

IUS COMMUNE

Zeitschrift für Europäische Rechtsgeschichte

Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts
für Europäische Rechtsgeschichte
Frankfurt am Main

XXIV

Herausgegeben von DIETER SIMON
und MICHAEL STOLLEIS



Vittorio Klostermann Frankfurt am Main
1997

LAURENCE MONTAZEL

La répression du port d'armes prohibées en France et en Allemagne (16ème–18ème siècle): un cas de «rupture» entre normes et doctrine

Que ce soit sous l'ancien régime, au dix-neuvième siècle, ou dans la société actuelle, les différentes législations montrent que les armes, instruments défensifs ou offensifs, représentent un sujet de préoccupation constant pour les autorités publiques.¹

L'ancien droit révèle bien évidemment des traits spécifiques qui semblent jusqu'à présent avoir relativement peu attiré l'attention des historiens (du droit), et encore moins celle des pénalistes de droit contemporain. Ni les uns² ni les autres³ ne semblent avoir mis spécialement en valeur les mécanismes juridiques répressifs utilisés dans ce domaine.

¹ Voir par exemple la récente législation française en matière d'armes: décret n 95 589 du 6 mai 1995 «relatif à l'application du décret du 18 avril 1939 fixant le régime des matériels de guerre, armes et munitions» (*J. O.* 7 mai 1995, pp. 7458–7477), plus strict qu'auparavant en ce qui concerne la classification des armes.

² Pour la France voir: M. TOULET, L'incrimination de port d'armes au bas moyen âge, in: *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons* [MSHDB] 45 (1988), pp. 435–448; l'auteur cherche à définir cette incrimination en tant que «cas royal»; C. DURAND quant à lui, développe diverses considérations relatives au régime des permis de port d'armes, caractérisés par leur précarité, et au problème posé à l'époque par le fondement juridique des sanctions (Le régime du port d'armes pendant le premier empire, in: *Etudes offertes à A. Jauffret*, Paris 1974, pp. 247–265). Pour l'Allemagne: H. FEHR, Das Waffenrecht der Bauern im Mittelalter, in: *ZRG GA* 1914, pp. 111–211, et 1917, pp. 1–114; PLANCK, Waffenverbot und Reichsacht im Sachsenspiegel, in: *Sitzungsberichte der bayerischen Akademie der Wissenschaften zu München* 1884, p. 102; G. LIEBE, Das Recht des Waffentragens, in: *Zeitschrift für historische Waffenkunde* 2 (1900/02), p. 340; O. F. SCHEUER, Das Waffentragen auf Deutschlands Hohen Schulen. Ein Beitrag zur deutschen Kulturgeschichte, in: *Zeitschrift für historische Waffen- und Kostümkunde* 9 (1921/1922), pp. 58–68. Voir également le compte-rendu de l'ouvrage de CH. BUTTIN, Les armes prohibées en Savoie sous les royales constitutions (1723–1840), in: *Zeitschrift für historische Waffenkunde* 1 (1897/1899), p. 76, et surtout H. ROSSI, *Les armes dans l'histoire, les mœurs et les traditions du pays corse*, Melun 1976, très riche en éléments sur le port d'armes sous l'ancien régime.

³ Pour la France: RENARD, *Les armes au point de vue pénal*, thèse Paris 1911; DEBRUILLE, *Le port d'armes dites prohibées*, thèse Lille 1912; LOUPS, *La réglementation et la répression du port d'armes prohibées*, thèse Toulouse 1935; JACK, *Le port d'armes*

Pourtant, en France comme en Allemagne, tout au long de cette période du 16^{ème} au 18^{ème} siècle, et même auparavant, cette question du port d'armes illégal a été jugée suffisamment importante pour donner lieu à ce que l'on pourrait déjà qualifier, bien sûr avec dérision par comparaison à nos jours, d'«inflation législative». Tous ces textes normatifs, certes répétitifs sur bien des points, présentent un intérêt non négligeable dans la mesure où les hésitations de nature politique et pratique qu'ils reflètent leur donnent une certaine complexité et aboutissent parfois à une démarche originale (I).

Le sujet est rendu plus attrayant encore par le fait que les doctrines française et allemande, chacune à leur façon, ont mal mesuré la dimension réelle de ce mouvement répressif particulier et certains de ses ressorts juridiques. Par désintérêt sans doute (le port d'armes est une matière de police, un délit accessoire), ou par inaptitude (volontaire ou involontaire?) à imaginer un champ répressif différemment construit, la doctrine, particulièrement en France où la dynamique interne plus grande des textes normatifs aurait pu l'y entraîner, montre qu'elle n'a pas su saisir l'occasion d'un renouveau ou d'une extension de son champ de réflexion, à tel point qu'il est possible de se demander si, sous l'ancien régime, une «vraie» doctrine du port d'armes illégal a pu exister (II).

I

Port d'armes et ambivalence normative: de l'échec à l'innovation

Les textes relatifs au port d'armes prohibées surgissent à foison en France comme en Allemagne,⁴ et recèlent tout à la fois des répétitions

prohibées, in: *Revue critique de législation et de jurisprudence* nouvelle série 55 (1935), pp. 530–577; BARBIER, *Le délit de port d'armes prohibées*, thèse Paris 1939; PELLETIER, *Le port d'armes en droit pénal français*, thèse Lyon 1939. Pour l'Allemagne: E. E. LEER, *Das strafbare Waffenführen im R.St.G.B. und in den Nebengesetzen*, Diss. Würzburg 1933, et H. JÄGER, *Das deutsche Waffenrecht*, Diss. Gießen 1937, teintent fortement le port d'armes d'une coloration nationaliste en évoquant ses profondes racines germaniques. On peut en rapprocher d'ailleurs la conception du duel selon deux nets courants d'historiens, les uns affirmant que le duel était primitivement germanique, et les autres que le duel était trop barbare pour être authentiquement germanique (F. BILLACOIS, *Le duel dans la société française des XVI–XVII^{ème} siècles. Essai de psychologie historique*, Paris 1986). H. MORGENSTERN, *Die Waffendelikte in der neueren Gesetzgebung*, Diss. Leipzig 1937, pp. 5–14, a consacré quelques pages rapides à une perspective historique. A. VON PAPE décrit à quoi correspond un monopole de l'usage des armes arrivé à maturité (*Der administrative Waffengebrauch. Rechtsgrundlagen und Grundsätze*, Göttingen 1938).

⁴ La recherche des textes allemands nous a grandement été facilitée par le *Repertorium der Polizeyordnungen der frühen Neuzeit*. Bd. 1: *Deutsches Reich und*

et des contradictions. Un élément reste en effet constant: le pouvoir politique, sous sa forme centralisée ou locale, cherche à réduire le port d'armes au strict nécessaire privé et à des fins publiques, tout en se heurtant sans cesse à des difficultés d'application pratique.

La lecture d'un large échantillon de textes ne convainc pas de l'existence d'une politique de bout en bout cohérente en matière de port d'armes, et conduit en fin de compte à cette question simple: qu'est-ce que le port d'armes, c'est-à-dire quelle est sa véritable nature? Trois réponses sont possibles, sans cependant à première vue que l'une puisse définitivement prévaloir sur les autres (A).

La méthode répressive émanant des textes traduit également des hésitations: quel est finalement le meilleur moyen de lutter contre un phénomène manifestement récurrent? Effrayer la population par des peines rigoureuses reste la solution de facilité, mais son inefficacité étant prouvée par les faits, cela a laissé une occasion, saisie ou non, de faire preuve d'une plus grande imagination juridique (B).

A. Le port d'armes: privilège, nécessité ou infraction?

En France et en Allemagne, bien qu'à des degrés différents, le phénomène de centralisation politique va de paire avec la monopolisation de la violence (armée, police),⁵ et entraîne dans cette perspective le souci constant de réduire, de contrôler au plus près le port d'armes.

Un fondement «moderne», la prévention de la délinquance, justifie les mesures prises en ce sens mais se concilie difficilement avec certaines réalités incontournables de la société d'ancien régime: le privilège nobiliaire de porter les armes; l'incapacité matérielle du

geistliche Kurfürstentümer (Kurmainz, Kurköln, Kurtrier), hg. von KARL HÄRTER, Frankfurt am Main 1996. Pour la France, A. RIGAUDIÈRE note en général l'extraordinaire développement des ordonnances de police aux 14^e-15^e siècles (Les ordonnances de police en France à la fin du moyen âge, in: *Policey im Europa der frühen Neuzeit*, hg. von M. STOLLEIS, Frankfurt am Main 1996, p. 99).

⁵ Comme contre-exemple actuel: le problème posé par les milices paramilitaires aux USA, ouvertement anti-fédérales et attachées comme dans l'Etat du Missouri au «droit pour le peuple de porter des armes». Voir d'un point de vue général sur la mentalité très différente aux USA en ce domaine, y compris dans une perspective historique: P. LEMIEUX, *Le droit de porter des armes*, (Les Belles Lettres. Iconoclastes 20), Paris 1993. Elle rejoint une partie du discours de BECCARIA dans son *Traité des délits et des peines* de 1764 (Paris 1979, p. 144) lorsqu'il affirme «de telles lois ne servent qu'à multiplier les assassinats elles livrent le citoyen sans défense aux coups du scélérat qui frappe avec plus d'audace un homme désarmé...»

pouvoir central ou local à assurer seul la sécurité journalière des sujets (a.).

L'ambivalence des textes générée par ces tendances contradictoires, et nuisible à leur efficacité, ne semble cependant pas remettre en cause la croyance selon laquelle une loi pourrait avoir l'effet requis contre des mœurs bien établies (b.)

a. Le port d'armes: une infraction à éclipses

Le port d'armes promu de longue date au rang d'infraction⁶ a eu du mal à s'imposer comme telle en vertu de deux raisons au moins. Le pouvoir politique, bien que justifiant de manière plausible l'existence de cette infraction, en renie lui-même régulièrement le caractère impératif par une tolérance fautive, contraire aux textes dont il a été le propre promoteur. D'autre part, les textes doivent s'appliquer à une société qui tend à préserver des modes d'existence autonomes, ceux-ci ne pouvant être brutalement anéantis et rendant difficile une répression effective.

1. Dans sa lutte contre le port d'armes, le pouvoir politique dispose d'un argument majeur, simple mais imparable, exprimé dans les motifs plus ou moins longs de nombre de textes: les actes de délinquance commis avec des armes sont toujours, voire de plus en plus, fréquents. Donc, interdire le port d'armes revient à lutter contre la délinquance, but d'une saine politique.

La déclaration française du 4 décembre 1679 met bien en lumière ce lien de cause à effet: «Ayant ci-devant reconnu que ce qui donne lieu à la

⁶ En France, sans prétendre à l'exhaustivité: déjà au 9^e siècle avec le capitulaire de 805 sur la discipline ecclésiastique, la prohibition du duel, la défense du port d'armes, le serment de fidélité, etc... (ETIENNE BALUZE, *Capitularia regum Francorum*, Paris 1677, I, 435); l'ordonnance de 1265 qui défend aux particuliers de porter habituellement des armes (*Les Olim ou Registres des arrêts, rendus par la Cour du Roi sous les règnes de Saint Louis, de Philippe le Hardi, de Philippe le Bel, de Louis le Hutin et de Philippe le Long*, Paris 1839, I, 261); l'ordonnance du 30 décembre 1311 qui défend les tournois et le port d'armes (*Ordonnances des rois de France de la 3^e race*, tome 1, Paris 1723, p. 493), l'édit du 25 novembre 1487 (in: GUENOIS, *La grande conférence des ordonnances et édits royaux*, vol. 3, Paris 1660, p. 285). Pour quelques exemples de textes antérieurs en Allemagne: cf les extraits fournis pour les 12^e-14^e siècles in: W. SELLERT et H. RÜPING, *Studien und Quellenbuch zur Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Aalen 1989, pp. 141-142, concernant notamment la défense du port d'armes dans les villes. Ou encore des textes des 14^e-16^e siècles in: *Die Gesetze der Stadt Frankfurt am Main im Mittelalter*, hg. von A. WOLF, Frankfurt am Main 1969, p. 95; p. 99; pp. 101-102; p. 122; pp. 136-137; pp. 184-185; p. 243; pp. 374-375; p. 450.

plupart des meurtres, querelles, homicides, assassinats, vols, violens et autres désordres qui se comettent tant de jour que de nuit, et particulièrement à la campagne, provient de la licence que chacun prend du port de toutes sortes d'armes...⁷ Cela rejoint l'idée émise par Prost de Royer et Riolz: si le port d'armes n'est qu'un simple délit, «c'est un délit qui peut facilement dégénérer en crime».⁸ Un même ton dramatique est perceptible dans les textes répressifs allemands. Parfois imprécis, ils font état de «grands et manifestes dommages» causés journellement;⁹ parfois plus détaillés, ils décrivent un triste tableau:

«Dieweil auch in kurtzen Jahren ein schädlicher Mißbrauch auffgewachsen, daß gemeiniglich zu Roß und Fuß, Feuer-oder andere Büchsen über Land geführt und getragen werden, welches an ihm selber nicht zu männlicher That gereicht, sondern mehr erschrecklich ist, auch dadurch viel Unrath und friedbrüchige Handlung sich begeben, die Unschuldigen auf den Stassen überrennet, gefangen, und auch etwan jämmerlich entleibt werden. Demnach ordnen, gebieten und wollen wir, daß hinfürter keiner zu Roß oder Fuß, Büchsen führen, tragen oder gebrauchen soll.»¹⁰

Le même souci d'éviter les bagarres, rixes et duels motive le mandat de l'électeur de Saxe en date du 15 avril 1706: porter une épée, un

⁷ Déclaration faisant défenses à d'autres qu'aux gentilhommes de porter des armes, in: ISAMBERT, *Recueil général des anciennes lois françaises*, Paris, tome 19, p. 222.

⁸ PROST DE ROYER ET RIOLZ, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, tome 6, Lyon 1788, p. 466. LERASLE évoque les «divers accidents auxquels l'usage des armes peut donner lieu» (in: *Encyclopédie méthodique. Jurisprudence dédiée et présentée à Monsieur Hue de Miromesnil, garde de sceaux en France*, tome 1, Paris, Liège 1782, p. 446), et G. H. VON BERG toutes ces «mains inexpertes» dans lesquelles les armes deviennent facilement plus dangereuses (in: *Handbuch des deutschen Polizeyrechts*, 1. Teil, Hannover 1802, p. 309). En 1914, H. FEHR (n. 2) notera avec justesse: «Lust und Sucht zu Tötung und Verletzung waren erhöht, wenn der Mann Waffen trug», p. 126.

⁹ Edit impérial du 28 juillet 1518, in: *Des teutschen ReichsArchiv - Partis Generalis continuatio*, Leipzig 1713, p. 322: au sujet du port à pied ou à cheval de fusils chargés.

