[0288]

LINGUISTIQUE ET DROIT

5. *Sur plusieurs énigmes de l'article XLVII du 1er Droit des Ecoutêtes.*

Les éditeurs et exégètes du 1er Droit des Ecoutêtes se sont ingénies à résoudre les problèmes que posent l'explication et la syntaxe de l'article XLVII de ce coutumier. En dernier lieu, R.P. Cleveringa Pzn. a consacré plusieurs pages de son mémoire sur le vieux-frison "kestigia" ²⁾ à ce texte, véritable *crux interpretum*.

Avant de poursuivre il importe de reproduire tout de suite les sources frisonnes de cette disposition ³⁾ et la traduction que nous en proposons:

U. Cap.LV.in edito est 52.

XLVII = Rq. § 53

J (f° 24 v°). fan ene epena slaete

Dr. (p. 35 = C.P. f° 188 r°). Uan tinge binna enis oers epenbere slaet.

U. Thit is riucht jef	ther en man	ina otheres	epina slat	spreka
J. DJt is riucht/hwae	so	in oers	epana slaet	sprecka
Dr. DIt is riucht Iof	deer ymmen	in oderis	epena slaet	sprecka

2) *Het Oud-Friese 'Kestigia'*, Verhandelingen d. Kon. Ned. Akad. v. Wet., Afd. Letterk., N. R. Deel LXVI, n° 4, Amsterdam, 1959, pp. 24 sqq.

3) Dr. p. 35 = Incunable MS. Junius 109 de la Bodlienne; C. P. = *Codex Parisiensis*; Rq. = *Friesische Rechtsquellen* éd. par K. VON RICHTHOFEN, Berlin, 1840; U. = Codex Unia; J. = Jus Municipale Frisonum; sur ces sigles et ces sources, cf. P. GERBENZON, *Zeer voorlopige lijst van de Belangrijkste Middeleeuwse Rechtsbronnen* Groningue, Institut d'Etudes Frisonnes (1961). Sur l'article XLVII du 1er Droit des Ecoutêtes, cf. W. STELLER, *Das altwestfriesische Schulzenrecht*, Breslau, 1926, pp. 31, 124-127; S. FAIRBANKS, *The Old West Frisian Skeltana Riucht*, Cambridge, Harvard University Press, 1939, pp. 106-109, 149-150.

U. welle an sin erwe so¹⁾, so scel hi him to kuma mith
 J. wille ende²⁾ oen zyn eerue/ soe scel hi to him komma mey
 Dr. wil oen syn eerwe, so schil hi hem to comma mit

U. tuira tele and mith thes asega dome, jef hi ther ni³⁾ ower wolle,
 J. twira taele ende mey aesga dome) Jef hi deer in or wille/
 Dr. twira tele ende mit aesga dome. ief hi deer in oer wil.

U. so scel hi hine kestigia mith tolef manna ethum, jefta ti
 J. soe schel hi him kestigia mey toulif edum iefta mey
 Dr. so schil hy him kestigia mit .XII.. eden iefta toe

U. ene swerd kempa, so scelma tha⁴⁾ bithingia mith efta bannem
 J. enen swird/kempa dat schelma bithinghia mey aefta bannem
 Dr. een swird kempa dat schilma bithingia. mit aefta ban

U. and mith efta deithingum.
 J. ende bi afta deithingum
 Dr. Ende mit aesga deytingh.

J.: Du fossé ouvert. Dr.: Du plaid sur le fossé ouvert d'autrui.

„Ceci est le Droit: si quelqu'un veut élever une prétention sur ce côté-ci du fossé ouvert d'un autre, en bordure de son propre fonds (litt.: sur le fossé ouvert d'un autre en bordure de son propre fonds), *il* (= le demandeur) *se mettra en possession* (U., Dr.) / *il* (= le fossé ou, plus précisément, cette partieci du fossé) *écherra au demandeur* (J.) par une procédure de demande et réponse se terminant par le jugement de l'Asega (litt.: selon la déclaration des deux parties et selon le jugement de l'Asega). S'il (= le demandeur) veut élever une prétention sur l'autre côté - du fossé -, il devra dans ce cas contraindre le défendeur à la purgation par douze serments ou au duel judiciaire [litt.: *au* (U., Dr.) / *par le* (J.) duelliste]. On doit procéder *conformément aux ordres légaux et aux délais légaux* (U., J.) / *conformément à l'ordre légal et au délai légal* (Dr.).

