choses paraissent simples. Elles ne le sont pas et Beaumanoir nous l'explique fort bien.

De la citation du paragraphe 1667, nous retirons qu'une telle « *guerre* » ne peut avoir lieu entre deux frères car chacun des membres de leur lignage possède le même degré de parenté avec les autres membres. Beaumanoir précise d'ailleurs au paragraphe 1669 que la guerre pourra se faire si les frères ne sont que frères « *de par père ou de par mère* ». Autrement dit, il n'y a guerre, au sens où l'entend Beaumanoir, que si la famille du « *chef de guerre* » peut être attiré dans le conflit. Dans le cas contraire, entre frères germains par exemple, le conflit ne disparaît pas, mais, simplement, il ne rentre pas dans les prévisions strictes de la « *guerre* » entre personnes privées telle qu'elle était entendue. L'étendue de la parentèle n'est pas infinie. Beaumanoir précise qu'anciennement, il n'était pas question d'attirer dans la guerre les personnes liées au chef de guerre au-delà du septième

15 « [...] *guerre ne se peut faire entre deux frères germains engendrés d'un père et d'une mère [...] car aucun n'a point de lignage qui ne soit aussi prochain à l'autre comme à lui et quiconque est aussi prochain de lignage de l'une partie comme de l'autre de ceux qui sont chefs de guerre, il ne se doit de la guerre mêler* », § 1667.

degré de parenté, degré à partir duquel l'Église permettait le mariage. Mais, nous dit-il, la pratique avait fini par prévaloir de ne pas dépasser le quatrième degré de parenté, en conformité avec le relâchement progressif de l'Église qui avait fini par autoriser le mariage à partir de ce degré rapproché. C'est ce dont il est fait mention au paragraphe 1686. Beaumanoir précise encore que certains individus ou catégories doivent être expressément considérés comme détachés du conflit : « *les religieux, les femmes, les enfants mineurs et les bâtards* »¹⁶, sauf, et la précision est importante, « *s'il se met en guerre par son fait* ». Alors, ceux-là sont « *hors du péril de la guerre de leurs amis* »¹⁷. Implicitement, nous comprenons que la guerre peut comprendre tous ceux qui souhaitent y participer. De même, « *ne doivent pas être considérés comme étant en guerre en raison de la guerre de leur parent* »¹⁸ ceux qui sont « *en la voie d'outremer ou dans un lointain pèlerinage, ou envoyés en estranges terres par le roi ou pour le commun profit* »¹⁹. Et pourquoi cela ? Parce que, s'ils étaient parties au conflit, on pourrait les « *occire là où ils seraient ou là où ils iraient avant qu'ils ne sachent eux-mêmes qu'ils sont en guerre* »²⁰. Autrement dit, il s'agit d'obvier à l'inconvénient majeur qui résulterait du fait d'être attiré de droit dans un conflit dont on ignore tout. Si nous commençons par là à pressentir la portée d'une trêve de quarante jours, trois volets doivent encore être détaillés.

En premier lieu, cette guerre ne peut avoir lieu qu'entre gentilshommes. Elle est impossible entre un gentilhomme et un roturier – Beaumanoir les appelle « *gens de poosté* » – ou un « *bourgeois* » ; elle est impossible entre roturiers ou entre bourgeois²¹. Dans ces différents cas « *justice doit être rendue selon le méfait et ils ne peuvent recourir au droit de guerre* »²², c'est-à-dire que l'affaire doit se régler devant le juge.

En second lieu, deux procédures très encadrées permettent de reporter ou d'échapper à la guerre : la trêve et l'assurement (ou asseurement). Beaumanoir les aborde au chapitre LX, chapitre très technique, mais essentiel, qui s'intitule « *Des trêves et des assurements et du péril de briser trêves et assurements* »²³. Par la trêve, les parties conviennent de suspendre la guerre. Cette voie n'est donc pas ouverte aux roturiers, « *car les roturiers (gent de poosté) de par la coutume ne peuvent entrer en guerre et entre gens qui ne peuvent guerroyer, aucune trêve n'est possible* »²⁴. Spécifique aux guerres, la trêve n'est donc ouverte qu'aux seuls gentilshommes.

16 « *cils qui sont entré en religion, et fames, et enfant sousaagié (mineur), et bastars* ».

17 « *s'il ne se met en guerre par son fet* », § 1688.

18 « *ne doivent pas estre tenues en guerre pour la guerre de leur parens* ».

19 « *en la voie d'outremer ou en aucun loingtien pelerinage, ou envoié en estranges terres de par le roi ou pour le commun pourfit* », § 1689.

20 « *occire la ou il seroient ou en allant ou en venant avant qu'ils suessent riens de la guerre* ».

21 Nous l'avons déjà signalé ; « *Fame [femme] ne se combat pas* », *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, § 1713.

22 « *il doivent estre justicié selonc le mesfet, ne se pueent aidier de droit de guerre* », § 1671.

23 « *des trêves et des assurements, et liquel peuvent être mis hors, et du péril de briser trêves et asseurements* ».

24 « *car gent de poosté par la coustume ne pueent guerre demener et entre gens qui ne pueent guer-roier nules trives n'appartiennent* », § 1691.