¹⁰ Römischer Kayserlicher Majestät Ordnung und Reformation guter Policey im Heiligen Römischen Reich zu Augspurg Anno 1530 auffgerichtet, in: *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede welche von den Zeiten Kayser Konrads des II bis jetzt auf den teuschen Reichs-Tägen abgefasset worden...*, Frankfurt am Mayn 1747, tome 2, p. 343. A rapprocher: ordonnance de police de 1526 et art. 44 de l'ordonnance de 1561 pour le duché de Braunschweig-Wolfenbüttel, in: W. BUTZ, *Der Polizeibegriff im Herzogtum Braunschweig-Wolfenbüttel. Umfang und geschichtliche Entwicklung bis 1806*, (Beihefte zum braunschweigischen Jahrbuch 4), Braunschweig 1986, p. 22 et 74.

sabre, ou un fusil est interdit dans les bourgs et faubourgs sauf exceptions énumérées par ce texte.¹¹

Une autre justification certainement plus lointaine de la répression du port d'armes, la lutte contre les incendies, apparaît dans des textes allemands. Une ordonnance du 12 octobre 1751 prévoit que dans les villes, lieux et villages, pendant les processions, noces et réveillons, les tirs de fusils seront interdits.¹² Cette mesure, somme toute accessoire, a pour but de discipliner une population jugée trop turbulente, notamment lors des festivités, et que les armes à feu rendent donc un peu plus dangereuse dans ses manifestations de liesse. C'est l'inconscience de celle-ci qui est mise en évidence: «... daß zum neue Jahr, auch bei haltenden Prozessionen und Hochzeiten unnöthiger Diente vielfaltig aus Flinten und andern Gewehr geschossen würde; durch der Schiessenden Unachtsamkeit aber gar leicht, wie dan noch kurz hin in der That geschehen, höchst schädlicher Brandt entstehen könnte». ¹³ Un règlement du 27 novembre 1783 pour la principauté de Trèves contient 35 paragraphes dont presque tous concernent soit les dispositions «d'urbanisme» propres à éviter la naissance ou la propagation des incendies, soit les consignes générales de sécurité, soit encore les mesures à suivre par chacun, simple habitant ou représentant de l'autorité publique, en cas d'incendie déclaré.¹⁴ Seul le dixième paragraphe est relatif à l'usage des armes, ce qui le rend quelque peu insolite, d'autant plus que sa formulation est assez laconique: «Mit nicht geringerer Sorgfalt muss auf die schon mehrmalen ergangene Befehle wegen verbotenen Schiessens bey Prozessionen, auf Kirchweyhen und Hochzeiten, und wodurch der Jugend auf dem platten Lande der Gebrauch des Gewehrs untersaget worden, unnachtsichtlich und bey scharfer Strafe vestgehalten werden». ¹⁵ Il est implicite-

¹¹ BERGER, *Electa iurisprudentiae criminalis*, Lipsiae 1706, pp. 333-334.

¹² *Sammlung der Gesetze und Verordnungen welche in dem vormaligen Churfürstenthum Trier über Gegenstände der Landeshoheit, Verfassung, Verwaltung und Rechtspflege ergangen sind [...]*, hg. von J.-J. SCOTTI, Düsseldorf 1832, tome 2, p. 1059, n532.

¹³ Verordnung du 13 mai 1712, in: SCOTTI (n. 12), tome 3, p. 1550.

¹⁴ Brandordnung du 27 novembre 1783, in: SCOTTI (n. 12), tome 3, n786, pp. 1332-1342.

¹⁵ SCOTTI (n. 12), tome 3, p. 1335; tome 2: Verordnung du 12 octobre 1751, p. 1059, n. 532. Ce genre de mesure est reprise, par exemple, aussi bien à la cour de Jülich-Berg en 1533 et 1608 (W. W. HARTLEIF, *Das Polizeirecht in Düsseldorf bis zum Jahr 1806*, Diss. Köln 1990, p. 42), que dans le duché de Braunschweig-Wolfenbüttel avec l'ordonnance générale de 1647 (BUTZ [n. 10], p. 182). Ce souci persiste encore au

ment compréhensible que les tirs d'armes à feu puissent déclencher un incendie par projectiles interposés si ces derniers atteignent pour cible une matière inflammable.

On retrouve des allusions aux tirs d'armes à feu ou plus largement à l'usage des armes dans les textes réprimant les rixes et duels: les «échanges de tirs» (Kugelwechseln)¹⁶, les «querelles à main armée» (gewaffnete Hand-Anlegung),¹⁷ l'«aide armée» apportée aux principaux protagonistes (mit Verhelfung der Waffen),¹⁸ bien sûr condamnés, démontrent indirectement les effets néfastes du port d'armes, même s'il n'est pas explicitement mis en cause dans ces textes. Ce genre de dispositions peut en outre ne concerner qu'une catégorie précise de personnes: l'article 2 du règlement de la corporation des forgerons (Schmiedezunft) du 18 mai 1722 interdit à ses membres de dégainer un couteau ou un poignard («Du sollest kein Messer oder Dolchen zücken») sans cependant prévoir de sanctions propres à en assurer l'efficacité contrairement à d'autres articles du même règlement.¹⁹

Par cette prohibition des tirs d'armes à feu et de l'usage des armes en diverses occasions, la répression change de forme, recule d'un cran: le port d'armes en lui-même n'est pas évoqué, et ces tirs ne sont interdits que dans des circonstances particulières. Il s'agit, si l'on peut dire, de règles minimales de sécurité, mais peut-être aussi d'une tentative indirecte d'émousser des habitudes plus larges comme le port d'armes lui-même.

2. Aussi profond que puisse être le souhait de lutter contre la délinquance, la prohibition du port d'armes bien que très étendue, n'en est cependant pas pour autant absolue puisque survivent nombre de dérogations.

20^e siècle: JÄGER (n. 3), p. 82, fait état en 1937 de l'article 7 au § 368 du code pénal sanctionnant d'une peine d'amende ou d'emprisonnement celui qui tire avec une arme à feu à proximité de bâtiments dangereux ou de matières inflammables.

¹⁶ Reichsgutachten 18 décembre 1680, in: JOHANN JOSEPH PACHNER VON EGGENSTORFF, *Vollständige Sammlung aller von Anfang des noch fürwährenden Teutschen Reichs-Tags de Anno 1663 biß anhero abgefaßten Reichs-Schlüsse*, tome 2, Regensburg 1740, p. 248.

¹⁷ Verordnung 20 septembre 1685, in: *Vollständige Sammlung deren die Verfassung des Hohen Erzstifts Cölln betreffender Stücke ...*, Köln 1772/73 [V.S.C.], II, pp. 246-248.

¹⁸ Idem.

¹⁹ *Quellen zur Rechts- und Wirtschaftsgeschichte der rheinischen Städte. C: Kurtrierische Städte. 1: Trier*, hg. von F. RUDOLF, (Publikationen der Gesellschaft für rheinische Geschichtskunde 29), Bonn 1915, p. 619.

Au premier chef, le privilège nobiliaire de porter les armes fait échapper ses bénéficiaires à la répression. Symbole d'une origine prestigieuse, «le port de l'épée demeure fondamental».²⁰ «C'est à la noblesse seule qu'il est permis de porter des armes. C'est ce qui la distingue de la roture...».²¹ Ce droit aux armes, privilège d'homme libre, ne s'est cependant transformé en privilège exclusivement nobiliaire qu'assez tardivement vers 1500, lorsqu'il s'est détaché du service militaire.²² C'est pourtant en vertu de l'idéal militaire que la noblesse française d'origine récente, pensant acquérir par là-même plus de considération, sacrifiait au port et à l'usage de l'épée «de préférence à la tête d'une compagnie achetée».²³ Cette identification très forte à un symbole guerrier suscite des subterfuges de la part de ceux qui ne peuvent naturellement y prétendre. Ainsi, l'article 15 de l'édit français contre les duels et les rencontres du 7 septembre 1651 dénonce ceux-ci de la manière suivante: «D'autant qu'il se trouve des gens de naissance ignoble, et qui n'ont jamais porté les armes, qui sont assez insolens pour appeler des gentilshommes, lesquels refusans de leur faire raison, à cause de la différence des conditions; ces mêmes personnes suscitent et opposent contre ceux qu'ils ont appelés d'autres gentilshommes, d'où il s'ensuit quelquefois des meurtres d'autant plus détestables, qu'ils proviennent d'une cause abjecte...».²⁴

Ce privilège est par conséquent protégé par des textes reconnaissant directement le port d'armes nobiliaire et/ou interdisant le port d'armes aux roturiers.²⁵ L'ordonnance du 9 octobre 1751 pour la principauté de

²⁰ P. GOUBERT et D. ROCHE, *Les français et l'ancien régime*, tome 1: *La société et l'Etat*, Paris 1991, p. 124.

²¹ LA POIX DE FREMINVILLE, *Dictionnaire ou traité de la police générale*, Paris 1758, p. 481.

²² M. L. BUSCH, *Noble privilege*, Manchester 1983, p. 127. FEHR (n. 2) 1914, p. 138, décrit une interdiction seulement partielle des armes s'appliquant aux paysans au milieu du 12^e siècle.

²³ GOUBERT et ROCHE (n. 20), p. 118. Ce phénomène d'imitation s'est aussi déclaré avec la pratique du duel hors de la classe nobiliaire, car elle représentait un autre moyen comportemental de montrer son appartenance à cette classe, elle était la traduction d'une «idéologie élitiste» (KIERNAN, *The duel in European history. Honour and the reign of aristocracy*, Oxford 1988). A l'époque, la noblesse de robe «fut estimée comme bastarde. Parce que tels personnages ne font profession des armes» (E. PASQUIER, *Les recherches de la France*, Paris 1617, p. 163).

²⁴ ISAMBERT (n. 7) tome 17, p. 270; à quelques mots près ce passage est repris dans l'article 16 de l'édit sur les duels d'août 1679, ISAMBERT (n. 7) tome 19, p. 209.

²⁵ Déclaration du 4 décembre 1679 faisant défenses à d'autres qu'aux gentilshommes de porter des armes, ISAMBERT (n. 7) tome 19, p. 222. Ordonnance du 1^{er} juillet 1766 pour la province du Languedoc: «Nous avons cru devoir distinguer les cas où le port

Cologne a pour but évident de préserver ce privilège en même temps que d'éviter certains actes de violence aggravés par le port d'armes:

«... daß von allen, und jeden Advocaten, und anderen geringen Schreibern, jungen Kauffmanns-Söhnen, und Bedienten, Apothequieren, Barbierern, und bey denen Zünfften auffgeschwornen Handwercks-Gesellen Degen, und Seithen-Gewehr getragen werden, solches unzimliches Degen-Tragen aber dergleichen jungen, und öffters frembden unerzogenen wilden Leuthen zu gefährlichen Schlagen und Rauffen, auch wohl gar verschiedenen Schlägereyen, Ausforderungen, und Duellen desto leichtere Anlaß gibt, daß dahero, und sonsten wir solches dergleichen Leuthen nicht zustehendes Degen-Tragen allerdings abgestellt wissen wollen, und befehlen solchemnach allen Advocaten, welche bey denen Universitäten den Gradum Doctoratus aut Licentiae nicht erworben, fort allen übrigen Personen obgemelt sich künfttighin des Degen-tragens unter der Warnung zu enthalten, daß auff den Betrettungs-Fall nicht allein die bey ihnen findende Degen confiscirt seyn, sonderen sie annebends, denen einlaufenden Umständen nach, ferner mit einer arbitrarie Brüchten-und Leibs-Straff belegt werden sollen ...».²⁶

En outre, une ordonnance impériale allemande de 1530 précise certains des avantages qu'il procure: possibilité de défendre son

d'armes est permis d'avec ceux où il est défendu afin de contenir chacun dans les bornes de son état, de prouver la liberté des chemins, la sûreté des personnes, le bon ordre et la tranquillité publique» (Archives Départementales de l'Hérault [A.D.H.] A 110 folio 117). Ordonnance du 21 octobre 1724 pour la principauté de Cologne qui interdit le port de l'épée aux roturiers, pharmaciens ou barbiers, laquais, serviteurs ou artisans car cela fournit l'occasion de «rixes, blessures et duels»; l'application de ce texte a été étendue en 1730 aux avocats, procureurs, greffiers, jeunes fils de marchands ou de serviteurs, in: *Sammlung der Gesetze und Verordnungen, welche in dem vormaligen ChurfürstenthumCöln [...] über Gegenstände der Landeshoheit, Verfassung, Verwaltung und Rechtspflege ergangen sind [...]*, hg. von J.-J. SCOTTI, Düsseldorf 1830, 1, n370, p. 691. En matière de chasse: ordonnance de 1516 défendant à toutes personnes demeurant à deux lieues alentour des forêts de la Couronne de porter ou d'avoir en leurs maisons aucune arme de chasse sauf celles qui ont droit de chasse ou privilège du roi (in: REBUFFI, *Les edicts et ordonnances des roys de France*, Lyon 1571, p. 414); Edit sur le règlement général des chasses de juin 1601 qui interdit aux marchands, artisans, et autres roturiers de chasser notamment en tirant de l'arquebuse, arbalètes et autres, in: NERON et GIRARD, *Recueil d'édits et d'ordonnances royaux sur le fait de la justice et autres matières*, tome 1, Paris 1720, p. 715.

²⁶ Verordnung du 9 octobre 1751, in: V. S. C. (n. 17), II, p. 256, n441. De même toute une liste de roturiers a été écartée de ce privilège par édit du 27 août/7 septembre 1731 largement complété par la déclaration du 9 novembre 1731 visant à dissiper le doute quant à certaines catégories de personnes, in: *Chur-Braunschweig-Lüneburgische Landes-Ordnungen und Gesetze ...*, Göttingen 1740, pp. 1033-1035 et pp. 1035-1037.

château ou sa demeure, de tirer avec son fusil en toute impunité sur son propre territoire et de sa seule autorité.²⁷

Ce privilège nobiliaire résiste même aux dispositions particulières concernant les nouveaux convertis. L'ordonnance du 16 octobre 1688 oblige ces derniers à remettre aux autorités les armes à feu et armes blanches qu'ils détiennent chez eux. Font exception les gentilshommes convertis auxquels il est permis de conserver «deux épées, deux fusils, et deux paires de pistolets que sa Majesté trouve bon qu'ils gardent pour leur usage particulier...».²⁸

Malgré tout, l'apparition des armes à feu va tendre à bouleverser quelque peu la conception de cet ordre traditionnel. La plus grande dangerosité de ces armes amène parfois le pouvoir politique à nier l'existence d'un privilège nobiliaire étendu à celles-ci.²⁹ L'attitude vis-à-vis de ce privilège s'avère donc ambivalente dans la mesure où il est à la fois protégé et restreint. Il se trouve d'ailleurs des opinions avancées, jamais entièrement suivies dans les textes, comme celle de l'abbé de Saint-Pierre, selon laquelle afin de lutter contre le duel, il faudrait supprimer le port de l'épée et réduire le port des cannes et bâtons.³⁰

Cette ambivalence est encore accentuée par le fait que sont régulièrement accordées par le Roi de France des «congrés», «dispenses», «permissions» créant ainsi autant de privilèges particuliers hors de la classe nobiliaire; c'est-à-dire que le pouvoir crée une infraction et se réserve ensuite le droit d'en modifier arbitrairement le champ d'application; il marchandise ce qu'il présente pourtant comme d'intérêt public, il interdit et permet à son gré. Il en est de même pour l'accord de «grâce», «pardon» et «rémission» une fois la condamnation prononcée. Dans nombre de textes, un tel laxisme est ouvertement regretté et ces différentes mesures sont déclarées être désormais sans effets: il est donc pris conscience que la crédibilité de la répression passe par

²⁷ Ordonnance impériale de 1530 (n. 10), p. 343.

²⁸ Ordonnance du 16 octobre 1688, in: NERON et GIRARD (n. 25) tome 2, Paris 1720, p. 974.

²⁹ Par ex.: Déclaration du 18 novembre 1660 prohibant le port d'armes à feu pour les hommes de toutes «qualités et conditions», in: *Code pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations sur les crimes et délits*, Paris 1787, p. 100.

³⁰ Mémoire pour perfectionner la police contre le duel (1717), cité in: P. CHAIGNON, *Le duel sous l'ancien régime*, thèse droit Rennes 1936, pp. 78-79. Voir en une logique parfaitement inverse J. SAVARON dans son *Traité de l'espée française*, Paris 1610 (cité in: F. BILLACOIS [n. 3], pp. 321-322) qui tout en voulant restreindre l'usage des duels souhaite que soit étendu à tous les français le privilège de porter l'épée: pensait-il que la démocratisation du duel par la généralisation du port d'armes «tuerait» le duel?

l'impossibilité d'un marchandage quant au champ de son application; car, le roi se trouve dans la situation inconfortable qui consiste à vouloir supprimer les effets pervers de sa propre politique.³¹

En second lieu, persiste une exception liée à la fonction. Les soldats de l'armée royale, les membres de la maréchaussée, certains agents royaux au service de la justice (sergents...) ou de la fiscalité ont le droit de porter les armes, y compris les armes à feu.³² Mais, là aussi, des restrictions apparaissent tendant à ce que ces agents ne portent leurs armes que pour les stricts besoins de leurs fonctions. C'est précisément le cas des soldats de l'armée royale française ou des hommes recrutés dans les milices allemandes.³³ À l'inverse, parce que leurs fonctions ne l'exigent pas, les procureurs allemands, s'ils peuvent (à titre de privilège) porter des épées en public, doivent cependant s'en abstenir lors de la tenue des «audiences ordinaires» et des «diètes particulières». ³⁴ Il y a par conséquent une tendance à professionnaliser le port d'armes, et à mieux circonscrire sa symbolique.