La première difficulté d'ordre grammatical consiste dans l'opposition à l'adverbe composé **in ower / in o(e)r* de la double préposition: *ina / in* (. . . *slat*) et *an/oen* (sin erwe) ; affirmer que *in ower / in o(e)r* (. . . *slat*) signifierait ici *au-delà du fossé* et viserait par conséquent le fonds situé de l'autre côté du fossé, équivaldrait à supposer gratuitement la reprise par l'article XLVII⁵⁾ de l'hypothèse prévue ou du casus examiné par les articles XXV et XXVI du même coutumier et dont voici la teneur: XXV „Ceci est le Droit: si le libre Frison veut entreprendre une procédure pour un héritage⁶⁾, il devra se rendre au plaid en compagnie de son prolocuteur, devra formuler sa plainte à l'aide de la formule de plainte régale et accuser le défendeur de ce qu'il a en sa saisine un fonds contrairement au droit, qu'il doit s'en dessaisir à son profit conformément au droit. Ensuite le défendeur (litt.: l'autre) aura à lui répondre et à lui demander où se

1) U.: supprimer le premier *so*.

2) J.: ne pas tenir compte de *ende*.

3) U.: *ni* lire *in*.

4) U.: *tha* lire *that*.

5) Cf. CLEVERINGA, *op. cit.*, p. 25, alin. 2 et 3.

6) 'Héritage', au sens ancien d'immeuble par nature faisant ou non partie d'une succession.

trouve l'héritage. Puis l'Asega aura à lui enjoindre de *luilleur* (U., J.) désigner l'héritage à l'aide d'un bâton et d'un témoignage; le plaid se tiendra le même jour de la semaine suivante (litt.: après sept nuits) sur l'héritage - en cause - ". XXVI „Ceci est le droit: il doit le même jour de bon matin (litt.: au demi matin) *et / ou* au lever du soleil assigner le défendeur à son domicile en défense du fonds avec les deux Ecoutêtes, sept de ses voisins (i.e. du demandeur), l'Asega, sept voisins du défendeur (litt.: l'autre), avec le témoignage légal. L'Asega aura à formuler le jugement qu'il se rende dans le champ, à *supposer qu'il veuille le défendre* (U.)/s'il *veut le défendre* (J., Dr.). S'il ne veut pas aller à cette défense du fonds, c'est alors le droit qu'on doive (litt.: doit) entreprendre à nouveau la procédure à une audience, à une seconde, à une troisième et à une quatrième; à la cinquième audience - il doit - y recevoir la paix (= protection légale) ainsi qu'il convient (litt.: comme on doit) suivant le juste droit du pays" ¹⁾.

* *

*

Pour comprendre un peu moins mal la disposition que nous étudions - car il faut bien avouer que les écueils y foisonnent -, il paraît nécessaire de la placer sur son véritable terrain, celui de la mitoyenneté, et indispensable de recourir à l'éclairage de textes en vigueur dans le Brokmerland qui règlent, entre autres, certains rapports fondés sur la mitoyenneté. Le paragraphe 168 ²⁾ concerne une forme de gestion d'affaires qui dérive de la vicinité; il dispose: „Si quelqu'un veut sur une terre à pâturage ou sur une terre à foin ou sur un lieu quelconque creuser un fossé et que son voisin de fonds ne veuille pas le rencontrer, il devra alors le mander par son juge (litt.: conseiller), terminer le fossé, en rejeter la boue des deux côtés; - ensuite - celui qui a creusé le fossé confirmera par son serment sur le salut de son âme le - montant du - salaire et le juge l'exigera - du voisin -". Ce qui prouve qu'il s'agit bien d'une question de mitoyenneté, c'est la dénomination même de *fossé ouvert* à propos duquel le paragraphe 162 ³⁾ précise: „Celui qui creuse un fossé ouvert, doit lors du creusement s'écarter de six pieds - des limites -".