Elle semble être de droit si elle est demandée. Par l'assurance, la paix est imposée à l'une des parties en guerre sur la requête de l'autre partie. C'est le mode normal du règlement du conflit entre un gentilhomme et un roturier ou un bourgeois, puisque la guerre n'est pas possible entre eux, sauf si le roturier ou le bourgeois imprudent « *ne le veulent ou le daignent requérir*²⁵ ». Dans ce cas, s'« *ils ont mesfait à un gentilhomme, et que le gentilhomme se venge, ce dernier est dans son droit et il n'y a rien à lui reprocher*²⁶ » ! L'assurance, sous réserve donc qu'il soit demandé, garantit la protection du roturier et du bourgeois auquel le gentilhomme voudrait faire la guerre. C'est le corollaire de la prémisse selon laquelle la guerre ne peut avoir lieu qu'entre gentilshommes.

La différence entre trêve et assurance est donc totale. Beaumanoir le souligne qui nous dit : « *si trêve est brisée, il faut s'en prendre à ceux qui les brisent et si assurance est brisée, il faut s'en prendre à ceux qui les brisent, ainsi qu'à celui qui le donna*²⁷ ». La procédure de l'assurance était si efficace qu'elle a pu faire dire à Paul Viollet dans son ouvrage *Les Établissements de saint Louis* que « *la guerre privée est de droit : cependant, grâce à l'institution de l'assurance, elle n'est pour ainsi dire reconnue que si telle est la volonté des parties : pour peu que l'une d'elles désire s'y soustraire, elle a une grande chance d'y parvenir par la voie de l'assurance : elle assignera l'ennemi devant le juge, et celui-ci ordonnera à l'adversaire de faire assurance, c'est-à-dire de conclure une paix forcée*²⁸ ». Le Nain de Tillemont semble confirmer l'efficacité de ces procédures puisqu'il nous rapporte que « *Nicolas de la Mote, chevalier, ayant attaqué dans une église une personne à qui il avait promis sûreté en présence du bailli d'Amiens, le Parlement [la cour de justice de l'époque] ordonna, l'an 1259, qu'il serait arrêté et tenu prisonnier jusqu'à ce qu'il eut payé l'amende au roi*²⁹ ».

Enfin, en troisième lieu, Beaumanoir, dans un paragraphe important, détaille les obligations qui pèsent sur le comte ou le baron, manifestement entendus comme représentants de la justice royale, en matière de trêve et d'assurance en vertu d'un « *établissement au bon roi Loueïs* ». Il ne s'agit plus là d'une simple possibilité, mais d'un devoir. Il leur appartient « *quand ils savent qu'il y a entre les parties fait ou menaces et que les parties ne daignent pas requérir trêves ni assurance, ils doivent faire prendre les parties et les contraindre à donner trêve s'ils sont gentilshommes ; et si ce sont des roturiers, ils doivent être contraints à faire droit à*

25 « *ne le veulent ou le dignent requerre* », § 1672.

26 « *il ont mesfet as gentius hommes, et li gentil homme se vengent, l'en ne leur en doit riens demander* ».

27 « *qui brise trives, l'en ne s'en prent fors a ceus qui les brisent et qui brise assurance, l'en ne s'en prend a ceus qui le brisent et a celi qui la donna* », § 1694.

28 M. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, 1881, p. 190.

29 « *Nicolas de la Mote, chevalier, ayant attaqué dans une église une personne à qui il avoit promis seureté en présence du bailli d'Amiens, le parlement [la cour de justice de l'époque] ordonna, l'an 1259, qu'il seroit arrêté et tenu prionnaier jusqu'à ce qu'il eut payé l'amende au roi* », Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome V, p. 432.

*l'assurement*³⁰ ». La sanction en cas de méconnaissance de ces dispositions peut aller jusqu'au bannissement.

Autrement dit, il appartient au comte ou au baron, en vertu de cet « *établissement* » de saint Louis, de prendre les devants et d'imposer trêve ou assurement dès qu'il est informé de la situation ! L'aspect le plus remarquable de ces dispositions est qu'elles s'imposent au comte ou au baron en vertu d'un texte que Beaumanoir attribue à saint Louis, étant entendu qu'il ne faut pas attacher trop d'importance au terme « *établissement* » chez Beaumanoir. Il semble l'employer indifféremment au sens d'ordonnance, mandement, édit... Il ne s'agit donc pas nécessairement des « *Établissements* » de 1270 qui ne mentionnent pas cette extension de la juridiction royale. Cette particularité de la procédure de l'assurement que Beaumanoir attribue à saint Louis est peut-être à l'origine des thèses contrastées qui entourent cette coutume. En effet, si nous pouvons y voir un instrument pour éviter les guerres privées, d'autres l'ont interprétée comme la marque d'un saint Louis habile à élargir la puissance royale. C'est implicitement l'analyse de M. Viollet qui soutient que l'assurement fut « *en France un des moyens dont se servit l'autorité royale pour gagner du terrain*³¹ ». Signalons enfin que certains ont émis l'hypothèse qu'il fallait rattacher ces pouvoirs donnés aux comtes ou barons aux textes de saint Louis imposant les trêves³². L'hypothèse est peu probable puisque ces mêmes textes ne disent rien de l'assurement !