³¹ Dans l'édit contre les duels du 7 septembre 1651, le roi défend aux princes et seigneurs d'intercéder auprès de lui en faveur des duellistes, pas même lors d'une grande occasion (mariage princier, naissance royale, avènement au trône), in: NERON et GIRARD (n. 25) tome 2, p. 35. La volonté d'auto-restriction est à la mesure du phénomène et donc très fermement exprimée.

³² Edit sur la défense du port d'armes du 25 novembre 1548, ISAMBERT (n. 7) tome 13, p. 67; édit sur la religion, sur le moyen de tenir le peuple en paix et sur la répression des séditieux de juillet 1561: droit de porter des pistolets pour les archers royaux, les prévôts des maréchaux, les «ministres de la justice», «les conducteurs de nos deniers pour la sûreté d'iceux seulement», les gardes forestiers, ISAMBERT (n. 7) tome 14, p. 111; déclaration du 18 novembre 1660 (n. 29); déclaration d'octobre 1532: prohibition sauf «nostre exprès vouloir et consentement ou pour chose dépendante de nostre service», ISAMBERT (n. 7) tome 12, p. 377.

³³ Edit sur le fait des chasses et port d'arquebuses de juillet 1607: le port de telles armes reste permis aux archers royaux moyennant certaines conditions lorsqu'ils vont et viennent pour le service. Ils doivent porter la casaque spéciale qui permet de les reconnaître ou bien être muni d'un certificat de leur capitaine attestant de leur appartenance aux troupes, in: NERON et GIRARD (n. 25) tome 1, p. 729. Arrêt du conseil de décembre 1666: précautions similaires (in: DELAMARE, *Traité de la police*, Amsterdam 1729, tome 1, pp. 121–122 et p. 191). Verordnungen du 18 juillet 1765, in: SCOTTI (n. 12), tome 2, pp. 1175–1188, n°45: obligation de porter une casaque bleue et interdiction pour les miliciens d'utiliser leurs armes en se rendant ou en revenant de la place d'exercices.

³⁴ Ordonnance du 10 mars 1731, in: V. S. C. (n. 17), I, n°CLXI p. 512. Le désarmement concerne aussi les plaideurs: pour un exemple français voir l'affaire du contrevenant Buhot «homme tapageur» ayant eu «la témérité de paraître à l'audience de la cour avec une épée qu'il n'avait pas le droit de porter». Il a donc été condamné à la confiscation de son arme et à une amende, in: LERASLE, *Encyclopédie méthodique*, tome 1, Paris 1782, p. 448.

En troisième lieu, des impératifs soit d'ordre individuel soit d'ordre collectif, entraînent l'inapplication des dispositions répressives.

Dans la première catégorie, trouvent place deux activités: la chasse et les voyages. Le port d'armes est autorisé pour l'exercice du droit de chasse attaché à un titre nobiliaire ou à une permission spéciale. Ce régime dérogatoire a pour corollaire la lutte contre le braconnage.³⁵ Ainsi, l'édit de juillet 1607 interdit non seulement de tirer ou faire tirer de l'arquebuse dans les forêts royales, mais aussi d'y porter ces armes «de quelque qualité et condition» que l'on soit; seuls les officiers de la louverie royale échappent à ces dispositions.³⁶

Quant au port d'armes en voyage, il est de tradition que tous les sujets peuvent «porter une simple épée à la charge de la quitter lorsqu'ils seront arrivés dans les lieux où ils iront».³⁷

Des impératifs d'ordre collectif, la sécurité extérieure et la sécurité intérieure, peuvent d'autre part tenir à distance cette dynamique répressive. L'homme en armes qui peut prouver par un acte officiel sa participation à une guerre publique échappera à la répression.³⁸ Hans Fehr a bien mis en lumière, pour le moyen-âge, cet aspect du port d'armes: il avait en effet été reconnu aux paysans bavarois un véritable droit aux armes, permettant ainsi la formation immédiate de troupes en cas de guerre.³⁹ L'autre exigence s'imposant à la population était

³⁵ *Regierungs-Anschreiben* du 2 janvier 1757, in: KERSTING, *Die Sonderrechte im kurfürstenthume Hessen*, Fulda 1857, p. 1138; ordonnance du 13 août 1548, in: SCOTTI (n. 12), tome 1, n°78, pp. 321-323; Patent de la principauté de Mainz du 1er septembre 1693 (Stadtarchiv Mainz, Sammlung landesherrlicher Verordnungen; Bayerisches Staatsarchiv Würzburg, Mainzer Verordnungen; Landeshauptarchiv Koblenz, 3/503-521).

³⁶ *Edit de juillet 1607*, in: NERON et GIRARD (n. 25), tome 1, p. 729.

³⁷ *Code pénal ou recueil des principales ordonnances, édits et déclarations sur les crimes et délits*, Paris 1787, p. 105. *Edit de juillet 1561*, in: ISAMBERT (n. 7), tome 14, p. 111. C'est une exception bien antérieure au 16^e siècle (ex.: lettres d'octobre 1347 portant permission aux habitants d'Aire de porter des armes lorsqu'ils sont en voyage pour leur commerce, in: *Ordonnances des rois de France de la 3^eme race*, réimpression de 1967, tome 3, pp. 509-510) et que l'on retrouve également en Allemagne (un exemple parmi d'autres: *édit du 27 août/7 septembre 1731* [n. 26], p. 1034; ou encore voir in: *Juristisches Oraculum*, Bd 10, Leipzig 1751, p. 26).

³⁸ Ordonnance impériale de 1530 (n. 10), p. 343. D'ordinaire: Befehl adressé aux officiers de la principauté de Trèves du 13 août 1548, in: SCOTTI (n. 12), tome 1, pp. 321-323, n°78: personne ne doit porter un fusil hors de sa demeure et à travers champ.

³⁹ FEHR (n. 2) 1914, p. 191. Une telle prérogative revient aussi aux villes qui ont été parmi les premières à adopter les armes à feu pour leur défense dans la première partie du 14^e siècle (C. GAIER, *Les armes*, in: *Typologie des sources du moyen âge occidental*, fasc. 34, Turnhout 1979, p. 69). D'autre part, J. P. WILLEBRAND précise: «dans les villes où il n'y a point de garnison, il ne suffit pas que la bourgeoisie y soit pourvue de hautes

également à cette époque de poursuivre les «briseurs» de paix et les délinquants afin de les capturer.⁴⁰

Cet impératif d'ordre public se heurte parfois explicitement à la politique de limitation ou suppression de la détention et du port d'armes. La contradiction éclate, par exemple, dans un règlement villageois (Dorfordnung) de la principauté de Trèves qui interdit en son article 51 aux hommes du commun de porter des fusils lors de leurs rassemblements et cela sous peine d'amende; mais l'article 19 engage chacun à porter secours «avec son meilleur fusil» à celui qui crie ou appelle à l'aide parce qu'il subit une agression⁴¹: tout dépend donc en fait des circonstances dans lesquelles a lieu le port d'armes. L'ordonnance de 1534 pour le duché de Braunschweig-Wolfenbüttel ordonne dans le même style de poursuivre les délinquants avec «ses meilleures armes». ⁴² Un texte bavarois est par ailleurs très clair à ce sujet: «Wer körperlich fähig ist, Dieben, Räubern und anderen schädlichen Leuten nachzustellen, der ist zur Nacheile verpflichtet»; «mit Waffen und mit Knütteln müssen sie herbeieilen, um den fliehenden Verbrecher zu verfolgen und einzuholen». ⁴³

La satisfaction de ces nécessités publiques et la tolérance manifestée ont pour revers une prise de risque politique face à une population indocile.

La chasse offre, par exemple, une occasion rêvée de porter des armes à d'autres fins: «et attendu que la chasse sert souvent de prétexte à ces désordres (attroupement avec armes) ... nous faisons défenses à tous particuliers de la province qui n'ont pas le droit de chasse de tenir chez eux des fusils sans une permission de notre part ...». ⁴⁴ Le roi de France avait toléré que les paysans des généralités d'Amiens, Soissons et Châlons aient des armes dans leurs maisons, or cela a dégénéré en abus: «les attroupements avec port d'armes s'augmentent journellement» constitués par ces paysans auxquels se joignent des «vagabonds et gens sans aveu». ⁴⁵ L'arrêt du parlement de Paris du 21 décembre

armes et d'armes blanches, à moins qu'on ne l'exerce à des temps marqués dans le maniement des armes ...» (*Abrégé de la police*, Hambourg 1765, p. 49).

⁴⁰ Ordonnance impériale 1530 (n. 10), p. 343.

⁴¹ Dorfordnung du 6 novembre 1742, in: SCOTTI (n. 12), tome 2, pp. 1027-1035, n497.

⁴² BUTZ (n. 10), p. 31; idem dans l'ordonnance de police de Jülich-Berg de 1608 in: BUTZ (n. 10), p. 42.

⁴³ FEHR (n. 2) 1917, p. 37.

⁴⁴ Ordonnance concernant le port d'armes pour la province du Languedoc du 24 décembre 1778 (A.D.H. A 119).

⁴⁵ Ordonnance pour défendre le port d'armes du 14 novembre 1718 (A.D.H. A 169).

1541 avait déjà témoigné de cette préoccupation en interdisant à «tous gens de labour, vigneron, et gens de campagne de porter par leurs villages des épées, poignards ou autres armes offensives à peine de confiscation de ces armes et de punition corporelle». ⁴⁶

Le pouvoir politique mesure également en Allemagne combien il est dangereux pour lui de laisser la population libre de posséder et de porter des armes: plusieurs textes en témoignent. En 1525, le duc et électeur de Saxe Johann constate que des paysans se sont rebellés contre l'autorité (Bauernkrieg): «darumb ließ Er in seinen Landen seinen Unterthanen alle Wehr, als Harnisch, Büchsen, Spieß, Helleparten und dergleichen mehr nehmen also daß keiner bey Verliehrung Leibes und Gühtes in seiner Behausung mehr eine Art oder Beyl und so er über Feld wanderte ein weiß Stäblein eines Daumens dicke und ein Brodmesser ohne Spitzen haben durffte ...». ⁴⁷

En 1533, un règlement de police pour la principauté de Cologne et de Jülich-Berg, révèle que lors d'assemblées urbaines et villageoises au sein desquelles les hommes venaient pour la plupart avec leurs fusils, avaient parfois lieu des actions «intentionnelles» et «multiples» contre les autorités. ⁴⁸ En 1583, un avis bavarois retraduit bien cette crainte des attroupements armés: «Gebe man dem Volk die Waffe in die Hand, so entstünden daraus mancherlei Übel, Feindschaft und Rumor. Viele würden sich auf Mußiggang, Garten, Wildpretschießen, Mord und Straßenraub verlegen. Dem Bauersmann sei nicht immer zu trauen; er könne, also bewehrt, sich leicht des schuldigen Gehorsams gegen Fürst und Adel entschlagen wollen und einen Aufruhr anfangen, der schwer zu dämpfen wäre». ⁴⁹

En fin de compte, le port d'armes quel que soit sa finalité fait partie de la vie quotidienne sous l'ancien régime, et le pouvoir politique arrive à l'admettre parce que ses membres ne peuvent être complètement étrangers à la société dans laquelle ils vivent. La volonté de répression émanant des textes apparaît d'un côté très ferme mais plie d'un autre devant les mœurs du temps.

⁴⁶ LERASLE (n. 34), p. 447.

⁴⁷ Cité in: J. P. SLEVOGT, *De iniusto armorum usu*, Ienae 1696, p. 28.

⁴⁸ HARTLEIF (n. 15), p. 41.

⁴⁹ FEHR (n. 2) 1917, p. 87.

b. Les mœurs contre la loi: une partie jouée d'avance?

Une constatation s'impose: le port d'armes résiste à la pression normative, ce qui entraîne à intervalles réguliers la réitération de la prohibition, quasiment à titre incantatoire.

«On est forcé de convenir... que malgré les ordonnances du prince, les arrêts des tribunaux, les règlements de la police, et les dispositions des coutumes, rien n'est plus ordinaire que de voir dans toutes les villes du royaume une multitude de gens armés, surtout d'une épée sans droit ni qualité».⁵⁰

En 1788, Prost de Royer et Riolz relèvent dans la pratique une certaine tolérance en la matière et avouent leur scepticisme: le port de l'épée est incontestablement incompatible avec la condition de domestiques mais «l'étiquette et l'usage autorisent cependant quelques exceptions: ainsi les ambassadeurs et les grands seigneurs en France font porter la canne à leurs laquais; on tolère aussi qu'ils fassent porter l'épée à leurs valets de chambre: cette tolérance est-elle raisonnable?». ⁵¹ Selon eux, assurément non, car «la valetaille insolente et brutale» une fois armée ne peut que produire de graves désordres. ⁵²

La formulation de cet état de fait prend en France une coloration plus juridique, puisque ces infractions ont pu être présentées comme les fruits d'un «usage». Les mœurs s'opposent ou résistent à la loi et provoquent selon certaines analyses la formation d'un usage «contra legem». J. Duret (1572), par exemple, mêlant port et détention d'armes, affirme: «Non seulement par la loy le port des armes estait défendu, mais aussi celui qui les tenoit dans sa maison en la ville, sinon que ce fut pour les vendre, ou es champs à sa mestairie (celles exceptées qui sont propres à la chasse, ou destinées à voyager) se soumettoit à la peine de la loy Iulie, faite pour la coercion des forces publiques, qui est la mort civile, bannissement perpétuel. Ceste ordonnance n'a eu toujours lieu en France, ains a été abolie par contraire usage, per-

⁵⁰ Mais l'inobservation des textes de police était générale: «un des points faibles des ordonnances de police» est la difficulté d'en faire sanctionner le non respect (A. RIGAUDIERE [n. 4], p. 131 et p. 159). On peut en outre relever dans le sens de cette mentalité libérale, l'évolution de la sévérité à l'indulgence dès la fin du 13^{ème} siècle, et définitivement admise au 16^{ème} siècle quant au maintien du privilège du for en faveur des clercs portant simplement des armes, GENESTAL, *Le privilegium fori en France du décret de Gratien à la fin du 14^{ème} siècle*, Paris 1921, pp. 207-210.

⁵¹ PROST de ROYER et RIOLZ (n. 8), p. 475.

⁵² Idem.

mettant à chacun tenir armes en sa maison selon sa volonté, mesme celuy a esté par quelque temps grandement prisé, duquel les rasteliers attachez dans sa salle estoient remplis de toutes sortes d'armes . . . ». ⁵³

J. Savaron reprend la même idée au siècle suivant: «les lois civiles et canoniques, les ordonnances défendent le port de l'espée aux roturiers, marchants, mécaniques et paisants, sinon qu'ils voyagent. Mais l'usage contraire a aboli ces loix et nos François sont en prescrite possession de porter l'espée partout et en tout temps, tant ils sont duits à l'espée et l'espée leur est bienséante». ⁵⁴ Lerasle semble, lui, s'attacher à cette interprétation dans le but d'émousser la répression: «Pour punir quelqu'un du port d'armes prohibé par les ordonnances, il faut 1) que par la coutume et l'usage du lieu, il n'ait pas été autorisé à cette contravention. 2) que le bien public n'ait pas engagé les gouverneurs, commandants, même les seigneurs à ordonner le port d'armes. 3) que le délinquant ait été pris sur le fait ayant sur lui ou chez lui des armes prohibées». ⁵⁵

Il n'en reste pas moins que l'illusion de la puissance législative demeure: dans les édits, déclarations, et ordonnances royales qui se succèdent, sont à chaque fois déplorés les méfaits résultant du port d'armes et tous les espoirs sont alors placés dans le tout nouveau et dernier texte.