* *

*

Il me faut rappeler ici quelques notions sinon évidentes, du moins ordinairement admises: elles permettront ensuite une comparaison moins superficielle des dispositions que je viens d'évoquer. *En premier lieu* mon allusion à "l'hypothèse prévue ou au casus envisagé" par des articles du Ier Droit des Ecoutêtes vise aussi bien de nombreux textes disséminés dans la plupart des coutumiers frisons du moyen âge. Elle tend à mettre l'accent sur la réalité concrète

1) Pour ne pas surcharger mon exposé je n'ai pas reproduit les textes des manuscrits et de l'incunable; je renvoie à l'édition de STELLER précitée, pp. 80-83.

2) W.J. BUMA, *Die Brokmer Rechtshandschriften*, La Haye, M. Nijhoff, pp. 101-102.

3) *Ibid.*, pp. 99-100. Pour Cleveringa aussi le „fossé ouvert" est un fossé mitoyen (op. cit., p. 26). Il traduit ainsi le texte cité au début de la n. 11 : „die een open sloot maakt, zal bij de aanleg van elke kant 6 voet van het land afnemen"; et il poursuit: „Voor een open sloot wordt dus een breedte van plm. 3 1/2 meter vereist". Mais on s'interroge que les raisons qui le poussent à affirmer que le fossé visé par l'article XLVII n'est pas mitoyen: „In tegenstelling met ons art. 47 is hier sprake van een mandelige sloot".

sous-jacente à certaines prescriptions coutumières, celles-ci *démarquent* à peine les causes vécues qui leur ont donné naissance ou, si l'on préfère, elles les ont seulement dépouillées de leurs singularités criantes: identité des parties litigantes, désignation nominative des personnels judiciaires et des juridictions saisies, etc. Elles ne se confondent point avec les normes positives, de portée générale, caractéristiques des droits modernes occidentaux. *En second lieu*, les dits coutumiers renferment peu de doublets ¹⁾ *stricto sensu*; ceux qui s'y rencontrent proviennent d'erreurs commises par de „mauvais copistes", souvent aggravées par l'emploi du procédé connu sous le nom de copie à la *pecia* ²⁾. *Enfin*, formés d'éléments composites ³⁾, peu de ces coutumiers ont reçu ce qu'on pourrait regarder comme une promulgation véritable ou apparente.

* *

*

La seconde difficulté réside dans les valeurs de `scel hi him to kuma' (U.) / `schil hi hem to comma' (Dr.) et dans celle de `scel hi to him komma' (J.). La leçon de J. contient un changement de sujet; comme cette pratique connaît une relative fréquence en vieux-frison, je ne m'y attarderai pas, du moins ici. La lecture de ma traduction amènera mes éventuels censeurs à découvrir qu'elle s'inspire des acceptions signalées par les auteurs du dictionnaire portatif du moyen-néerlandais sous les articles TOECOMEN ⁴⁾ et COMEN ⁵⁾. Je n'ignore certes point l'existence de ce que, faute d'une qualification plus rigoureuse, je dois

1) Sur ces doublets, cf. Us Wurk, XII, 3 (1963) p. 50, n. 7.

2) Sur les mauvais copistes, cf. le beau livre du regretté Alphonse DAJN, *Les manuscrits*, Paris, Les Belles Lettres, 1949, p. 18. J. Destrez a admirablement étudié la copie à la PECIA; de lui cf. *La pecia dans les manuscrits universitaires du XIIIe au XIVe siècle*, Paris, 1935 et *La pecia dans les manuscrits du moyen âge*, Lille, s. d. Explication perspicace de la structure du „code" de l'Emsigo et des sources du Droit Synodal de l'ouest de la Lauwers en prenant comme hypothèse de travail le recours au procédé de la *pecia*, in: M. P. VAN BUIJTENEN, *De structuur van den eersten Emsinger codex*, Nederlandsch Archievenblad 50 (1945-46), pp. 136-142 et (du même), *De grondslag van de Friese Vrijheid*, Assen, Van Gorcum, 1953, pp. 151 sqq.