Quoi qu'il en soit, la portée de ces dispositions qui permet à la justice royale d'imposer trêve ou assurement apparaît immense. D'abord, l'état du droit de la guerre décrit par Beaumanoir est en fait extraordinairement subtil, complexe et procédurier ; le Moyen Âge est sans doute violent, mais il est aussi épris de droit, voire même de la recherche d'un État de droit. Ensuite, la « *guerre privée* » est un mode très encadré, mais légal, de résolution des conflits ; un regard moderne constaterait que les gentilshommes (les seuls auxquels la guerre est permise) bénéficient ainsi d'une prérogative de puissance publique leur permettant d'assurer l'exécution d'un jugement : la limite de cette tentative de théorisation étant qu'ils sont également les seuls juges de leur propre affaire ! Troisièmement, l'assurement, sans doute très ancien, contribue à limiter les possibilités de « *guerre privée* » et, si nous en croyons Beaumanoir, saint Louis a fait en sorte que les représentants de la justice royale puissent l'imposer aux protagonistes, donc contre leur gré ; cette réforme, dont on ne voit pas pourquoi il ne faudrait pas en laisser le bénéfice à saint Louis, si elle est certes un outil habile pour étendre les prérogatives du roi, est aussi une voie radicale pour éviter que le règlement des conflits ne se fasse de manière violente et... privée. Enfin, la « *guerre privée* » est ouverte en droit à fort peu de monde, mais lorsqu'elle commence elle peut attirer une multitude

30 « *quant il se vent qu'il a entre les parties fet ou menaces et [les parties] ne deignent requerre trives ne asseument, il doivent fere prendre les parties et contraindre les a donner trives se ce sont gentil homme ; et se ce sont gent de poosté, ils doivent estre contrainst a fere droit asseurement* ».

31 M. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, p. 183.

32 Voir le commentaire en note de bas de page dans l'édition des *Coûtumes du Beauvaisis*, § 1701.



du fait des liens familiaux, sans préjudice des alliances qui sont possibles, nous l'avons vu. En ce sens, elle peut être dévastatrice.

De nouveau, nous pressentons l'utilité d'une trêve de quarante jours après le heurt initial. Beaumanoir traite complètement la question. Beaumanoir décrit le cas où le conflit commence par suite d'un «*fait*». Dans un tel cas, la guerre peut commencer tout de suite pour ceux qui ont participé *au fait*. En revanche, «*les lignages des parties ne sont pas en guerre avant que quarante jours ne se soient écoulés depuis le fait*³³». C'est bien ce que disait Laurière. L'idée est reprise ultérieurement : «*À ce qui est dit des guerres en ce chapitre on peut voir que les gentilshommes sont en guerre pour le fait de leurs amis, quand bien même ils n'y auraient pas participé, mais seulement lorsque quarante jours ont passé depuis le fait*³⁴». Autrement dit, lorsqu'un conflit a surgi et qu'il entre dans la catégorie des guerres, seuls ceux qui sont parties au conflit initial, les «*chefs de guerre*» notamment, peuvent se combattre tout de suite. Les autres, c'est-à-dire les autres membres de la parentèle que la guerre va attirer dans le conflit, disposent d'une forme de délai de réflexion et d'information de quarante jours. Le sujet est d'importance. Beaumanoir expose, en lui consacrant l'intégralité du paragraphe 1702, la raison de ce délai : «*Trop mauvaise coutume a cours en cas de guerre au royaume de France*³⁵», commence-t-il, puis de décrire les circonstances où les parents d'un des protagonistes du premier jour, totalement ignorants du conflit, sont pris à partie «*de nuit et de jour*» et «*sont occis, estropiés, mutilés ou battus*»³⁶.

C'est pourquoi, nous dit Beaumanoir, «*le bon roi Philippe en fit un établissement / ont par l'establisement le roi quarante jours de trêves*³⁷». Ce n'est qu'une fois ce délai passé qu'«*ils sont en la guerre*». Beaumanoir conclut en soulignant que ces quarante jours sont le temps que le lignage pourra mettre à profit pour être informé du conflit et de sa suite, qui peut être la guerre, mais aussi un assurement, une trêve (nous sommes entre gentilshommes) ou même la paix ! Nous avons déjà relevé qu'une préoccupation voisine fonde le motif pour lequel les membres des familles en guerre qui sont outre-mer «*ne doivent pas être considérés comme étant en guerre en raison de la guerre de leur parent*» (voir *supra*). Les sanctions, si les quarante jours ne sont pas respectés, sont sévères et proportionnées aux crimes et délits commis : s'il y a eu «*homme mort*», le coupable doit être traîné et pendu, ses biens confisqués ; si un homme a été «*roué de coups*»³⁸, le coupable «*doit avoir longue prison*» et payer une amende à la discrétion du seigneur, mais pour le compte du roi, croit-on comprendre, car il n'est pas admissible que le seigneur

33 «*le lignage de l'une partie et de l'autre ne sont en la guerre devant quarante jours après le fait*», § 1670.

34 «*À ce qui est dit des guerres en ce chapitre peut-on voir que les gentilshommes sont en guerre pour le fait de leurs amis, tout ne fussent-ils au fait, mais c'est quand les quarante jours sont passés après le fait*», § 1684.

35 «*Trop mauvaise coustume courre en cas de guerre au roiaume de France...*»

36 «*il l'ocioient [occir] ou mehaignoient [estropier, mutiler] ou batoient ou en fesoient toute leur volonté*».