L'illusion est quasiment la même en Allemagne: un avis impérial et le décret d'une commission comportent la demande expresse de légiférer, c'est-à-dire que la seule issue valable à cette situation est aux yeux de leurs rédacteurs et participants la rédaction d'un texte impérial à valeur législative. Des actes concernant la répression des duels et bagarres (y compris avec armes à feu) le prouvent comme l'avis impérial (Reichs-Gutachten) du 18 décembre 1680: «Nachdeme man auch weniger nicht wahrgenommen wie daß das vorsetzliche Ausfordern, Duelliren, Balgen und Kugelwechseln noch immer im Schwang gehe, und sich dabey erinnert, welchergestalt dieser Puncten wegen allschon den 19den Septembris 1668 eine kayserliche Resolution ertheilt worden; Als werden mehr-Allerhöchstgedacht Ihre Kayserliche Majestät hiemit allergehorsamst ferner gebetten, aus vor-angezogenen Ursachen Allergnädigst zu befehlen, damit ohnewartet bemeld-

⁵³ DURET, *Traicté des peines et amendes tant pour les matières criminelles que civiles*, Lyon 1572, p. 28.

⁵⁴ SAVARON (n. 30), p. 82, note 149.

⁵⁵ LERASLE (n. 34), p. 448.

ten Reichs-Abschieds, die zu zeitlicher Abstellung solchen unchristlichen Beginns erforderte Edicta ausgefertigt, und ebenfalls publicirt werden mögen».⁵⁶

L'attente exprimée est toujours la même dans le décret d'une commission impériale du 23 janvier 1681: «Und weilten Allerhöchstgedacht Ihre Kayserliche Maj. daraus Allergnädigst zu vernehmen gehabt, wie Churfürsten, Fürsten und Stände gar löblich vermeynen, daß sowohl denen Mißbräuchen unter denen Handwerckern, als dem unchristlichen Duelliren, ohnewartet des Reichs-Abschieds vermittelst Auslassung der Kayserlichen Edicten zu steuern seye...».⁵⁷ Mais, il s'agit là d'une véritable illusion, dans la mesure où ces diverses pratiques ne cesseront pas pour autant. Force est de constater comme le déclare Isambert, dans la note se rapportant à un texte français sur les duels et rencontres, mais dont la teneur a manifestement une portée plus large: «On ne change pas par un édit les mœurs de plusieurs siècles. Malgré l'excessive sévérité des peines que celui-ci prononce, les duels ne cessèrent point, ce qui prouve que ce n'est pas par des lois pénales qu'on peut les arrêter».⁵⁸

L'illusion législative véhicule avec elle l'idée qu'une sanction est la solution la plus appropriée au problème posé. Mais, autour de cette constante, différentes approches juridiques du phénomène ont été développées.

B. La répression du port d'armes entre brutalité et raffinement juridiques

Face à ce port d'armes banalisé et persistant, la technique la plus simple est de durcir la peine (a.), mais il a également été fait appel à des techniques préventives plus élaborées ayant pour but d'isoler socialement le délinquant en menaçant d'une sanction tout individu alentour même passif (b.).

⁵⁶ PACHNER VON EGGENSTORFF (n. 16), p. 285 svt.

⁵⁷ PACHNER VON EGGENSTORFF (n. 16), p. 291 svt.

⁵⁸ ISAMBERT (n. 7) tome 17, p. 260, note 1 (sous l'édit sur les duels de septembre 1651). On trouve là un reflet de la pensée de Montesquieu sur les rapports entre mœurs et lois (cf C. LARRERE, *Droit et mœurs chez Montesquieu*, in: *Droits. Revue française de théorie juridique* 19 [1994], p. 17).

a. Le durcissement de la peine: une fuite en avant vouée à l'échec

Les peines prévues en matière de port d'armes sont parfois empreintes d'une particulière sévérité: la peine de mort peut intervenir dès la première infraction tout comme en cas de récidive, même si les peines corporelles et pécuniaires sont courantes.⁵⁹ La peine pécuniaire a en outre pu être modérée pour les paysans et les artisans, sans qu'il leur soit loisible cependant de payer 30 livres d'amende pour le rachat des armes tombées entre les mains de la justice.⁶⁰ De toutes les façons, «peu de personnes se présentent qui n'en aiment mieux la perte que si chèrement les racheter».⁶¹ Une peine plus pittoresque et probablement jugée assez dissuasive a été établie à l'encontre de la population étudiante. Selon un édit d'avril 1684, l'étudiant en droit ne doit pas porter d'épée dans les villes où les écoles de droit sont établies à peine d'être obligé dès la première contravention, d'étudier une quatrième année outre les trois normalement prévues.⁶² Cet édit devait être lu à chaque ouverture des écoles de droit⁶³; une lecture plus fréquente, tous les trois mois, a été ordonnée dans les pensions par le parlement de Paris en vertu de l'arrêt du 2 septembre 1673 défendant aux écoliers de porter l'épée.⁶⁴

La tendance reste toutefois à durcir la peine dans l'espoir d'une meilleure efficacité: cela paraît être la seule issue. La limite de ce genre de répression semble pourtant pressentie dans un édit français de 1559 où affleure un aveu fugitif d'impuissance: «ce néantmoins ainsi qu'il se peut voir, nosdites inhibitions et défenses ont eu si peu de lieu et sont si mal gardées et révérees qu'il se commet encore journellement par le moyen dudit port de pistolets, de si grands et exécrables meurtres et homicides qu'il n'est possible de plus, et dont nous avons un tel regret, que nous ne désirons rien davantage en ce monde que d'y pouvoir

⁵⁹ Déclaration du 14 août 1603 (peine de mort pour les roturiers), GUENOIS (n. 6) volume 3, p. 379; édit du 12 septembre 1609 (PROST de ROYER et RIOZ [n. 8], p. 471) qui prévoit la peine de mort pour tous. Ce dernier édit n'est pas resté lettre morte puisque par exemple le parlement de Grenoble a condamné le 21 juin 1613 un particulier à être pendu pour y avoir contrevenu, LERASLE (n. 34), p. 447. En cas de récidive: édit du 17 décembre 1559, ISAMBERT (n. 7) tome XIV, p. 15, édit du 4 août 1598, FONTANON, *Les édits et ordonnances des rois de France*, tome 1, Paris 1711, p. 657, déclaration du 23 juillet 1559, ISAMBERT (n. 7) tome XIV, p. 2. PROST de ROYER et RIOZ (n. 8), p. 473.

⁶⁰ DURET (n. 53), p. 28.

⁶¹ Idem.

⁶² PROST de ROYER et RIOZ (n. 8), p. 473.

⁶³ Idem.

⁶⁴ LERASLE (n. 34), p. 447.

donner tel remède et provision, que nous cognoissons l'importance de la chose le requérir. Ce que pour la malice et obstination des contrevenants nous a semblé ne se pouvoir mieux faire que par augmentation de peine». ⁶⁵ Mais surtout, le roi de France, par souci de préserver l'intégrité des peines fixées dans les textes, en arrive à dénier à ses juges le droit d'arbitrer la peine pourtant habituellement reconnu en doctrine et en pratique. ⁶⁶

En outre, un édit français sur le duel révèle une préoccupation perpétuelle du législateur quant à la destinée de ses textes: leur application réelle. «Sachant que les loix, quelque bonnes et saintes qu'elles soient en elles-mêmes, sont souvent plus dommageables qu'utiles au public, si elles ne sont entièrement et religieusement observées...». ⁶⁷ En ce but, le zèle de tous ceux qui ont pour devoir de veiller à leur application va être plus ou moins fortement stimulé. Les juges royaux et seigneuriaux sont contraints de poursuivre sans faillir les infractions au port d'armes. L'ordonnance de Moulins de février 1566 prévoit dans son article 30: «quant aux juges, procureurs et officiers de Nous ou desdits hauts justiciers, Nous pour leur négligence de la poursuite et punition desdits crimes les avons dès à présent déclarés privés de leurs états et offices, pour y être pourvu d'autres en leur lieu». ⁶⁸ Toujours d'après le même article, «les hauts justiciers qui souffriront port d'armes, forces ou violences estre faites en leurs justices et n'en feront poursuite, seront privez de leursdites justices; et s'ils estoient complices ou fauteurs, seront punis des peines que dessus». ⁶⁹ L'ordonnance de Blois de mai

⁶⁵ Édit du 17 décembre 1559 (n. 59); dans la déclaration du 23 mars 1728, ISAMBERT (n. 7) tome 21, p. 311, l'interdiction posée «pour toujours» paraît bien dérisoire et met encore en valeur l'impuissance du pouvoir central.

⁶⁶ Au 16^{ème} siècle, est reconnu aux juges sur tout le territoire français, le pouvoir d'arbitrer les peines même en présence d'un texte pénal précis, CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris 1990, pp. 172-173. Ce pouvoir est en principe exercé pour prononcer une peine moindre que celle prévue dans un texte (idem p. 179). C'est donc contre cet arbitraire «à la baisse» que s'élève le roi en matière de port d'armes (déclaration du 23 juillet 1559; édit de juillet 1561 [n. 37]). Sur la controverse relative à «l'arbitraire réglé» des juges et sur l'émergence du principe de légalité des peines favorisé par la pression du pouvoir royal contre cet arbitraire: cf B. SCHNAPPER, Les peines arbitraires du XIII^{ème} au XVIII^{ème} siècle (doctrines et usages français), in: *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 1974, p. 89 svt.

⁶⁷ Art. 30 de l'édit de juin 1643, ISAMBERT (n. 7) tome 17, pp. 29-30.

⁶⁸ Ordonnance de Moulins de février 1566 article 30, in: NERON et GIRARD (n. 25) tome 1, p. 462.

⁶⁹ Idem. La fin de cet article inspirera une remarque de G. COQUILLE rapportée à la suite de l'article 192 qui omettait de reprendre cette dernière idée de «complice» ou «fauteur», in: NERON et GIRARD (n. 25) tome 1, p. 605.

1579 (art. 192) rajoute que ces justices retirées à leurs titulaires «seront unies et incorporées» au domaine royal, et que les officiers «en cas de connivence et dissimulation» sont «privez de leurs estats, sans espérance d'y pouvoir jamais y estre remis». ⁷⁰ Une disposition du 11 décembre 1724, applicable dans la principauté de Trèves, est animée du même souci, bien que la formulation en soit moins rude. Il s'avère impératif pour les officiers, serviteurs et gardes-forestiers de devoir rechercher ceux qui commettent des délits de chasse et de les dénoncer à la cour; leur tâche est facilitée par le fait qu'ils ne doivent arrêter les contrevenants qu'en flagrant délit et les détenir en les laissant à disposition de l'autorité: or, le flagrant délit est sensé exister dès lors qu'un homme portant un fusil est aperçu dans les champs et forêts en dehors des chemins. ⁷¹

En France, de cette volonté très ferme d'avoir des agents efficaces pour cette fonction précise, a pu naître un malentendu. A ce titre, le cas du prévôt des maréchaux d'Autun offre un bon exemple: à trois occasions, ce prévôt a de sa propre initiative enlevé les armes à des sujets n'ayant pas le droit de les porter. Or, cela ne ressortait pas de sa compétence: il en a été jugé ainsi par trois arrêts successifs. ⁷² Cet excès de zèle a pu être le résultat d'une mauvaise interprétation de la volonté répressive certes outrée au cours du temps, mais cependant sans déroger aux règles de compétence normalement fixées. De plus, les cavaliers de la maréchaussée représentent un autre risque de détournement de la procédure: ils doivent se contenter, tout comme les officiers de justice ou les gardes généraux ou particuliers, de dresser des procès-verbaux de saisie des armes qu'ils ne peuvent d'ailleurs conserver par devers eux, mais doivent transmettre au maire ou au syndic du lieu où ils résident. De même, ces cavaliers ne peuvent contraindre les contrevenants à leur payer directement les amendes: ils n'ont sur ce point pour mission que de faire exécuter les jugements de condamnation ultérieurs à une amende, et à ce propos, «il leur est fait défense de maltraiter ceux qui refusent de payer les amendes

⁷⁰ Ordonnance de Blois de mai 1579 article 192, in: NERON et GIRARD (n. 25), p. 604.

⁷¹ SCOTTI (n. 12), tome 2, p. 898, n395. Raisonnement similaire dans un arrêt du parlement de Toulouse du 5 septembre 1766: «Tout bourgeois ou paysan qui n'a point de fief est donc coupable dès qu'il est trouvé marchant avec un fusil», cité in: BASTIER, *La féodalité au siècle des Lumières dans la région de Toulouse (1730-1790*, Paris 1975, p. 195.

⁷² F. SERPILLON, *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Lyon 1784, p. 84.

encourues, de les conduire dans des cabarets, d'y manger ou boire à leurs dépens, et de faire aucune composition avec eux». ⁷³ Le contenu de ce jugement de la connétablie du 21 juillet 1740 montre à la fois que le champ de la répression du port d'armes est très convoité, et que l'efficacité des textes royaux trouvent là un obstacle pratique de taille, qui peut nourrir l'inflation législative, puisque moyennant argent le contrevenant peut se concilier la bienveillance de la maréchaussée et échapper à la justice. Que pourrait donc contre cela le durcissement des peines?

Il y a alors place, en France, pour une réflexion de type moderne sur la peine. On en trouve trace très explicite, là encore dans un texte sur le duel, domaine proche du port d'armes sur bien des points, et donc révélateur d'une démarche plus large: «Nous sans révoquer nos précédents édits pour l'avenir, avons avisé et résolu d'établir et imposer nouvelles peines, d'autant plus convenables aux fins que nous nous proposons, qu'étant moins rigoureuses, il sera moins loisible de nous requérir et importuner pour en décharger les coupables, qui n'en pourront jamais être dispensés, pour quelque cause et par quelque voye que ce puisse être». ⁷⁴

Tous les éléments qui précèdent montrent que prévoir une peine destinée au seul auteur du délit de port d'armes ne suffit pas au développement d'une bonne politique répressive: il faut également s'efforcer d'agir sur son entourage.

b. Le recours plus ou moins développé aux techniques d'isolement socio-juridique du délinquant

Les textes montrent un intérêt certain pour l'entourage social du délinquant et vont comprendre des moyens de pression plus ou moins accentués pour isoler celui-ci dans son passage à l'acte. Outre les actes positifs de soutien, ce sont les comportements passifs de cet entourage qui sont visés. En ce deuxième cas, l'idée générale, quelle que soit la forme juridique adoptée, est simple: ne pas agir, ne pas dénoncer, c'est en quelque sorte favoriser et acquiescer, donc c'est aussi être coupable. Trois approches juridiques sont par conséquent possible: l'infraction d'omission, la complicité, la responsabilité du fait d'autrui.

⁷³ LERASLE (n. 34), p. 449.

⁷⁴ ISAMBERT (n. 7) tome 16, p. 175.

Mais il faut préciser d'emblée que ces distinctions modernes n'ont pas une telle netteté sous l'ancien régime et rendent donc parfois complexe la détermination de la forme exacte de la répression que comportent les textes.

1. Tout d'abord, l'infraction d'omission se confond avec la complicité. La possibilité d'un élargissement de la complicité au-delà de la complicité active transparaît dans l'édit français du 16 juillet 1546: seront pendus comme les contrevenants eux-mêmes «ceux qui les retireront, adhéreront ou favoriseront en quelque manière que ce soit». ⁷⁵ Ces derniers termes, «en quelque manière que ce soit», sont suffisamment larges pour englober une forme passive de complicité, ce que les textes vont rapidement confirmer. «Et afin que nos présentes inhibitions et défenses soient mieux gardées et conservées, craintes et révérees, qu'elles n'ont été jusques icy, nous mandons et enjoignons par ces présentes à tous nos sujets, soient nos justiciers ou personnes privées, qu'ils aient à prendre et saisir au corps tous ceux qu'ils trouveront portans lesdits pistolets sans prendre cogaissance de cause, s'ils auront congé et permission de nous de les porter, et cela fait les meinent et consignent entre les mains de nostre plus prochain juge, pour estre procédé à l'encontre d'eux par la susdite peine. Et là il adviendroit que les susdites personnes ne les pussent saisir et appréhender, seront tenus crier à haute voix, aux traîtres, aux bouteveux: et avec iceluy cry les suivre de lieu à autre. Auquel cry tous ceux qui l'oïront seront semblablement tenus (sur peine d'estre punis de mesme peine que ceux qui porteront lesdits pistolets) de se mettre à la suite pour prendre et appréhender ceux sur lesquels on criera, et ceux qui oïront ledit cry iront soudain sonner le toquesin à la plus prochaine église. Et à ce son, seront tenus les paroissiens de toutes les paroisses prochaines de faire le semblable et les paysans et autres estants ausdits champs si tost qu'ils auront ouy ledit son, de sortir et se mettre à la poursuite et recherche de ceux-là, de lieu à autre, jusques à ce qu'ils aient été pris, consignez et délivrez à notre justice, comme dessus est dit». ⁷⁶

⁷⁵ ISAMBERT (n. 7) tome 12, p. 911.