3) A propos de ces caractères composites: on peut, sans risque d'erreur, affirmer que la plupart, peut-être même tous les coutumiers frisons du moyen âge, renferment des parties qui appartiennent à des époques diverses. Cette hétérogénéité chronologique se complique d'une différence d'origine entre les dispositions qui relèvent d'un même coutumier ou d'un même recueil. Outre que cette nouvelle disparité ne porte pas seulement sur l'aspect tantôt pénal, tantôt civil, tantôt administratif des textes, elle intéresse aussi la provenance des règles issues soit de la tradition, soit de la jurisprudence (records émanant de juges, de témoins-juges, etc.), soit d'actes législatifs tels les statuts de l'Upstalboom de 1323 ou les mesures qui transposent en langage vernaculaire le latin hirsute des capitulaires carolingiens, soit de l'industrie prolifique des faussaires, soit des retouches, interpolations, refontes des scribes infidèles et autres remanieurs. Aux Journées internationales d'Histoire du Droit des Pays flamands, picards et wallons qui se sont tenues à Douai en 1963, j'ai notamment tenté de combattre l'opinion des juristes qui voudraient nous faire croire à l'unité de la Loi des Frisons et j'ai désiré montrer, comme l'enseigne Armand Cuvillier, à quel point l'esprit de système, parfois assez proche de l'esprit de synthèse, n'en est au fond que la caricature.

4) *Middelnederlandsch Handwoordenboek* bewerkt door J. VERDAM, onveranderde herdruk en van het woord *Sterne* af opnieuw bewerkt door C.H. EBBINGE WUBBEN, La Haye, M. Nijhoff, 1956, p. 609, col. 1, TOECOMEN I. Met een levend wezen als ondw. . . . 5) in het bezit van iets geraken.

5) *Ibid.*, p. 301, col. 1-2: COMEN B. Met eene zaak als ondw. . . . 2) *enen* (dat.) *c.*, iemands deel worden; met veranderd ondw., krijgen.

appeler *la priorité de la preuve ni* les locutions comparatives ¹⁾ que le vieux-frison affectionne pour exprimer cette notion spécifiquement juridique. Or, Cl. von Schwerin l'a montré ²⁾, le verbe *koma* suivi du comparatif *niar* n'implique pas nécessairement cette *priorité*; quant à la tournure qui nous préoccupe, elle se révèle dépourvue de tout comparatif.

Je ne m'appesantirai pas sur la phase terminale de la première des procédures applicables; j'y consacrerai deux brèves réflexions: 1) on a plutôt méconnu ou sous-estimé cette règle de la double déposition des parties couronnée par la sentence de l'Asega ou de la double déposition des parties accompagnée de la description taxée des faits ou méfaits patents par le greffier ³⁾ et suivie de la sentence de l'Asega. Pourquoi? Est-ce parce que les juristes s'attachent plus volontiers aux situations anormales ou marginales qu'au lot quotidien des affaires courantes? ²⁾ D'avance Cleveringa taxe d'„ongerijmd" (= absurde) ⁴⁾ la traduction de J. que je retiens. Le règlement d'une cause mineure de mitoyenneté, fondée sur la présomption selon laquelle la partie du fossé bordant un fonds a été creusée sur ce fonds, ne soulève que des questions accessoires, telle l'indemnisation qu'examine le paragraphe 168 précité des Coutumes du Brokmerland. L'intervention éventuelle du greffier et la décision certaine de l'Asega suffisent en cette matière, à proprement parler non contentieuse. En quoi cet acte de juridiction gracieuse paraît-il absurde?

Le pluriel des formules finales crée une troisième difficulté. L'hypothèse formulée par S. Fairbanks la résout avec vraisemblance par un rapprochement avec les casus pris sur le vif des articles XXV et XXVI traduits plus haut: "The suggestion then presents itself that the different *bans* were separated by some kind of boundary ditch; if the disputants lived on opposite sides of the ditch, both *bans* were involved, and thus there would be need of a double court" ⁵⁾. Heck qui parfois lâchait la bride à sa fantaisie, avait imaginé pour justifier la présence des deux Ecoutêtes du paragraphe XXVI „que, encore qu'elle ne fût pas élevée devant le Comte, la plainte l'était cependant au tribunal de district devant un Ecoutête qui représentait le Comte" ⁶⁾.