37 «*li bons rois Phelippes [en] fist un établissement / ont par l'establisement le roi*».

38 «*fors bateure*».

local « *ait l'amende des trêves enfreintes, qui ont été décidées par le souverain*³⁹ ». Les effets de cette trêve de quarante jours sont donc d'une grande portée pratique.

Dans ces deux seuls passages, aux paragraphes 1702 et 1704, Beaumanoir attribue nettement l'institution de la trêve des quarante jours au roi : « *le bon roi Philippe* » (et « *par l'establisement le roi* ») au paragraphe 1702, le souverain au paragraphe 1704. Que d'exégèses de cette mention du bon roi Philippe rapportée à la trêve de quarante jours ! Du Cange en conclut dans sa XXIX^e dissertation qu'il s'agit d'une ordonnance édictée par Philippe III, fils de saint Louis, dit Philippe le Hardi, roi de France de 1270 à 1285, tout en remarquant que Jean II l'attribue à saint Louis dans une ordonnance de 1353, ainsi que Bouteiller dans sa *Somme rurale*. Mais, nous l'avons dit, la *Somme rurale* étant postérieure à 1353, elle n'établit en rien que la trêve a été instituée par saint Louis. Cet ouvrage nous apprend seulement que cette trêve pouvait être dénommée « *la quarantaine le roi* ».

Laurière, pour sa part, observe que Beaumanoir semble réserver l'expression « *le bon* » roi aux souverains défunts⁴⁰. Il en conclut que cette trêve fut, d'une part, établie par Philippe Auguste, seul « *bon roi* », au sens de roi défunt, du nom de Philippe lors de la rédaction des *Coûtumes du Beauvaisis* en 1283 puisque Philippe III était bien vivant à cette date et, d'autre part, confirmée par saint Louis, petit-fils de Philippe Auguste, par une ordonnance de 1245 que nous n'avons qu'indirectement par une ordonnance de Jean II de 1353 ! Mais, ni Laurière, ni Du Cange ne disposaient de la masse des manuscrits qui ont été examinés par leurs successeurs. La version des *Coûtumes du Beauvaisis* que nous utilisons, éditée en 1899 et 1900, résulte du travail minutieux de M. Salmon. Il a utilisé et comparé onze manuscrits codés de A à K. Chaque fois qu'un mot de la version éditée ne se retrouve pas dans tous les manuscrits, il le signale. Or, à la mention « *le bon roi Philippe* », la note de bas de page b) page 372 nous indique que le manuscrit E porte « *roi Louis*⁴¹ ». C'est peut-être un indice en faveur de saint Louis, mais si cela est vraiment le cas, l'indice est bien faible. Un autre exemple montre que l'usage de « *bon roi* » pour les seuls rois défunts est chez Beaumanoir erratique. L'index nous apprend que Beaumanoir mentionne très peu de rois. Dans une de ces rares occurrences, dans le paragraphe consacré au duel judiciaire, il utilise l'expression « *le roi Louis l'ôta de sa cour de justice*⁴² ... », non celle du « *bon roi Louis* ». Or, si, sur ce point au moins, il est certain que c'est bien le roi saint Louis qui interdit de recourir au duel judiciaire dans son domaine, il reste qu'il était décédé quand Beaumanoir composa son ouvrage. Précisons quand même qu'au cas d'espèce, le manuscrit A recensé par M. Salmon porte la mention « *le saint roi*⁴³ » et le manuscrit C la mention qu'on s'attend à trouver « *le bon roi* ». De ces exemples contrastés, il résulte que l'expression « *bon roi* » n'est guère décisive. On

39 « *ait l'amende des trêves enfreintes, qui sont données du souverain* », § 1704

40 Il cite à l'appui de sa thèse le fait que, lorsque Beaumanoir présente une coutume relative au douaire des femmes, il l'attribue à « *l'establisement du bon roi Philippe Roi de France, lequel régnait en l'an de grâce 1214* », c'est-à-dire Philippe II, Philippe Auguste, mort en 1223.

41 « *rois Loëys* ».

42 « *li rois Louëis les osta de sa court...* », § 1722.

43 « *li sains rois* ».

pourrait aussi soupçonner qu'il était indifférent pour Beaumanoir d'attribuer la trêve de quarante jours à saint Louis ou à son grand-père Philippe II Auguste, ou à son fils Philippe III le Hardi, du moment que cette trêve était en vigueur. Or, sur ce point au moins, les *Coûtures du Beauvaisis* ne laissent aucun doute.

En revanche, l'ordonnance de Jean II qui attribue la quarantaine à saint Louis est vidimée, Laurière nous en donnant tous les détails. Mais le fait qu'une ordonnance allègue un précédent pris sous l'empire d'un roi aussi célèbre que saint Louis, sans mentionner de date ou de référence, est en soi plus suspect que décisif. Paul Viollet observe d'ailleurs qu'il n'y a pas de consensus parmi les chercheurs. Daresté de La Chavanne, dans son *Histoire de l'administration en France et des progrès du pouvoir royal*⁴⁴, relève « [...] [qu'] on se servait du souvenir populaire de saint Louis pour faire passer un grand nombre d'innovations » et que « Philippe le Bel et ses fils se vantent, dans presque toutes leurs ordonnances, de rétablir les choses comme au temps de Monseigneur saint Louis ; notre aïeul ou notre bisaïeul ». Finalement, une fois encore, la seule certitude vient de Beaumanoir et des *Coûtures du Beauvaisis* : en 1283 la trêve de quarante jours en cas de guerre entre personnes privées était établie.