⁷⁶ Édit du 17 décembre 1559 (n. 59), pp. 15–16; édit du 12 septembre 1609 qui «permet de courir sus au contrevenans», PROST de ROYER et RIOUZ (n. 8), p. 471. Ceci n'est qu'une application d'un principe plus général (cf par ex.: THEVENEAU, *Commentaire sur les ordonnances contenant les difficultés meves entre les docteurs du droict canon et du droit civil et décidées par icelles ordonnances, tant en matières bénéficiale que civile et criminelle, instructions des procès jugemens et exécutions d'iceux*, Paris 1629, titre V, p. 1010.

Les deux volets de la complicité, aide active (ouvertement évoquée) et abstention coupable (sous-entendue) sont reliées dans l'édit français du 4 décembre 1598 afin que la prohibition soit mieux observée: «(nous) commandons et enjoignons à nostre peuple et sujets, prendre et arrester prisonniers huit jours après la publication de ces présentes faictes en leur ressort, toutes personnes qu'ils trouveront porter lesdites armes à feu ... et iceux mettre es prisons de la plus prochaine justice, pour de là estre menez et conduits au plus prochain siège présidial ... Déclarons en outre tous recelleurs de ceux qui porteront telles armes et les autres qui les logeront s'ils ne viennent incontinent les révéler à nos juges et officiers avoir encouru les mesmes peines». ⁷⁷ Afin de stimuler le zèle de la population, une rémunération est prévue pour toute prise, en France ⁷⁸ comme en Allemagne. Une ordonnance bavaroise de 1512 déclare que: «Wer den Täter niederwirft und ins Gefangnis bringt, erhält dessen Hab und Gut». ⁷⁹ L'anonymat du dénonciateur est assuré par les juges ⁸⁰ ou par les textes. ⁸¹

Une même technique répressive a été adoptée en matière de duel. Le mécanisme de la complicité est largement utilisé: «... tous ceux qui assisteront ou se rencontreront, quoique inopinément, au lieu où se commettront des offenses à l'honneur ... seront à l'avenir obligés d'en avertir nos cousins les Maréchaux de France, ou lesdits gouverneurs généraux de nos provinces sur peine d'être réputés complices desdites offenses, et d'être poursuivis comme y ayant facilement contribué, pour ne pas s'être mis en devoir d'en empêcher les mauvaises suites». ⁸² Les complices du duel sont définis d'une manière large, dans un but bien évidemment répressif: il peut s'agir des seconds, des spectateurs, des porteurs de billets, des conducteurs et des receleurs. ⁸³ La même

⁷⁷ FONTANON (n. 59), p. 647.

⁷⁸ Dans l'édit du 17 décembre 1559, ISAMBERT (n. 7) tome 14, p. 15: la moitié des biens confisqués. Dans l'édit du 4 août 1598, FONTANON (n. 59), p. 657: les chevaux ou l'habillement des contrevenants prisonniers et la moitié des amendes. Il en est de même pour la répression du duel où la dénonciation est stimulée par la récompense: édit d'août 1679 art. 3 et art. 16, ISAMBERT (n. 7) tome 19, p. 211 svt.

⁷⁹ FEHR (n. 2) 1917, p. 43.

⁸⁰ Dans un arrêt du parlement de Toulouse du 13 juin 1750: la moitié de l'amende est cédée au dénonciateur qui ne sera pas nommé, PROST de ROYER et RIOLZ (n. 8), p. 1473.

⁸¹ Regierungs-Anschreiben vom 2ten Januar 1757, KERSTING (n. 35), p. 1138.

⁸² Article 3 de l'édit portant règlement général sur les duels d'août 1679, ISAMBERT (n. 7) tome 19, p. 211.

⁸³ In: P. CHAIGNON (n. 30), pp. 34-36. Pour une vue rapide de cette répression élargie: cf tableau synoptique dressé pour la première moitié du 17ème siècle par F. BILLACOIS (n. 3), pp. 418-419.

stratégie anti-duel a été développée en Allemagne: «... wird bestimmt daß (mit Ausschließung rechtlicher Nothwehr) dergleichen Unternehmungen, so wie die Herausforderungen dazu, deren Sekundirung, Bewohnung und unterlassene Anzeigung mit Verlust der Ehren und Würden und mit Leibes-und Lebens-Strafen belegt werden sollen ...». ⁸⁴

Le mécanisme a d'ailleurs été poussé particulièrement loin dans un édit sur le duel applicable dans la principauté de Cologne et daté du 29 mai 1742: «23. Würde sich jemand unterstehen, dieses unser Duell-Edict zu kritisiren, oder von denen, welche demselben, als rechtschaffene getreue Unterthanen nachleben, spöttlich reden, selbigen wollen Wir als complicem criminis angesehen ...». ⁸⁵

2. Un mécanisme nouvellement utilisé en matière de port d'armes, la responsabilité du fait d'autrui, permet une répression juridiquement plus affinée. Mais, elle apparaît semble-t-il en ce domaine comme une particularité française.

Non pas qu'une volonté de renouvellement de la répression n'ait vu le jour en Allemagne, mais elle n'a eu qu'un effet bien réduit. Face à la recrudescence des délits de chasse qui dégénèrent de plus en plus en coups et blessures voire meurtres par armes à feu («nos gardes-chasse et autres serviteurs ne peuvent exercer leur service sans craindre pour leur corps ou leur vie»), le prince-évêque de Mayence décide par ordonnance du 22 août 1698 de faire mieux que ses prédécesseurs («Nous ne voulons pas seulement reprendre les dispositions et ordres de nos prédécesseurs, mais aussi ordonner quelque chose de nouveau ...»), c'est-à-dire qu'il ne

⁸⁴ Édit du 20 septembre 1685 pour la principauté de Cologne, in: SCOTTI (n. 25), I/1, n 178, p. 518. Même sens: Reichs-Gutachten du 30 juillet 1668, in: PACHNER VON EGGENSTORFF (n. 16), tome 1, p. 304; Kayserliches Commissions-Decret du 19 septembre 1668, in: *Neue und vollständigere Sammlung der Reichs-Abschiede*, hg. von J. J. SCHMAUSS und H. Chr. von Senckenberg, Frankfurt am Main 1747 [NSRA], tome 4, pp. 55–58; Reichs-Abschied du 24 septembre 1670, in: NSRA tome 4, p. 71; Edict und Befehl du 28 octobre 1730 (Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden, 100/212; Stad-tarchiv Mainz, Sammlung landesherrlicher Verordnungen; Bayerisches Staatsarchiv Würzburg, Mainzer Verordnungen; Landeshauptarchiv Koblenz, 3/503–521). Stratégie similaire dans les *Freyheiten und Ordnungen für dero Uralte Universität zu Mayntz* du 26 décembre 1746, titre 9, § V et titre 12, § XII: celui qui assiste ou participe à un duel sera poursuivi et puni de la même façon que les duellistes eux-mêmes. Les étudiants informés au début de chaque année universitaire de ces dispositions savent que s'ils provoquent en duel avec épée ou pistolet, ou bien s'ils assistent à un tel duel, ils seront officiellement exclus de l'université comme indignes, outre le bannissement du pays prévu plus généralement dans le titre 9, § V.

⁸⁵ V. S. C. (n. 17), II, pp. 248–255, n439.

s'agit plus simplement d'interdire l'entrée des forêts et autres lieux de chasse aux sujets armés de fusils et pistolets.⁸⁶ Ce réflexe se reproduit en 1757 au sein de la même principauté.⁸⁷ En vérité, ces grandes déclarations ne sont pour ainsi dire pas suivies d'effets. Les mesures prises paraissent des plus classiques. En effet, en 1698 est organisé le désarmement général et volontaire (donc sujet à caution) de la population, est préconisée la poursuite des contrevenants et leur capture par les sujets et les officiers du prince, est encouragée la délation avec récompense à la clef, et enfin, il est précisé (et c'est là seulement que l'on pourrait trouver un terrain favorable à l'innovation comme cela a été le cas en France) que les poursuites pénales doivent être menées non seulement contre les délinquants eux-mêmes mais aussi contre «les aides ou auxiliaires et les complices».⁸⁸ En 1757, les mesures antérieures sont simplement étendues à un type d'armes supplémentaire (Schraubflinten).⁸⁹ Ainsi, si ces nouveautés n'en sont pas vraiment, elles ont le mérite d'une certaine clarté.

Certes, il existe des textes où est ordonné expressément à des personnes précises d'œuvrer pour l'application des textes. L'ordonnance de police d'une ville située dans le comté de Brandebourg-Culmbach comprend le paragraphe 5 suivant: «Injonctions sont faites aux pères et mères et maîtres d'écoles d'exhorter les enfants et jeunes garçons de ne tirer aucun coup de fusil ou d'autres armes à feu dans la rue, ny de porter aucun feu à la rue et de n'y faire d'autres désordres à peine d'être châtiés».⁹⁰ Mais il n'est fait aucune allusion à une quelconque responsabilité de ces personnes si elles ne remplissent pas un tel devoir.

Les textes français, eux, innovent, mais au prix d'une imprécision au moins partiellement nuisible. L'entrée en scène de la responsabilité du fait d'autrui va en effet se révéler quelquefois probléma-

⁸⁶ Verordnung du 22 août 1698 pour la principauté de Mainz (Hessisches Hauptstaatsarchiv Wiesbaden, 100/239; Stadtarchiv Mainz, Sammlung landesherrlicher Verordnungen; Bayerisches Staatsarchiv Würzburg, Mainzer Verordnungen; Landeshauparchiv Koblenz, 3/503-521).

⁸⁷ KERSTING (n. 35), p. 1138.

⁸⁸ Idem que n. 86.

⁸⁹ KERSTING (n. 35), p. 1138.

⁹⁰ Policey Ordnung der Stadt Christian-Erlang du 11 mars 1705, Chap. 2, paragr. 5, in: *Corpus constitutionum Brandenburgico-Culmbacensium* ..., 2ème partie, tome 2, Bayreuth 1748, p. 648. Injonction similaire faite aux hôtes et maîtres de maison vis-à-vis de leurs invités et de ceux qu'ils logent, in: *Corpus Constitutionum Brandenburgico-Culmbacensium*, Bayreuth 1747, chap. VII, titre XXX, p. 633.

tique.⁹¹ Au 16ème siècle, un texte isolé et il est vrai assez flou montre pour ainsi dire en germe un affinement de la stratégie répressive: les sujets ne doivent tenir «avec eux ni par eux, gens ne serviteurs qu'ils ne veulent advouer et en répondre, s'ils font cas et crimes qui requièrent punition, et les livrer es mains de justice, pour les punir selon qu'ils auront mérité».⁹² Le terme «répondre» implique «l'idée de se tenir garant du cours d'événement à venir»⁹³ et il semble s'appliquer ici à une responsabilité du fait d'autrui. L'ordonnance du 3 février 1600 inaugure une formulation par la suite reprise: «enjoint aux seigneurs et gentilhommes de porter eux-mêmes leurs épées, sans les faire porter à leurs pages et laquais, sur peine d'en répondre en leur propre et privé nom».⁹⁴ C'est seulement dans des textes ultérieurs que cette responsabilité prend la qualification de civile, ce qui n'exclut pas pour autant toute ambiguïté. La déclaration du 18 novembre 1660 semble d'abord hésiter à procéder à cette qualification, usant d'expressions toujours aussi vagues. Les hôtes qui recevront des étrangers à la ville de Paris

⁹¹ D'une façon générale, l'histoire du droit pénal n'accorde à ce type de responsabilité qu'un intérêt mineur: LAINGUI dans sa solide thèse *La responsabilité pénale dans l'ancien droit XVIème-XVIIIème siècles*, Paris 1970, ne consacre qu'un rapide passage à la responsabilité des pères du fait des délits de leurs enfants (pp. 245-247). Rien non plus ou presque dans les manuels généraux d'histoire du droit pénal, CARBASSE (n. 56), p. 243; LAINGUI et LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, tome 1, Paris 1979. Voir par contre d'un point de vue particulier mais approfondi: B. AUZARY, Peine et réparation dans les rapports entre préposé et commettant devant le parlement de Paris aux XIVème et XVème siècles, in: *T.R.* 59 (1991), pp. 97-109.

⁹² Déclaration d'octobre 1532 (n. 32), p. 377.

⁹³ VILLEY, Esquisse historique sur le mot responsable, in: *La responsabilité à travers les âges*, Paris 1989, p. 76.

⁹⁴ PROST de ROYER et RIOUZ (n. 8), p. 467. Il faut remarquer que la formule est aussi employée à l'encontre du prévôt de Paris, des lieutenants et commissaires du Châtelet, et autres officiers qui ne veilleraient pas à la bonne application de la prohibition du port d'armes, arrêt du conseil de 1666, in: DELAMARE (n. 33), p. 122. Elle est restée ultérieurement en usage dans la pratique (cf affaire Garain du 21 octobre 1724, Chambre de Police du Châtelet de Paris, Y 9498-2/3). Ce genre de situation peut se présenter dans l'exercice du droit de chasse. En effet, le seigneur qui n'est pas en état ou condition de chasser lui-même peut employer ses domestiques ou autres à cet effet à la charge d'en «répondre» (RENAULDON, *Traité historique et pratique des droits seigneuriaux*, Paris 1765, p. 400) ou «d'en demeurer civilement responsable» (BOUTARIC, *Traité des droits seigneuriaux et des matières féodales*, nouvelle éd. Toulouse 1767, p. 526). Corrélativement les maîtres ne sont pas responsables des faits de leurs valets et domestiques surpris en train de chasser si on ne prouve qu'ils leur en ont donné l'ordre: sont cités en référence deux jugements de la Table de Marbre (BOUTARIC op. cit. p. 540). Mais cette interprétation écarte le caractère vraiment civil de cette responsabilité.

et portant des armes, devront recevoir dépôt de celles-ci, et faire déclaration du tout aux commissaires de leurs quartiers; ils devront «veiller qu'il n'en soit pas abusé par eux, à peine d'en répondre en leur propre et privé nom». ⁹⁵ L'article suivant énumère les «responsables» du fait d'autrui: «et seront les maîtres responsables du fait de leurs domestiques et valets qui sortiroient avec armes; et les principaux des collèges, de ceux qui se retirent dans iceux, étant de leur devoir de ne recevoir à loger dans lesdits collèges, que des gens connus et de bonne vie, et de n'y point admettre des porteurs d'épée, peu convenans à leur profession. Seront aussi les écuyers et maîtres des Académies, responsables du fait de leurs pensionnaires et domestiques d'iceux: ceux des princes et grands seigneurs, des pages et laquais, et autres étant sous leurs charges». ⁹⁶ Enfin, dans l'article 10, la nature de la responsabilité est évoquée à propos des soldats royaux circulant en ville que l'on soumet à des règles strictes comme celles de ne pas se grouper à plus de deux portant épée, et de ne pas se munir d'autres armes: «voulons que les capitaines et officiers de nosdites gardes ... soient tenus pareillement de résider en leurs compagnies pour faire vivre leurs soldats dans la discipline, et pourvoir aux plaintes qui pourraient être faites à l'encontre d'eux, à peine d'en répondre civilement en leurs noms». ⁹⁷

Mais les termes de l'article 7 de cette déclaration entraîne un problème nouveau: «défendons à tous princes, seigneurs, et autres nos sujets, ... de donner aucune retraite dans leurs hôtels et maisons à aucuns prévenus de crimes et aux maîtres d'hôtels des hôtels et maisons desdits princes et seigneurs qui sont à la suite de notre cour, d'avouer et donner aussi esdits hôtels et maisons, retraite à autres qu'aux domestiques actuels desdits princes et seigneurs, à peine de répondre en leur propre et privé nom des délits qui seraient commis par ceux qu'ils retireraient, et être

⁹⁵ ISAMBERT (n. 7) tome 18, pp. 388-389. G. LIEBE (n. 2) rapporte que l'étranger armé devait délaissier ses armes en entrant dans une auberge et qu'à Nuremberg dans la première moitié du 14^{ème} siècle, il était ordonné à l'aubergiste de ne servir à boire et à manger ni au contrevenant lui-même ni à ses serviteurs ni à ses chevaux à peine d'en supporter la «responsabilité» (p. 341). Cet auteur n'entre malheureusement pas plus dans les détails sur ce point précis.