1) Ces locutions font l'objet d'une note détaillée dans mon éd. du 1er Droit des Ecoutêtes. Voici quelques spécimens de ces locutions comparatives: 1er Droit des Ecoutêtes, III, Dr. Titre: `Elck fresa aegh syn seluis deda toe wytan BET denma op hem brengha mey'; *ibid.*, III, Dr.: `myt MARA riucht dan him ymmen aegh toe wrtyoghane'; *ibid.*, VI, Dr.: `so is hy NYER mit syne saun orkenen toe iechtane'. Cf. l'expression de même type: `in pari causa MELIOR causa possidentis' que Loysel (741) rend en ces termes: `En toutes saisines le possesseur est de meilleure condition'.

2) *Zur friesischen Gerichtsverfassung*, in `Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung', XXIX (1908), p. 477; la remarque de V. Schwerin, discutée pour certaines suggestions d'ordre juridique, reste valable grammaticalement en ce qui concerne l'expression en cause. Ajouter à ce qu'il écrit: J. Verdam, *op. cit.*, NAERRE: I..... 1) . . ; *n. comen*, met den dat., iem. te na komen, overlaster aandoen (= s'approcher trop de quelqu'un, l'importuner).

3) Cf. M. S. van Oosten, *Inleidende beschouwingen over het oudere Friese bewijsrecht*, Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis XXVIII (1950) pp. 450-51.

4) *Op. cit.*, p. 26, dans le texte ligne 3 du bas.

5) *Op. cit.*, p. 44.

6) *Die altfriesische Gerichtsverfassung*, Amsterdam, H. Brinkman, 1963 (= reproduction inchangée de l'éd. de Weimar, 1894), p. 25: `Allerdings könnte ein Punkt, die Erwähnung zweier Schulzen bei der Landwer, dahin gedeutet werden, „dass die Klage, wengleich nicht vor dem Grafen, doch in dem Landgerichte vor einem stellvertretenden Schulzen erhoben wurde“ ‘.

Pour finir, il me reste à essayer de dégager une des leçons de cinq textes qui traitent de procédures relatives à des fossés ou à des fonds. D'après l'article XXVI du 1er Droit des Ecoutêtes rencontré plus haut et l'article XXXII du 2e Droit des Ecoutêtes ¹⁾, le témoignage légal tranche le litige concernant le fonds; aux termes du § 78 des Coutumes du Brokmerland, 2e alin., le témoignage des voisins emporte la décision ²⁾; suivant le 2e Droit des Ecoutêtes, § XXV ³⁾, les témoins du Roi accompagnés des voisins du fonds ont le dernier mot. En revanche, l'article XLVII précité du 1er Droit des Ecoutêtes réserve la

1) B.W. van Klaarbergen, *Das altwestfriesische jüngere Schulzenrecht*, Drachten, 1947, pp. 72-75: „1. - Lorsque deux hommes se querellent au sujet d'un héritage et que chacun d'eux se prévaut de la possession la plus fondée (litt.: la plus proche) et - dise - qu'il l'a eu l'an et jour en sa possession, paisible et non troublé (litt.: incontesté) et qu'il en a, conformément au droit et sans usurpation, fait usage près de sa maison et de sa cour et - déclare -: „je veux confirmer cela ainsi que l'Asega jugera selon de droit du pays”.

2. L'Asega jugera alors que celui d'entre eux qui aura sept des Douze qui veulent le mettre en possession, devra être mis en possession s'il - le - peut.

3. C'est le droit que l'Ecoutête demande de façon solennelle la déposition.

4. Et une fois que la déposition a eu lieu et que l'un - d'eux - a été mis en possession, l'Ecoutête aura ensuite à ordonner à l'Asega de formuler un jugement conforme au droit.

5. Puis l'Asega jugera que l'Ecoutête aura à ordonner une paix en faveur de celui qui a été mis en possession afin que personne ne le frustre ou ne lui fasse tort en ce lieu.

6. Une fois qu'il est venu sur l'héritage conformément à la déposition, au ban - de l'Ecoutête - et au jugement de l'Asega, ce sera donc le droit qu'il soit installé.

7. S'il ne peut être installé, celui qui élève une prétention contre lui devra le contraindre - à la purgation par douze serments (cf. Cleveringa, *op. cit.*, p. 39) -, ou mener - contre lui - une procédure, ou le laisser sur la place (litt.: être installé).