À ce stade, il convient de reprendre les cinq textes sous saint Louis que nous avons mentionnés. Laurière le premier a daté de 1245 l'ordonnance de saint Louis supposée abolir les guerres privées et instituer la quarantaine. La raison de cette date est mystérieuse au regard des incertitudes qui entourent le texte qui, nous l'avons dit, n'est donc que la recopie d'un texte de 1353⁴⁵. P. Viollet, qui s'est livré sur *Les Établissements* de saint Louis au même travail minutieux que M. Salmon pour les *Coûtures du Beauvaisis*, clarifie la question à l'occasion d'une communication à l'Académie des inscriptions et belles-lettres en 1890⁴⁶. P. Viollet relève que Du Cange cite dans sa *xxix^e* dissertation le début, en latin, d'une « *ordonnance de S. louys donnée à Pontoise au mois d'octobre l'an 1245* » qui institue une trêve pour cinq ans, manifestement en prévision de la croisade, mais dont le départ n'aura lieu en fait qu'en 1248⁴⁷. Nous l'avons mentionnée en seconde place de notre liste de cinq textes.

44 Daresté de la Chavanne, *Histoire de l'administration en France et des progrès du pouvoir royal*, chez Guillaumin et Cie, libraires, 1848, tome II, p. 270.

45 Soulignon que Jean-Marie Pardessus, qui fut le dernier successeur de Laurière dans l'édition de son recueil, a établi une table de l'ensemble des édits et ordonnances. Pour l'année 1245, à l'*Ordonnance touchant les guerres privées*, nommée la quarantaine le Roy mentionnée par Laurière, J.-M. Pardessus note que « le texte est transcrit, mais non vidimé, dans une ordonnance du 9 avril 1353 ».

46 P. Viollet, « Une ordonnance peu connue de saint Louis », in *Comptes-rendus des séances de l'Académie des inscriptions et belles-lettres*, 34^e année, N. 6, 1890, p. 444-448.

47 Le Nain de Tillemont l'a analysée en ces termes : « Il [saint Louis] l'adresse à un bailli nommé André le Jeune, et on la cite comme une ordonnance générale pour tous les autres. Il ordonne à ce bailli de faire cesser par autorité royale toutes les guerres particulières qui pouvaient être entre ceux de sa juridiction, et d'obliger les parties à se donner trêves pour cinq ans à compter de la Saint-Jean prochaine. Il ordonne encore que les Croisés auront un délai de trois ans pour ce qu'ils devaient aux bourgeois », Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome III, p. 89.

La citation de ce texte chez Du Cange vient plutôt comme une incise. En effet, le passage où elle se trouve est tout entier consacré à la question de l'assurement, en résumant, comme nous, Beaumanoir. Comme par ailleurs Du Cange cite, avec précision, quelques pages avant et en la datant, l'ordonnance de Jean II de 1353 qui confirme l'ordonnance de saint Louis suspendant les guerres pendant quarante jours, P. Viollet émet l'hypothèse que Laurière ayant lu Du Cange a fait masse du tout. C'est-à-dire qu'il aurait confondu l'ordonnance imposant une trêve pour cinq ans précisément datée de 1245 avec l'hypothétique ordonnance de saint Louis visée par Jean II. S'il était besoin d'ajouter quelque chose, Laurière donne, pour cette prétendue ordonnance supposée abolir les guerres privées et instituer une trêve de quarante jours, la date et le lieu de «*Pontoise, au mois d'octobre 1245*», c'est-à-dire la date et le lieu mêmes de l'ordonnance citée par Du Cange, qui institue une trêve pour cinq ans et dont le texte n'a donc aucun rapport avec une trêve de quarante jours.

En résumé, le premier texte cité par Laurière comme étant de 1245 n'existe pas et le second, cité par Du Cange, est tombé dans l'oubli sans qu'on sache pourquoi. En tout état de cause, la confusion dure encore.

Il est également temps de clore la question de la portée du troisième texte de notre liste de cinq, c'est-à-dire de l'ordonnance de saint Louis donnée à Saint-Germain-en-Laye en 1257 au mois de janvier et que Laurière intitule également *Touchant les guerres privées, ou a Trêve nommée la quarantaine le Roy*⁴⁸. Mais ce texte dont l'authenticité n'est pas contestée n'a pas de rapport avec la trêve de quarante jours. Adressé aux fidèles du diocèse du Puy, il s'agit d'un mandement d'arrêter les guerres, les incendies et de perturber les laboureurs⁴⁹. Peut-être est-ce une confirmation de la trêve imposée en 1245 pour cinq ans, mais en aucun cas une confirmation d'un hypothétique texte de 1245 imposant une trêve de quarante jours en cas de «*guerre privée*», contrairement à ce qu'allègue Laurière.