⁹⁶ Idem. Cf en moins complet mais dans le même esprit, l'édit de décembre 1666, in: LA POIX DE FREMINVILLE (n. 21), pp. 475-476; toutefois, l'expression «responsable civilement ... sous mêmes peines» fait plutôt penser à la complicité.

⁹⁷ ISAMBERT (n. 7) tome 18, pp. 390-391.

impliqués dans leurs crimes». ⁹⁸ Bien que l'expression employée soit à priori relative à la récente responsabilité du fait d'autrui, il s'agit vraisemblablement ici d'un cas de complicité (recel de criminels).

Enfin, trois ordonnances du 18^{ème} siècle traitent exclusivement du problème des domestiques armés en des termes similaires. Cette répétition laisse supposer une fois de plus l'échec de la répression. Mais ils prouvent que la mise en jeu de la responsabilité civile d'un tiers à l'acte devient un aspect habituel de celle-ci. «S. M. a fait défenses aux domestiques connus sous les dénominations de chasseurs, heiduques, aux négres et à tous autres serviteurs et gens de livrée, de porter sous quelque prétexte que ce soit, aucunes armes, épées, couteaux de chasse, sabres, cannes, bâtons ou baguettes, à peine d'être emprisonnés sur le champ, poursuivis extraordinairement et punis corporellement suivant la rigueur des ordonnances: leur défend pareillement S. M. sous peine de prison de porter des épaulettes et à toutes personnes de quelque qualité et condition qu'elles soient de faire porter lesdites armes et épaulettes par leurs domestiques, à peine de désobéissance et d'être civilement responsables des délits qui seront par eux commis». ⁹⁹ Ne sont pas épargnés les domestiques des ecclésiastiques: si ces derniers ne peuvent porter les armes, ils peuvent cependant en charger leur serviteur afin d'assurer leur sécurité lors d'un voyage. Et de celui-là, «lesdits ecclésiastiques demeureront civilement responsables». ¹⁰⁰

Par conséquent, un premier constat s'impose: la répression oscille au travers d'un lot réduit de formules entre complicité et responsabilité (civile) du fait d'autrui. La diversité de formulation (répondre en son propre et privé nom; être responsable du fait de ...) ne rend pas le repérage juridique facile, d'autant plus que se pose également le problème de savoir si cette responsabilité d'un type nouveau en matière de port d'armes est de nature civile ou pénale. Même lorsqu'elle est ouvertement qualifiée de «civile» l'est-elle pleinement, réellement? Sur quoi porte-t-elle concrètement? Sur l'amende pénale

⁹⁸ Idem. Édit de décembre 1666 (n. 96), p. 476: similaire sauf omission de la fin de la formule «être impliqué ...»

⁹⁹ Ordonnance du 13 juin 1779, in: ISAMBERT (n. 7) tome 27, pp. 94–95; à peu près la même chose dans l'ordonnance du 21 mai 1784 où le «à peine de désobéissance» est supprimé comme élément redondant, ou peut-être pour éviter la coexistence trop voyante de l'idée d'une faute pénale personnelle et de la responsabilité civile du fait d'autrui, ISAMBERT (n. 7), tome 27, p. 411; Ordonnance du 5 mai 1785, ISAMBERT (n. 7) tome 28, p. 49.

¹⁰⁰ Ordonnance du 1^{er} juillet 1766, A. D. H. A 110.

ou la réparation civile, désormais bien distinguées dans le procès pénal, et avec dans un cas comme dans l'autre, le souci de garantir le paiement dû par le délinquant?¹⁰¹

L'application de ce type de responsabilité, afin de sanctionner les conséquences plus ou moins désastreuses du port d'armes, paraît ne pas avoir rencontré de résistance de la part des juges, du moins si l'on se réfère à la pratique du Châtelet de Paris.

Ainsi, l'affaire Hory jugée le premier juillet 1721 offre un bon exemple de cette répression pointilleuse. Le fils d'un maître-charron nommé Hory tire du seuil de l'atelier de son père un coup de pistolet en direction de deux cavaliers revenant de leur service, sans cependant les blesser. Le fils s'est enfui sans que l'on parvienne à l'arrêter. Le sieur Hory père est assigné à comparaître en justice et il est condamné «comme civilement responsable de son fils en 100 livres d'amende...» sur lesquels sera prélevée une somme de 15 livres remise aux deux cavaliers; cela laisse penser que le caractère juridique (civil ou pénal) de ces 100 livres n'est pas nettement établi. Le pistolet a en outre été confisqué pour être «rompu et brisé».¹⁰²

Il est en outre à noter que ce mécanisme de responsabilité civile du fait d'autrui a rencontré un certain succès, puisqu'il entre en jeu pour d'autres infractions de police comme celles de tirer des pétards ou des

¹⁰¹ Remarque de B. DURAND sur cette ambiguïté notamment dans les règlements relatifs aux professions (La notion de police en France du XVI^e au XVIII^e siècle, in: *Policey in Europa* [n. 4], pp. 176–179). Elle ne semble pas avoir trouvé de place en Corse où cette responsabilité du fait d'autrui est qualifiée de «pénale», cf ROSSI (n. 2), p. 111 et surtout p. 231 où est rapporté le décret du 27 mai 1715. Sur la distinction entre composition pécuniaire et réparation civile: G. CHEVRIER, Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducal du XIV^e siècle au XV^e siècle, in: *MSHDB* (n. 2) 1960, pp. 127–137; BONGERT, Rétribution et réparation dans l'ancien droit français, in: *MSHDB* (n. 2) 1988, pp. 59–107. Pour le droit romain: CARDASCIA, Réparation et peine dans les droits cunéiformes et le droit romain, in: *La responsabilité à travers les âges* (n. 93), pp. 1–43. Pour le droit hollandais: FEENSTRA, Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius, in: *Etudes d'histoire du droit privé off. à P. Petot*, Paris 1959, p. 157 svt.

¹⁰² Chambre de police du Châtelet de Paris, Y 9498–2/3. Dans l'affaire Sauvegon du 10 avril 1699 (exercices de tirs au fusil au cours desquels un laquais avait été gravement blessé au poignet), la chambre de police a rappelé que les propriétaires et principaux locataires acceptant que de tels exercices de tir aient lieu au sein de leur propriété étaient civilement responsables en cas d'accident (idem, Y 9498–1). Dans l'affaire Marbrisson du 9 avril 1630 (garçon de 11–12 ans blessé d'un coup de flèche tiré par l'un des arbalétriers de la ville de Meaux s'exerçant au tir), la communauté des arbalétriers de cette ville a été condamnée à payer 600 livres comme civilement responsable du fait de l'un des leurs, in: BARDET, *Recueil d'arrêts du parlement de Paris*, Paris, Avignon 1773, Chapitre XCV, p. 320.

fusées en milieu urbain. Dans la plupart de ces cas, ce sont des artisans et des marchands qui sont mis en cause comme responsables du fait de leurs «garçons» c'est-à-dire de leurs apprentis ou employés.¹⁰³

En résumé donc, si la volonté de renouveau parfois manifestée en Allemagne n'a pas pu aboutir au-delà du mécanisme de la complicité, l'innovation française, elle, manque de clarté. Dans les deux pays d'ailleurs, la doctrine ne semble pas d'un grand secours pour la compréhension de cette question.

II

Le port d'armes et sa répression: à la recherche d'une doctrine «perdue»

Si les textes français et allemands révèlent dans leur volonté répressive une communauté d'esprit, des différences semblent au contraire marquer les doctrines de l'un et l'autre pays. Alors que l'innovation normative française se noie dans une doctrine en déroute (A), la doctrine allemande semble relativement peu préoccupée par le port d'armes lui-même, mais paraît construire plus facilement toute une théorie générale des formes de participation à l'acte délictueux, qui somme toute s'accorde assez bien avec les mécanismes que révèlent les textes (B).

Dans le premier cas, il y aurait, malgré un débat direct chez les juristes sur le problème du port d'armes, une rupture de communication entre pouvoir normatif et doctrine,¹⁰⁴ alors que dans le second, malgré le peu d'importance d'un tel débat, il y aurait une plus grande

¹⁰³ En conséquence d'une multitude d'ordonnances de police sur cette matière (Châtelet de Paris, Y 9498, textes de 1700 à 1769), les affaires sont nombreuses. Pour quelques exemples où ces «garçons» sont en cause, voir: Châtelet de Paris, Y 9484 / A (rapports de police du 23 mars 1781) et Y 9484 / B (rapports du 27 juillet 1781 et du 10 août 1781). Autres exemples: responsabilité civile du «coiffeur de la Reine» pour des pétards tirés par ses «gens de maison» (Y 9484 / B, rapports du 23 novembre 1781); responsabilité civile d'un marchand de vin pour des pétards tirés par un de ses clients «sortant de boire» et auquel ses «garçons» avait donné du feu pour les allumer (Y 9484 / B, rapports du 21 décembre 1781); responsabilité civile d'un père pour des fusées tirées en pleine nuit par son fils (Y 9475 / A, liasse du mois de juin 1772).

¹⁰⁴ Outre le problème de différenciation entre droit pénal et droit de police qui pourrait fournir un élément d'explication, cela pourrait illustrer une tendance de la doctrine pénale française (donc police incluse) selon laquelle la croissance de la loi ne favoriserait pas la critique mais les simples compilation et commentaire c'est-à-dire l'absence de perspectives d'ensemble (B. DURAND, *La doctrine pénale française*, à paraître in: *Mélanges van Caenegem*). Cf nos réflexions supplémentaires en ce sens à la fin du b. du A. avec la note 136.

uniformité entre les deux, c'est-à-dire qu'il n'y aurait pas de décalage flagrant entre législation et théorie, la théorie pouvant d'emblée et sans le préciser couvrir un champ délictuel très diversifié. Le «dysfonctionnement» entre les deux observé dans le domaine précis du port d'armes ne serait donc pas de même nature.

A. La doctrine française en déroute

La principale difficulté qui pouvait se poser à la doctrine était de comprendre le nouveau mécanisme de responsabilité du fait d'autrui introduit dans la champ répressif du port d'armes. La remarque faite en 1964 par J. Salvaire traduit bien ce qui se passe déjà quelques siècles plus tôt: «le seul nom de responsabilité pénale du fait d'autrui suffit à éveiller un malaise . . .». ¹⁰⁵ Mais, pire qu'un malaise, il semble même que la doctrine ait tendu à faire preuve d'un véritable aveuglement (a.).

Ce qui conforte dans cette interprétation, est d'observer avec quel acharnement elle discourt sur un problème vieux de plusieurs siècles qui, au regard des dispositions très claires sur ce point de l'ordonnance de 1670, n'a plus aucun intérêt (b.).

a. L'incompréhension de la doctrine: malaise ou aveuglement coupable?

Il faut remarquer à son actif, que la doctrine d'ancien régime ne peut trouver appui sur une jurisprudence qui apparemment ne tranche pas clairement la question de savoir quelle est la nature exacte du nouveau mode de répression utilisé. ¹⁰⁶

Dans une affaire traitée en 1657 par le parlement de Paris, était en cause un laquais ayant insulté et grièvement blessé de «deux ou trois coups d'épée» un particulier; le blessé prétendait obtenir «réparation civile» du maître de ce laquais. ¹⁰⁷ Les juges ont relevé que lors de la commission de l'acte, «le maistre n'estoit point présent et que le laquais

¹⁰⁵ SALVAIRE, *Réflexions sur la responsabilité pénale du fait d'autrui*, in: *Revue de science criminelle* 1964, p. 307.

¹⁰⁶ Cf affaire supra note 102.

¹⁰⁷ SOEFVE, *Nouveau recueil de plusieurs questions notables tant de droit que de coutumes jugées par arrêt d'audiances du parlement de Paris depuis 1640 jusqu'à présent*, Paris 1682, chapitre LVII.

mesme au moment du différend qu'il eut avec ce particulier, n'ayant point d'épée, alla en chercher une non pas chez son maistre, mais en une autre maison» proche du lieu de la rixe ¹⁰⁸; ce qui montre bien que la répression n'est pas menée de façon aveugle par les juges, contre les maîtres des domestiques. Mais, cette solution est aussitôt rattachée à quelque chose de plus habituel, lorsqu'est précisé que, les serviteurs étant libres, par opposition aux esclaves en droit romain, «le maistre n'en peut estre civilement tenu, si l'on ne montre que ç'a esté par son ordre que l'injure a esté faite, ou que dans la suite il l'a autorisée et avouée». ¹⁰⁹ C'est là une allusion directe au mécanisme de la complicité.

D'autre part, la confrontation malaisée du civil et du pénal ressort d'un arrêt du parlement de Toulouse du 16 mars 1768, dans un cas de figure assez original. Pour bien en comprendre la portée, il est préalablement nécessaire de rappeler une disposition royale: l'article VIII de la déclaration du 18 décembre 1660 défend «à tous taverniers et cabaretiers de cette ville et faubourgs de donner à boire et manger en leurs cabarets après six heures sonnées dans le temps d'hiver, et d'y recevoir sur le soir avant ledit temps, aucunes personnes qui aient des armes, à peine de répondre en leur propre et privé nom des délits qui seraient commis par ceux qu'ils recevraient chez eux au préjudice des présentes défenses». ¹¹⁰ La responsabilité du fait d'autrui ici invoquée ne va pas peser sur celui qui à un titre ou à un autre a le délinquant à sa charge ou sous son autorité. Mais, inversement, c'est celui qui momentanément a été au service du délinquant et a été rémunéré par lui, qui va être rendu responsable des faits délictueux ultérieurement commis par celui-ci; ce qui est d'une grande sévérité. L'arrêt du parlement de Toulouse s'y conforme, mais à sa façon. Premièrement, il étend la mesure de 1660 aux bateliers qui accepteraient de faire passer une rivière à des personnes portant fusils, «lorsqu'ils auront de justes raisons de soupçonner que ces personnes n'ont pas droit de porter des armes». ¹¹¹ Deuxièmement, dénoncer les contrevenants est une obligation à remplir dans un délai plus ou moins bref (à l'instant ou seulement dans les 24 heures si ce sont des personnes connues du dénonciateur), et cela «à peine contre les bateliers, hôtes ou cabaretiers d'être personnellement responsables des peines pécuniaires qu'au-

¹⁰⁸ Idem.

¹⁰⁹ Idem.

¹¹⁰ Déclaration du 18 décembre 1660, ISAMBERT (n. 7) tome 18, p. 390.

¹¹¹ PROST de ROYER et RIOLZ (n. 8), p. 478.

raient encourues les personnes portant des fusils, qu'ils auraient passer dans leurs bateaux ou reçues dans leurs auberges ou cabarets sans les avoir dénoncées» dans les délais impartis.¹¹² Cet arrêt évite soigneusement dans le choix des termes la confrontation civil/pénal: responsabilité «personnelle» des «peines pécuniaires»; latitude que le texte, silencieux sur la nature de cette responsabilité, laissait aux juges. Troisièmement enfin, les juges de ce parlement font progresser la répression d'un cran: cette responsabilité ne concerne plus les délits qui «seraient commis» par les personnes frauduleusement armées (cf déclaration de 1660 supra), mais le délit de port d'armes lui-même. Cette avancée signifie un adoucissement de la répression dans la mesure où le crime ultérieur pourrait être un homicide, ce qui rendrait la menace légale pesante. De plus, avec cette interprétation, la responsabilité ne peut nécessairement porter que sur l'amende pénale, aucun méfait avec armes susceptible d'entraîner une réparation civile n'étant en jeu.