8. Si l'un déclare que l'héritage est sa propriété et que l'autre déclare que l'héritage est sien, qu'il y était installé et était en possession de cet héritage, puisque tous deux se prévalent d'une possession à titre personnel (ou: de propriétaire), l'Ecoutête aura donc à ordonner à l'Asega de formuler un jugement conforme au droit.

9. L'Asega jugera donc que sept témoins du Roi dans le territoire du hameau où est situé l'héritage devront le prouver par leur serment.

10. Attendu qu'on leur a prescrit ces témoignages (litt.: qu'ils [= les témoins du Roi] leur ont été prescrits) et que chacun d'eux se prévaut de produire *ces/les* témoins, celui donc qui a été mis en possession plus tôt sera donc plus fondé avec ses témoins que l'autre.

11. Le premier donc devra dire par le serment de fidélité qu'il prêta au Roi et par le salut de sa propre âme qu'il dit la vérité, que l'homme qui a été mis en possession de l'héritage a, avec plus de droit, l'héritage en propriété et qu'il doit y être installé en tant que propriétaire (litt.: propriété) - et ce - avec plus de raison que de devoir le délaisser au profit de l'autre plaideur.

12. Ensuite chacun des six devra dire suivant des exhortations particulières qu'il (= le premier témoin) parlait conformément au droit au sujet de ce qu'il disait en ce lieu à propos de l'héritage.

2) Buma, *op. cit.*, pp. 51-52, § 78: „Si deux hommes se disputent un terrain et que tous deux déclarent qu'il s'agit d'un héritage paternel, qu'aucun d'eux n'offre de prouver ses dires par le témoignage des voisins du fonds ou que tous deux offrent de le faire, dans ces cas il y aura un duel judiciaire.

Si l'un d'eux offre la preuve par le témoignage des voisins du fonds et l'autre non, on devra alors administrer la preuve sur le terrain qui est l'objet de la querelle ou sur les terrains qui sont situés des deux côtés des fossés - mitoyens -. C'est là la preuve par le témoignage des voisins du fonds”.

3) B.W. van Klaarbergen, *op. cit.*, p. 66, XXV, texte de Jus: „Si un homme élève une plainte à cause d'un fossé qui a été creusé sans droit sur son propre héritage, on doit constater le fait avec les témoins du Roi et les voisins du fonds; si on constate qu'il a creusé un fossé, il aura à payer le ban de l'Ecoutête avec deux livres vel secundum aliquos avec deux escalins”.

solution à l'alternative: cojuration ou duel judiciaire, tandis que l'alin. 1er du § 78 ¹⁾ des Coutumes du Brokmerland s'en remet au règlement par le seul duel judiciaire.

Je pense quant à moi - et je tenterai d'étayer ma supposition dans une étude plus fouillée - que le duel judiciaire constituait en ces espèces connexes la preuve initiale; ensuite les juristes frisons et spécialement les clercs frisons dont on connaît le rôle capital dans les domaines juridique et judiciaire, ont d'abord limité l'emploi du duel aux procès importants ou graves et ils l'ont ensuite relégué au second plan par l'ouverture d'une option offrant comme seconde latitude au défendeur la purgation par cojureurs. Puis, pour empêcher que la cojuration en principe lignagère ne dégénère en *faide* toujours à craindre, ils ont développé l'usage du témoignage-jugement qui, répondant aux besoins de domination des *potentiores* et autres nantis ²⁾, accroissait l'audience de ces notables et retirait aux intéressés l'administration immédiate de la preuve.

Centre National de la Recherche Scientifique, Paris,

Simon Kalifa

1) Cf. *sous* n. 2, p. 86.

2) Buma, *op. cit.*, pp. 89-90, § 150: „Il n'est pas permis à un enfant mineur de témoigner et personne ne peut témoigner s'il n'a du terrain ; K. Fokkema, *De tweede Emsinger codex*, La Haye, M. Nijhoff, p. 43, IX, 30: „Il n'est pas permis à un enfant mineur de porter un témoignage et personne ne peut le faire à propos d'une maison, d'un domaine, d'un fonds de terre et d'un meuble s'il n'a en moyens de payer ses dettes l'équivalent du bien au sujet duquel il témoigne".