Enfin, s'inscrivant dans l'effort du roi pour restreindre la résolution violente des conflits privés, il nous faut mentionner notre quatrième texte relatif aux duels : l'ordonnance de 1260, dite «*de la Chandeleur*». Cette «*ordonnance*» prohibe le duel judiciaire dans le domaine royal, les pays d'«*obéissance-le-roi*». Le duel judiciaire, ou gage de bataille, était cette coutume par laquelle le combat entre les requérants, sous l'hospice du juge, décide de l'issue du procès, la «*guerre privée en miniature*», dit P. Viollet⁵⁰ ; c'était aussi, et surtout, une des voies de recours contre un jugement⁵¹. D'un point de vue pratique, des tempéraments au duel avaient déjà été imposés. Louis Le Jeune, en 1168, décida qu'il n'y aurait plus de duel pour une dette inférieure à cinq sols. Philippe Auguste son fils décida

48 Laurière, tome I, p. 84.

49 «*guerras omnes inhibuisse in regno, et incendia, et carrucarum perturbationem*».

50 P. Viollet, *Les Établissements de saint Louis*, tome I, p. 184.

51 Beaumanoir nous précise que si «*le roi Louis les ôta de sa cour de justice, il ne les ôta pas de celle de ses barons*» («*li rois Loueïs les osta de sa court, il ne les osta pas de la court a ses barons*»), *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, § 1722.

que les champions ne combattraient qu'avec des bâtons de trois pieds⁵²! Dans la forme, Ernest-Joseph Tardif a établi en 1887⁵³ par une remarquable étude que cette « *ordonnance* » était plus sûrement un « *mandement* » adressé par saint Louis à ses baillis, accompagné d'une instruction détaillée sur la procédure d'enquête qui devait s'y substituer. Il a également précisé que, contrairement à ce que Le Nain de Tillemont avait soutenu, ce mandement a été adopté non en 1260, mais en 1258, à la session de la Nativité, entre le 8 et le 15 septembre. Il est remarquable que la prohibition des duels imposée par saint Louis soit inséparable de l'institution de la procédure d'enquête, c'est-à-dire la preuve par témoin. En fait, l'un remplace l'autre. Cette preuve par témoin est un mélange de procédure publique et de procédure secrète inspiré du droit canon. Les témoins sont entendus hors des parties et leurs dires, mis par écrit, sont communiqués à l'accusé. Si insatisfaisant que cela paraisse, c'était un progrès par rapport au duel! Les réticences ont d'ailleurs été multiples, notamment de la part des grands seigneurs qui avaient, avec raison, le sentiment de perdre une prérogative essentielle. Quoi qu'il en soit, il est établi que, contrairement au texte mystérieux de Laurière de 1245, il existe bien un acte positif de saint Louis prohibant les duels. Les *Olim*⁵⁴, analysés par E.-J. Tardif, démontrent que jusqu'à un certain point ce mandement était respecté, même si Beaumanoir lui-même assista à un duel au bois de Vincennes – se référer au paragraphe 1770 –, ce qui laisse deviner aussi combien cette interdiction fut difficile à appliquer.

Enfin, il nous faut dire deux mots des mystérieux *Établissements* de saint Louis, datés de 1270. Les interrogations de Montesquieu sur cette compilation sont partagées par tous les chercheurs. Nous avons déjà signalé qu'on y retrouve la prohibition du duel judiciaire, mais rien sur la trêve de quarante jours, ce qui est curieux. Une allusion, au chapitre xxxviii du livre II, peut cependant être rattachée aux guerres, car l'avant-dernier alinéa de ce chapitre intitulé « *Des chevauchées [...]* » se conclut par : « *le roi interdit les armes [le port d'arme ?] et les chevauchées, par ses établissements [...]* et les guerres »⁵⁵. Mais tout est incertain dans cette compilation. P. Viollet qui a étudié à fond la question, rejoignant les doutes exprimés par Montesquieu, ne leur accordait pas un statut supérieur à celui d'une... compilation.

52 Laurière qui mentionne ces curieux faits précise ses sources, voir tome I, Préface, page XXXV.

53 Ernest-Joseph Tardif, *La Date et le caractère de l'ordonnance de saint Louis sur le duel judiciaire*, L. Larose et Forcel, 1887.

54 « *Jean de Montelucio... qualifié maistre* », nous dit Le Nain de Tillemont, *Vie de saint Louis roi de France*, tome V, p. 272, fut à l'origine des registres du parlement de Paris qu'on appelle *Olim*. Ils couvrent environ la période 1254 à 1318. La série fut publiée par Jacques-Claude, comte Beugnot, Imprimerie royale, Paris, 1839-1848, 3 tomes en 4 volumes.

55 Chapitre xxxviii, livre II, avant-dernier alinéa : « *Car mes sires li roi deffiant les armes et les chevauchées, par ses établissements et les noveles avoeries, et les guerres* », *Les Établissements de saint Louis*, tome II, dans l'édition de P. Viollet, p. 470. Signalons que Beaumanoir semble confirmer la portée de cet « *Établissement* », *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, § 1653.

En somme, il nous reste seulement, des textes pris par saint Louis, qu'il a, à plusieurs reprises, imposé des trêves générales et mis fin, dans son domaine, au duel judiciaire.