Habituellement, les juristes cherchent à établir une délimitation entre la coaction et la complicité, ce qui suscite encore de nos jours une littérature, et non entre la complicité et la responsabilité du fait d'autrui. Or, les deux mécanismes ne sont peut-être pas dans leur évolution historique aussi étrangers que cela l'un à l'autre, ne serait-ce que par confusion interposée.

L'examen de cette incertitude reste à approfondir si les sources le permettent: la question serait en effet de savoir comment le passage de la complicité à la responsabilité du fait d'autrui s'est réellement effectué. Quelles conditions favorables ont pu le permettre? Le problème semble que cette innovation en matière de port d'armes est issue de seuls impératifs concrets et ne donne lieu à aucune construction d'ensemble. Cette forme de responsabilité apparaît, comme de nos jours, un outil d'appoint utilisé dans des domaines déterminés et au gré des nécessités pratiques. Cette notion très plastique dans son utilisation échappe à une véritable systématisation.

Lorsque Lerasle dans son encyclopédie traite du mot «arme», il se réfère à un certain nombre de textes et d'arrêts, mais en ce qui concerne cette forme spéciale de responsabilité, il se contente de citer l'article 4 de la déclaration du 18 novembre 1660 sans même faire de commentaire ou remarquer sa nouveauté en ce domaine: cette déclaration

¹¹² Idem.

«porte que les maîtres seront responsables de leurs domestiques sur le fait du port des armes». ¹¹³

Ainsi, que ce soit face au flou des textes ou à celui des arrêts, la doctrine n'a visiblement pas eu l'énergie nécessaire pour y mettre de l'ordre et proposer au moins un début de théorie: elle s'est réfugiée sur un terrain déjà connu apportant au sujet un peu plus de confusion.

b. L'enlisement de la doctrine dans un débat d'arrière-garde

Bien sûr, d'un point de vue juridique, ce qui pouvait d'emblée rebuter la doctrine c'est que le principe de la personnalité des peines était déjà pleinement reconnu et que l'on pouvait craindre d'y porter atteinte. ¹¹⁴

Cependant, l'hypothèse d'un mouvement de résistance à la législation royale relative au port d'armes serait tout aussi défendable, d'autant plus que tout un courant doctrinal conteste la qualification de cas royal à celui-ci. De cette façon, le degré de la répression était abaissé, et plus de liberté était au moins en théorie laissée aux juges seigneuriaux, probablement moins zélés. ¹¹⁵ Plusieurs auteurs comme Muyart de Vouglans, Prost de Royer et Riolz, ainsi que Boutaric ¹¹⁶ distinguent bien le port d'armes et les assemblées illicites, chacun séparément cas royal, et formant lorsqu'ils sont ensemble un cas prévôtal. Toutefois, la confusion des deux se rencontre plus couramment. Rousseaud de la Combe les différencie, mais il s'exprime si maladroitement qu'il laisse planer un doute. Il déclare certes que le port d'armes est un cas royal, ¹¹⁷ or plus loin il rajoute «le port d'armes n'est cas royal qu'en tant qu'il est joint à un crime d'assemblée illicite; et en ce dernier cas c'est un crime prévôtal de sa nature ...». ¹¹⁸ Cet emboîtement des cas rend la distinction quelque peu obscure.

¹¹³ LERASLE (n. 34), p. 447.

¹¹⁴ CARBASSE (n. 56), pp. 218-221.

¹¹⁵ Cela rejoint un courant seigneurial plus large contestant l'entrée dans la catégorie des cas royaux de leurs droits de police (A. RIGAUDIERE [n. 4], p. 102). A ce mouvement, répond la stratégie royale consistant à défendre l'idée que justice et police n'ont rien de commun et que par conséquent, les seigneurs qui prouvent leurs droits de justice ne démontrent pas par là-même leurs droits de police (B. DURAND [n. 101], p. 194).

¹¹⁶ MUYART DE VOUGLANS, *Institutes du droit criminel*, Paris 1757, pp. 23-24; PROST DE ROYER ET RIOLZ (n. 8), p. 488; BOUTARIC, *Explication de l'ordonnance de Louis XIV sur les matières criminelles*, tome 2, Toulouse 1743, p. 17.

¹¹⁷ *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance de 1670*, Paris 1762, p. 113.

¹¹⁸ *Idem* p. 116.

Pourtant, l'ordonnance de 1670 est claire: la police pour le port d'armes est comprise parmi les cas royaux (article 11); l'assemblée illicite avec port d'armes est un cas prévôtal (article 12).¹¹⁹ Jousse fait écho sans faillir à cette ordonnance.¹²⁰ Muyart de Vouglans, lui, revient sur ses premières affirmations: en 1780, il estime finalement qu'il y a un cas royal «lorsque le port d'armes se trouve joint à l'assemblée illicite; et cas prévôtal lorsque ce port d'armes est accompagné de violence publique». ¹²¹ Cette dernière notion sert d'artifice pour camoufler une déformation des textes.

Rousseaud de la Combe suit le même chemin: il change d'optique en éludant carrément le problème. Il range le port d'armes et les assemblées illicites parmi les «crimes publics»; et les assemblées avec port d'armes parmi «les crimes dépendant du crime de leze-majesté». ¹²²

C. J. de Ferrière est lui aussi hésitant: «le port d'armes est un crime royal qui se commet lorsque plusieurs personnes armées s'assemblent pour faire quelque action de violence». Et, quelques lignes plus loin, il affirme: «le port d'armes est un cas royal» et «il en est de même des assemblées illicites, émotions populaires et violences publiques». ¹²³

Brillon cède en une seule phrase à la confusion la plus complète: «port d'armes ne s'entend pas d'une personne qui porte une épée ou d'autres armes offensives et défensives; mais de plusieurs personnes qui s'assemblent de propos délibéré pour faire du mal. C'est un cas royal c'est-à-dire un crime dont les juges royaux connaissent à l'exclusion de ceux des seigneurs». ¹²⁴

¹¹⁹ ISAMBERT (n. 7) tome 19, pp. 373-374.

¹²⁰ *Nouveau commentaire sur l'ordonnance criminelle d'août 1670*, Paris 1763, p. 33; *Traité de la justice criminelle de France*, tome 4, Paris 1771, p. 62. De même: LANGE, *La nouvelle pratique civile, criminelle et bénéficiaire ou le nouveau praticien français*, tome 2, Paris 1741, pp. 113-114. Pour BOUTARIC (n. 116), p. 17, «ces deux cas sont différens et chacun d'eux est royal séparément; au lieu que pour rendre le cas prévôtal, il faut comme nous le verrons en l'article suivant que tous les deux concourent».

¹²¹ MUYART DE VOUGLANS, *Lois criminelles*, Paris 1780, p. 148. Mais cet auteur n'est-il pas pour ainsi dire, coutumier des revirements d'opinion inexplicables? Voir en effet pour un autre exemple: A. LAINGUI, P. F. Muyart de Vouglans ou l'anti-Beccaria (1713-1791), in: *Archives de philosophie du droit* 39 (1995), pp. 169-179.

¹²² *Traité des matières criminelles suivant l'ordonnance d'août 1670*, Paris 1768, pp. 46-47.

¹²³ *Dictionnaire de droit et de pratique*, tome 2, Paris 1754, p. 346.

¹²⁴ BRILLON, *Nouveau dictionnaire civil et canonique de droit et de pratique*, Paris 1707, p. 695. Confusion que ne laisse guère prévoir la sobre présentation de l'énumération des cas royaux avec renvoi à l'ordonnance de 1670 (idem p. 162); c'est au mot «port d'armes» qu'elle est dévoilée.

Bornier offre un deuxième bon exemple de clarté dans la confusion : il expose une conception manifestement contraire à l'ordonnance de 1670. «Trois choses sont requises pour faire que le port d'armes soit un cas royal; sçavoir qu'il y ait port d'armes; que ce soit une assemblée et que cette assemblée soit illicite c'est-à-dire avec propos délibéré de faire insulte et outrage à autrui». ¹²⁵ Il fait semblant de distinguer mais il procède en réalité par emboîtement du cas prévôtal dans le cas royal : «le port d'armes n'est pas absolument nécessaire pour faire assemblée illicite; mais c'est ce qui fait qu'elle est un cas prévôtal». ¹²⁶ Il consolide la déformation en invoquant la «plus commune opinion» qui est que «trois personnes suffisent pour faire assemblée illicite, s'il y en a plus c'est un cas prévôtal». ¹²⁷ Il s'enfonce encore dans son faux raisonnement en assurant que «le crime de port d'armes étant un cas royal, implique en soi l'assemblée illicite d'hommes ou armes». ¹²⁸ Quant à Soulatges, il ne craint pas de se contredire : il affirme d'abord que pour que le port d'armes soit royal «il faut que trois choses concourent ensemble, sçavoir : 1) le port d'armes par des personnes qui n'ont pas droit d'en porter. 2) qu'il y ait assemblée ou attroupement de ces sortes de personnes. 3) que cette assemblée soit illicite, c'est-à-dire avec propos délibéré de faire quelque révolte, ou quelque outrage à quelqu'un, de sorte que le port d'armes seul ne serait pas ce semble un cas royal, s'il n'était accompagné de quelque délit commis par des personnes qui n'ont pas droit d'en porter». Or, plus loin dans son ouvrage, il définit l'assemblée illicite comme un cas royal si elle n'est pas fort nombreuse et si elle est faite «sans port d'armes», «car si il y avait port d'armes, ce serait un cas prévôtal . . . ». ¹²⁹ Il persiste dans son erreur en expliquant que le port d'armes seul de même que l'assemblée illicite sans port d'armes sont respectivement des cas royaux, mais que les deux réunis forment un cas prévôtal. ¹³⁰ Serpillon a eu le mérite de très bien percevoir cette erreur d'interprétation chez Bornier et «plusieurs autres» : il explique cette confusion par le fait que «les anciens praticiens ne divisaient pas ces deux cas (royal et prévôtal) : mais la nouvelle ordonnance les a si sensiblement divisés dans deux articles,

¹²⁵ *Conférence des ordonnances de Louis XIV*, tome 2, Paris 1755, p. 19 et 20.

¹²⁶ *Idem* p. 19.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Idem* p. 24.

¹²⁹ J. A. SOULATGES, *Traité des crimes*, tome 1, Toulouse 1762, pp. 20–21.

¹³⁰ *Idem* p. 35.

qu'il est surprenant que des nouveaux auteurs ne s'en soient pas aperçus et qu'ils aient suivi les praticiens qui ont écrit avant notre nouvelle loi, qui ne peut être mieux interprétée que par les observations qui furent faites lors des conférences sur cet article». ¹³¹ La critique est rude: ils ont donc «copié sans réflexion les anciens praticiens». ¹³² Lerasle a fait preuve de la même clairvoyance en d'autres termes: «Quelques auteurs, tels que Bornier, Lacombe, prétendent que le port d'armes n'est pas par lui-même un cas royal et que pour le rendre tel, il doit être joint au crime d'assemblée illicite ou à celui de vol sur le grand chemin. On prétend même étayer cette opinion d'une lettre de M. le chancelier d'Aguesseau du 22 mai 1728. Mais la lettre ne décide pas nettement en faveur de l'opinion de ces auteurs, et nous croyons qu'elle est insuffisante pour s'écarter de la disposition textuelle de l'ordonnance, qui range indistinctement le port d'armes parmi les cas royaux...». Mais Lerasle est l'un de ceux qui ont reconnu un usage «contra legem» sans le dénigrer: son attitude n'est donc pas exempte d'ambivalence elle aussi. ¹³³

En fait, ces développements se situent dans la droite lignée de la controverse des 13^e-14^e siècles relative à la définition du port d'armes ¹³⁴: la doctrine pénale n'arrive donc pas sur ce point à se renouveler. Cette stagnation de la doctrine d'ancien régime apparaît d'autant plus frappante qu'elle reste pour l'essentiel silencieuse à propos de cette nouveauté répressive que représente la responsabilité du fait d'autrui en matière de répression du port d'armes.

On ne peut certes se montrer trop critique avec quelques siècles de recul, dans la mesure où la doctrine contemporaine a si bien senti l'étrangeté de cette forme de responsabilité par rapport aux principes de droit pénal «qu'elle s'est toujours appliquée à minimiser, voire à nier la responsabilité pénale pour le fait d'autrui». ¹³⁵

Mais l'explication se trouve sans doute dans une carence plus large à cette période: comment les anciens pénalistes français auraient-ils pu prêter attention à cette question particulière, alors qu'ils n'avaient pas

¹³¹ SERPILLON (n. 72), p. 85.

¹³² Idem p. 85.

¹³³ LERASLE (n. 34), p. 448.

¹³⁴ PERROT, *Les cas royaux. Origine et développement de la théorie aux XIII^e et XIV^e siècles*, Paris 1910, p. 157 avec la note 1. M. TOULET (n. 2) évoque les hésitations doctrinales et judiciaires relatives au nombre de gens armés à prendre en compte pour que l'infraction soit cas royal.

¹³⁵ J. SALVAIRE (n. 105), p. 307.

forgé une théorie générale de la responsabilité pénale.¹³⁶ S'ils avaient entrepris une telle construction d'ensemble, ils se seraient nécessairement heurtés au délicat problème de qualification (civile ou pénale?) de cette forme particulière de responsabilité.

B. La doctrine allemande: une théorie en marge du port d'armes

Alors que la doctrine française, en retard par rapport aux textes de police, trouve tout de même devant elle l'ordonnance de 1670 qui l'empêche d'éluder complètement la question du port d'armes et l'amène à tergiverser à mauvais escient, la doctrine allemande bénéficie sous cet angle d'une plus grande liberté, puisque la Caroline de 1532 n'aborde pas directement ce sujet. De plus, elle ne rencontre pas dans les textes de police du port d'armes un mécanisme d'approche complexe comme la responsabilité du fait d'autrui. Cette simplicité, au moins apparente, et cette liberté ne l'ont cependant amenée qu'à manifester un intérêt mitigé pour la question (a.).

En contraste par rapport à cette relative carence de la pensée juridique, la doctrine allemande semble s'être livrée avec plus de facilité à l'élaboration d'une véritable théorie de la participation criminelle même si elle laisse encore certains points dans l'ombre. (b.)

a. Une doctrine «décalée» marginalisant la question du port d'armes

Quelques dissertations juridiques relatives aux armes en général donnent un éclairage tout à fait particulier à la matière. Très attachés à un droit romain encore bien vivant, les auteurs ne se réfèrent qu'accessoirement aux normes de leur temps et ne procèdent pas à l'élaboration d'une doctrine complète sur la question.

J.O. Taboré en 1649 consacre son étude à la fabrication, au commerce et à la possession des armes¹³⁷: il dispose a priori d'une vue très large du sujet. Dans son troisième chapitre consacré à la possession des armes, il aborde plus ou moins confusément la question du port d'armes: visiblement, s'il établit une distinction entre la

¹³⁶ CARBASSE (n. 56), p. 184. Mais aussi cette infraction relève du domaine de la police donc d'un genre «mineur»; or, les auteurs s'axent sur la criminalité grave où l'arme est absorbée comme simple instrument.

¹³⁷ J.O. TABORE, *De armorum fabricatione, commercio et possessione*, Argentorati 1649.