Naturellement les préoccupations de saint Louis, nonobstant l'image d'Épinal qui l'entoure, n'étaient pas simplement un idéal de justice. Nous avons déjà mentionné la volonté probable d'étendre ses pouvoirs réels. Nous pouvons aussi y voir une forme d'élargissement de la majesté royale : se faire justice soi-même, même légalement, c'est méconnaître la justice du roi, donc nier l'essence de son autorité. Enfin, de manière très concrète, se faire justice soi-même c'est consommer à titre personnel une ressource rare en la personne du soldat. Il n'est pas indifférent que la trêve pour cinq ans instituée en 1245 ait été imposée en vue de la croisade : saint Louis ne pouvait se permettre de voir ses sujets dissiper leur potentiel guerrier en conflits privés au moment où lui-même partait en guerre. Mais ces préoccupations royales et « égoïstement » guerrières, si elles expliquent le moteur du processus, n'en expliquent pas le succès. Tout prouve en effet que les guerres privées ou le duel judiciaire tombèrent en désuétude, bien plus qu'ils ne furent interdits efficacement par tel ou tel texte.

Une anecdote éclairera notre thèse. En Angleterre comme en France, le duel judiciaire (*trial by battle*) existait. Sans qu'aucun texte l'interdise et sans qu'aucune des tentatives pour l'abolir par la loi aboutisse, il tomba en désuétude. Il est établi que le dernier duel judiciaire effectif eut lieu en 1593⁵⁶. La question fut posée une dernière fois en avril 1818 lors de l'affaire Ashford vs Thornton⁵⁷. Thornton était accusé du meurtre de Mary Ashford, mais fut acquitté par le jury. Le frère de Mary Ashford fit appel et Thornton fut arrêté une nouvelle fois. C'est alors qu'il demanda le duel judiciaire ! Nous reconnaissons là la voie de recours (*writ of right* en l'occurrence) contre une sentence décrite pour le Moyen Âge. La justice se trouva dans l'embarras, car dans l'impossibilité de ne pas faire droit à cette demande : légalement cette voie de règlement des conflits avait perduré. La chronique rapporte que les juges se résignèrent « à appliquer la loi, telle qu'elle est, et non telle qu'ils la souhaiteraient »⁵⁸. Le duel judiciaire fut autorisé par la cour. Le frère de la victime ne releva pas le défi et le prévenu ressortit libre du tribunal. Cette forme d'appel fut abolie par la loi en juin 1819. Le duel judiciaire avait donc disparu en fait dès 1593, mais en droit seulement en 1819 : la pratique était tombée en désuétude deux cents ans avant le texte !

Un tel résultat ne se conçoit pas s'il ne s'insère dans un mouvement d'ensemble de nature à satisfaire la préoccupation initiale, c'est-à-dire réussir à faire valoir son droit, donc un système judiciaire efficace !

56 Même s'il est certain qu'un duel avait été décidé en 1638. Mais Charles I^{er}, alerté, usa de son influence pour que la cour reporte systématiquement les échéances, ce qui fut fait sans qu'on sache si finalement il eut lieu ou non.

57 Rapporté dans *The Newgate Calendar*, dans la version éditée par Donal O' Danachair, volume 5, p. 391 et suivantes.

58 « ... *that sitting there, in their judicial capacities, to administer the law, as they found it, and not as they wished it to be...* ».



De fait, tous les efforts de saint Louis et de ses successeurs pour réduire le champ des guerres privées légales avaient pour corollaire de pousser les requérants dans les bras des juges. Encore fallait-il qu'il y ait des juges. C'est pourquoi la disparition progressive des guerres privées ne peut pas s'appréhender si elle n'est pas mise en perspective avec le développement d'une justice efficace. L'une ne va pas sans l'autre.

Nous avons déjà mentionné que Beaumanoir semble créditer saint Louis d'avoir donné à la procédure de l'assurement une nouvelle portée en permettant à la juridiction royale de l'imposer quand bien même il n'est pas demandé. Par-delà cet exemple, c'est l'ensemble de la procédure judiciaire que saint Louis a placé sur des bases nouvelles. Des ouvrages ont été consacrés à ce thème. Nous citerons simplement quelques points saillants.

J.-M. Pardessus, dans son *Essai sur l'organisation judiciaire*⁵⁹, observe que les *Olim* sont présentés comme l'ouvrage de la cour seule ; si le roi est encore mentionné, ce n'est que dans la mesure où, « *lorsqu'il fallait les exécuter par voie de contrainte contre les personnes ou sur les biens des condamnés, ces exécutions étaient faites au nom du roi, de par le roi, parce qu'à lui seul appartenait l'emploi de la force publique* »⁶⁰. Le jugement n'est donc plus rendu par le roi, mais au nom du roi, comme aujourd'hui au nom de la République. Antérieurement, ils émanent directement du roi, conformément au modèle des chartes et ordonnances. Le changement est remarquable ! Il est certain que la procédure de l'appel des jugements (« *fausser* » le jugement chez les vassaux, « *supplication* » dans les pays d'obéissance-le-roi)⁶¹ est antérieure à saint Louis⁶².

Il est certain également que saint Louis interdit le duel judiciaire dans ses domaines, nous l'avons vu. Or le duel judiciaire était une des voies d'appel, ou plutôt celui qui faisait appel devait pouvoir combattre. La question est complexe, mais il semble établi que, par l'interdiction du duel, il devint possible, tant dans les pays d'obéissance-le-roi que dans les pays hors l'obéissance-le-roi, de faire appel « *sans bataille* » pour employer l'expression de Fontaines qui relate un premier cas à Saint-Quentin, dans le domaine du roi, et un second à Ponthieu, chez un vassal⁶³. Montesquieu développe de manière circonstanciée la question⁶⁴. Il en

59 Jean-Marie Pardessus, *Essai sur l'organisation judiciaire*, Auguste Durand libraire, Paris, 1851, p. 112.

60 Nous relevons que la formule exécutoire d'un jugement contemporain est ainsi rédigée : « *En conséquence, la République française mande et ordonne à tous "huissiers de justice" [...] de mettre ledit arrêt à exécution, aux procureurs [...] d'y tenir la main, à tous commandants et officiers de la force publique d'y prêter main-forte lorsqu'ils en seront légalement requis.* » N'est-ce pas à se demander qui est moderne ?

61 Il existe aussi la voie du « *défaut de droit* ». Sur ces différences qui ne nous intéressent pas ici, mais sont essentielles à l'époque, voyez en particulier Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, chapitres XXI et XXI et Beaumanoir, *Coûtumes de Clermont en Beauvaisis*, chapitres LXI et LXII.

62 Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, p. 301, relate que Philippe Auguste envoya son conseil en la cour de l'abbé de Corbie pour un jugement qui était faussé (« *qui ert fausez* »).

63 Fontaines, *Le Conseil de Pierre Fontaines*, chapitre XXII, § XXIII, p. 304.

64 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre XXIX.

conclut que procéder ainsi eut pour conséquence d'ouvrir l'appel aux vilains, car, sinon, ne pouvant combattre, la voie du duel judiciaire leur était fermée⁶⁵. Selon Montesquieu, le Parlement, c'est-à-dire la cour de justice du roi, reçut leurs appels comme ceux des personnes franches.

Mentionnons encore *L'Ordonnance pour la réformation des mœurs* de 1254⁶⁶ qui impose aux sénéchaux, après serment public, de rendre la justice sans distinction des personnes, suivant les coutumes et les usages approuvés, de conserver de bonne foi les droits du Roy sans préjudice à ceux des particuliers, de ne recevoir aucun présent, ni eux, ni leurs femmes, ni leurs enfants. Ce texte interdit aussi aux baillis supérieurs d'acheter directement, ou indirectement, sans la permission du roi, des immeubles dans leur baillage pendant l'exercice de leur charge⁶⁷. La voie était ouverte vers l'impartialité et la professionnalisation des juges. Sur ce dernier point, nous pouvons encore relever, par une incidente, que l'interdiction du duel judiciaire et son remplacement par l'enquête conduisaient en soi à une professionnalisation des juges. Il fallait écrire!

En somme, autant les « guerres privées » tendaient à faire du plus fort son propre juge, autant saint Louis initia un mouvement en sens contraire en plaçant la juridiction royale en position de cour supérieure au-dessus des parties, à même d'accueillir dans son prétoire non seulement les appels, mais toutes les affaires comme en témoigne la plus célèbre affaire de l'époque, le jugement d'Enguerrand de Coucy⁶⁸. Les *Etablissements*, avec les précautions d'usage concernant leur portée, conduisent aux mêmes conclusions dans plusieurs chapitres où le jugement est attribué au roi au motif que nul ne doit être juge de sa propre cause⁶⁹. C'est ce mouvement d'ensemble seul qui donne assise aux tentatives de saint Louis de restreindre la violence légitime à la sphère publique.

65 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XXVIII, chapitre xxxi.

66 Cette ordonnance désigne le Languedoc et le Languedoil, mais elle semble s'appliquer à l'ensemble du domaine. Il semblerait qu'une ordonnance similaire de 1256, *L'Ordonnance pour l'utilité du royaume*, ne soit qu'une copie de celle de 1254. Voir la table rédigée par J.-M. Pardessus, tome XXI, p. 22.

67 Mais il leur est demandé aussi d'exécuter l'ordonnance contre les sortilèges des Juifs qui enjoint notamment de brûler leurs livres!

68 Enguerrand de Coucy avait commis en 1255 un crime révoltant pour lequel il fut jugé et condamné. D'une part, Enguerrand de Coucy demanda la preuve par duel. Non seulement saint Louis ne lui accorda pas cette possibilité, mais il estima que l'en priver ne le privait pas, lui, le souverain, du droit de le juger. D'autre part, ce grand seigneur aurait dû être jugé par ses pairs et le roi; les pairs se déportèrent, saint Louis, resté seul avec son conseil, s'estima compétent. Voyez Le Nain de Tillemont, tome IV, p. 186 et tome V, p. 268 et Jean-Marie Pardessus, *Essai sur l'organisation judiciaire*, Auguste Durand libraire, Paris, 1851, p. 52.

69 Au chapitre LXXVIII du livre I, Laurière, tome I, p. 169, on trouve que la cour du roi recevait les appels des gentilshommes, car « le Roi ne tient son pouvoir de nul autre que de Dieu et de lui-même » (« li Rois ni tient de nului fors de Dieu & luy »). On trouve encore, avec la même limite, une curieuse mention au chapitre xxvii du livre II, Laurière, tome I, p. 275, selon laquelle un seigneur ne peut être le juge d'une contestation avec son vassal pour une dette qu'il (le seigneur) lui doit ou des promesses qu'il (le seigneur) lui a faites, car « à ce jugement trois choses sont nécessaires : un juge, un demandeur et un défendeur ». Partant, le jugement est attribué au roi.