«possession» (ou «détention») et l'«usage» d'une arme, il fait très peu allusion à la notion de «port» qu'il fusionne vraisemblablement avec les deux premières formant d'emblée, il est vrai, le noyau dur de son chapitre. Cependant, sa préoccupation n'est aucunement de discourir directement sur les problèmes de son temps en la matière, mais de déterminer ce qui avait cours dans le monde romain. Tabore a pour but de démontrer que la législation romaine s'est peu à peu durcie, le point culminant de cette évolution se trouvant dans le droit justinien où la prohibition imposée aux particuliers touchait non seulement la fabrication et le commerce des armes, mais aussi la possession et le port d'armes, de sorte qu'il ne restait que les militaires en expédition qui avaient droit aux armes; selon lui, l'interdiction visait surtout les paysans.¹³⁸ Mais il s'intéresse avant tout aux dispositions anté-justiniennes. Loin de méconnaître les controverses générées par celles-ci, il choisit une interprétation déjà proposée, affirme-t-il, par Gothofredus. Du rapprochement du code théodosien et de la loi Julia, il déduit que la possession «tranquille et licite» des armes n'était pas prohibée mais seul le fait d'en faire usage à des fins violentes et illicites (vol, etc). D'autre part, il relève l'existence de dérogations: l'usage des armes est permis pour la chasse, les voyages, la navigation. A l'avant-dernière page de son œuvre seulement, il évoque des références plus proches de son temps, et cite un extrait de texte allemand promulgué par le duc Johann électeur de Saxe.¹³⁹ En outre, il déclare que la question de savoir si on peut posséder des armes en temps de paix est encore très discutée, renvoie pour illustration à deux auteurs et de l'un d'eux, il rappelle en un tableau synoptique les diverses divisions réalisées (armes majeures/mineures; peuple/optimates).¹⁴⁰ Enfin, il conclut en considérant la détention d'armes chez soi comme excusable, mais reconnaît que là où l'on veut désarmer les citoyens aucune excuse n'est admise pour écarter la présomption de dol (intention de conspirer contre la chose publique et les citoyens) qui en ce cas pèsera sur eux.¹⁴¹

J. Schmidel, en 1671, traite du droit des armes en cinq chapitres en ne perdant jamais de vue le modèle romain. Après avoir défini ce qu'il fallait entendre exactement par «arme» et présenté le monopole impérial de la fabrication et du commerce des armes, il précise qui

¹³⁸ Idem p. 31.

¹³⁹ Idem p. 39.

¹⁴⁰ Idem p. 39.

¹⁴¹ Idem p. 40.

possède le droit d'accorder le port d'armes (l'empereur romain seul puis après la chute de l'empire et le morcellement territorial chaque prince territorial) et qui peut porter les armes (en vertu de dignités royales, princières, etc; en vertu de dignités civiles: docteurs en droit, licenciés, conseillers, avocats et médecins du prince).¹⁴² Dans son dernier chapitre, il établit le principe de la prohibition et discute de ses dérogations traditionnelle (noblesse) et occasionnelle (les marchands pendant leurs voyages d'affaires pour se défendre contre les voleurs).¹⁴³ Mais à trois reprises, il insiste sur le fait que cette interdiction n'est pas respectée soit dans l'empire romain (donc cette résistance aux textes est un vieux problème),¹⁴⁴ soit de son temps (cas des paysans; usurpations courantes en milieu urbain).¹⁴⁵ Cet auteur s'il fait des renvois judicieux à des références allemandes, françaises, italiennes et même espagnoles,¹⁴⁶ reste avant tout préoccupé par la manière romaine de traiter la question. Il ne propose aucune analyse personnelle des normes de son temps qu'il ne cite quasiment pas, et n'évoque qu'en extremis les indices et présomptions attachés aux armes notamment par la Carolina.¹⁴⁷

Ce décalage est peut-être plus flagrant encore chez J.P. Slevogt auteur d'une dissertation datant de 1696 centrée sur l'idée que le prince est seul à pouvoir concéder «l'usage» (usus) des armes et qu'il peut à son gré le restreindre ou en révoquer l'attribution, cette prérogative se fondant sur le salut de la république romaine, loi supérieure qui s'impose à lui.¹⁴⁸

Après avoir évoqué les interdits figurant dans les droits théodosien et justinien, il insiste sur le fait que la prohibition de «l'usage» des armes est «universelle» c'est-à-dire qu'elle ne frappe pas uniquement les paysans et les clercs.¹⁴⁹ Il en vient cependant rapidement, comme son prédécesseur, à faire état des exceptions liées à certaines dignités: le «port» (gestatus) d'armes est ainsi permis en premier lieu aux nobles, puis aux militaires, aux membres du groupe seigneurial pour le service armé dû en contrepartie de l'investiture; parmi les dignitaires civils,

¹⁴² SCHMIDEL, *De jure armorum et armandiarum*, Erfurt 1671, pp. 18–23.

¹⁴³ Idem pp. 26–28.

¹⁴⁴ Idem pp. 45–50.

¹⁴⁵ Idem p. 50, p. 25 et 47.

¹⁴⁶ Idem pp. 26–27.

¹⁴⁷ Idem p. 53.

¹⁴⁸ SLEVOGT, *De iniusto armorum usu*, Ienae 1696, p. 3.

¹⁴⁹ Idem p. 4.

aux docteurs en droit, aux conseillers et assesseurs du prince, aux avocats et procureurs de la «majorum curiarum», aux médecins (question vivement controversée), et aux magistrats impériaux.¹⁵⁰

Cette idée très classique qu'il existe une prohibition de principe et des exceptions est une fois de plus exposée. Certes, elle marque la société d'ancien régime, et en ce sens, l'auteur reste au goût du jour. Mais, il renvoie encore moins que J. Schmidel au droit allemand de son époque, et, ce n'est véritablement qu'à la fin de son ouvrage qu'il rattache assez succinctement son discours à l'ancien régime.¹⁵¹ Il faut avouer que c'est plutôt maladroit et somme toute de peu d'intérêt: rappel d'un texte prohibitif allemand du 16ème siècle, constatation de la généralité d'une telle interdiction dans le temps et dans l'espace et des effets néfastes en Allemagne des tolérances princières en la matière.¹⁵² Ce qui est surtout remarquable est qu'il ignore tout ce mouvement normatif mené contre les armes et dont personne ne peut méconnaître l'importance même s'il n'est pas respecté. Toutefois, il s'en rapproche indirectement lorsqu'il remarque quant aux lois romaines: «Causa impulsiva hujus legis fuit, ut latronum conatus debilitati quiescant arg. l. un. C. Th. Quib. equor. us. conss. vel deneg. sive ut rapinae et caedes facilius caveantur».¹⁵³ Cela rappelle en effet les motifs sans cesse répétés au début des textes d'ancien régime relatifs au port d'armes. Hormis cela, il s'intéresse sur le plan juridique à la définition de l'arme et à la différence entre «l'usage» et le «port» des armes¹⁵⁴; ce qui signifie qu'il se réfugie dans d'anciennes discussions sans réactualiser l'angle d'approche à la lumière des normes de son temps.

Les ouvrages généraux sur la police ne semblent pas apporter une plus grande aide pour la compréhension du phénomène normatif. Dans son ouvrage intitulé «Politia municipalis» (1713), B. C. Zahn se réfère lui aussi aux lois romaines posant le principe d'une prohibition de l'usage des armes frappant les citoyens et sanctionné pénalement: il

¹⁵⁰ Idem pp. 5-10.

¹⁵¹ Idem pp. 28-30.

¹⁵² Idem pp. 28-30.

¹⁵³ Idem p. 3.

¹⁵⁴ Idem p. 22: l'auteur rapporte deux opinions opposées, celle de Lucas de Penna (permission de porter des armes mais usage restreint à l'état de nécessité) et de Jacob Gothofredus (le port d'armes lui-même est prohibé sauf cas de nécessité). Selon lui, L. de Penna a commis l'erreur de réduire la prohibition à l'usage et d'en omettre le simple port.

remarque que c'est une idée romaine contraire aux coutumes germaniques.¹⁵⁵ Le fondement d'une telle mesure est la crainte de troubles causés à l'ordre public, notamment des séditions.¹⁵⁶ Ensuite, l'auteur présente surtout dans quelles conditions précises sont et doivent être organisés pour les citoyens les exercices militaires dont les exercices de tir, afin d'assurer la sécurité de leurs villes.¹⁵⁷ Il traite de ce point comme d'une question qui lui est contemporaine et cite à l'appui des textes allemands.¹⁵⁸

J. Heumann est assez évasif car il rapporte seulement les textes impériaux de 1518 et 1530 sans y adjoindre un quelconque raisonnement juridique.¹⁵⁹

Von Berg, certes déjà au seuil du dix-neuvième siècle, s'exprime très succinctement sur le port d'armes. Il rappelle bien sûr l'interdiction de principe, son ancienneté en citant l'ordonnance de 1530, mais laisse clairement entendre que cela représente une moindre préoccupation: la paix civile que ce principe avait pour but d'assurer est établie, et désormais la police veille simplement à ce que des gens suspects ne portent pas d'armes à feu; les voyageurs sont toujours exclus du champ de cette répression sauf s'ils sont des vagabonds.¹⁶⁰

Cette littérature ancienne montre donc par son contenu que l'intérêt éprouvé pour le port d'armes tel qu'il se présente dans la société d'ancien régime apparaît assez mineur.

Que ce soit en France et surtout en Allemagne, il est certain que la question des armes est beaucoup plus évoquée en doctrine comme l'un des éléments de définition et plus précisément d'aggravation d'une infraction: le vol qualifié, l'homicide dolosif, la violence publique.

¹⁵⁵ B. C. ZAHN, *Politia municipalis. Tractatus juridico-politicus*, Lipsiae 1713, pp. 1240-1241.

¹⁵⁶ Idem p. 1241.

¹⁵⁷ Idem p. 1243 s.

¹⁵⁸ Idem p. 1242 (R.I.de 1595), p. 1246 (Rescrit de l'électorat de Saxe), p. 1251 (art. 146 de la C. C. C.), p. 1252 (ordonnance de 1658).

¹⁵⁹ J. HEUMANN, *Initia iuris politiae*, Norimbergae 1757, pp. 15-17.

¹⁶⁰ G. H. VON BERG, *Handbuch des deutschen Polizeyrechts*, Erster Theil, Hannover 1802, pp. 309-311. J. P. WILLEBRAND (n. 39), a fait encore plus court en ne consacrant que deux articles aux armes (son ouvrage n'étant certes qu'un «abrégé de la police») dont l'un est formulé de la façon suivante: «les armes meurtrières, qui sont faites pour les assassins, ne sont pas tolérées par la police...» (p. 9). Il ne fait aucune allusion à des mœurs contraires.

Quant au vol qualifié dont le vol à main armée, l'article 159 de la *constitutio criminalis Carolina* de 1532 a fait couler beaucoup d'encre en ce qui concerne l'étendue précise de son champ d'application.

Les divergences d'interprétation de la doctrine, auxquelles cet article a donné lieu, ont déjà été abordées par H. Janssen dans une autre perspective que la nôtre, puisqu'il a effectué une étude sur le vol en général.¹⁶¹ Si nous ne pouvons que constater les mêmes débats doctrinaux, il nous est possible d'en retirer quelques informations utiles pour notre sujet, ce qui conduit à placer des éléments identiques sous un éclairage différent.

La question essentielle qui s'est posée a été de déterminer si le seul fait d'être armé lors du vol suffisait à déclencher l'application de l'article 159 ou bien s'il fallait qu'existe en outre une intention de nuire en cas de résistance rencontrée en chemin. Autrement dit, pour quelle raison exacte le voleur est-il armé? Le port d'armes dans l'acte de vol suppose-t-il automatiquement une intention particulière de nuire?

La réponse est directement liée à la conception que l'on retient du port d'armes: si celui-ci est admis comme faisant normalement partie des mœurs, une nuance (l'intention) va être introduite; sinon, la répression interviendra systématiquement sur simple constatation d'un port d'armes et sera alors en correspondance avec le mouvement répressif qui se développe à la même époque.

Boehmer (1774) établit très directement un rapport entre les deux. Il remarque tout d'abord qu'il existe une prohibition du port d'armes: «Olim his ambagibus opus non erat, quum plebiis, quibus hoc crimen potissimum familiare est, usu et gestatione armorum interdictum erat, sola nobilibus hac gloria relictā. Constat hoc ex historia Germaniae, quam varia testimonia corroborant».¹⁶² Ayant donné trois exemples normatifs, il poursuit: «Quodsi ergo quis armis olim in furto deliquisset deprehendebatur, vix dubium erat, quin iis ad violentam oppositionem se cinxisset, ut fidiculis opus non magis esset, quam, si quis hodie sicam secum fert. Qua circumstantia motus legislator noster nihil in hanc rem de animo eruendo disposuit, sed ex moribus sui aevi omnes fures armatos, de inconsueto incessu convictos, rigori legis abscisse subiecit,

¹⁶¹ H. JANSSEN, *Der Diebstahl in seiner Entwicklung von der Carolina bis zum Ausgang des 18. Jahrhunderts*, diss. Göttingen 1969, pp. 118-121.

¹⁶² BOEHMER, *Meditationes in C. C. C.*, Halae 1774, p. 750.

non subiecturus, si armorum gestatio olim tam frequens, uti hodie, fuisset». ¹⁶³

Le législateur alors qu'il interdit en principe le port d'armes, fait apparaître par contre-coup le voleur armé comme animé d'une volonté d'opposition violente à ceux qui lui feraient obstacle; mais, selon l'auteur, il n'aurait pas pour autant voulu exposer le prévenu à la rigueur de la loi, dans la mesure où le port d'armes (précisément d'un poignard) est quotidiennement fréquent. Boehmer a donc retracé le lien entre les deux initiatives législatives, et a cherché à concilier l'article 159 avec les mœurs existantes pour en adoucir l'application. Il n'ignore pas la législation prohibitive du port d'armes, bien que les références citées soient assez minces, tout en consacrant par son interprétation l'état des mœurs.

Püttmann (1779) et Hellfeld (1789) l'ont, par exemple, suivi dans cette voie. Pour le premier, si le souci de protection de la vie humaine implique une interprétation extensive de la loi, il est néanmoins nécessaire de se référer à l'intention du porteur de l'arme, d'autant plus qu'en raison des mœurs on peut porter des armes simplement pour se défendre: le port d'armes lui-même n'a pas une valeur négative. ¹⁶⁴ Le second admet la présomption d'une intention de nuire établie par l'article 159, en y apportant des nuances: il faut savoir quelles sont les armes utilisées ordinairement pour tuer ou blesser, ce qu'il est accoutumé et ce qu'il convient à sa condition de porter comme armes. ¹⁶⁵

Une autre discussion importante apporte indirectement des éléments sur le port d'armes: il s'agit du caractère alternatif ou cumulatif des trois conditions de qualification. Un seul élément (effraction ou escalade ou port d'armes) suffit-il à transformer un vol simple en vol qualifié? Deux opinions s'opposent. Boehmer estime qu'un seul élément suffit: «furtum armis commissum, etsi effractio non accesserit

¹⁶³ Idem p. 751.

¹⁶⁴ PÜTTMANN, *Elementa iuris criminalis*, Lipsiae 1779, p. 222.

¹⁶⁵ J. A. HELLFELD, *Opuscula iuris canonici, criminalis, feudalis et publicii*, Athenaeo iuxta Salem 1789, p. 231 avec la note (r). On peut aussi voir par exemple chez MUYART DE VOUGLANS (n. 116), p. 402 pour de telles subtilités: selon lui, c'est seulement dans le cas où pendant l'absence de la victime le voleur est trouvé dans une chambre saisi d'armes meurtrières telles que fusils, pistolets, épées, ... que l'on «peut présumer que le voleur portait des armes pour sa propre défense, n'en ayant fait aucun usage; lorsqu'il n'y a point d'autres circonstances qui rendent le vol qualifié ou bien lorsque les armes ne sont point du nombre de celles qui sont défendues telles que pistolets de poche et poignards, il paraît qu'on pourrait se contenter de prononcer contre lui de simples peines corporelles, telles que les Galères et le bannissement».

periculosum esse». ¹⁶⁶ Et d'ailleurs, si l'arme portée lors du vol n'a pas servi, il s'agit toujours d'un vol qualifié car, ce port d'armes manifeste l'intention de se défendre en cas de besoin, lors de la commission de l'infraction. ¹⁶⁷

D'autre part, H. de Boden avait plusieurs années auparavant, cité à l'appui du caractère alternatif de ces dispositions, la réponse apportée en 1715 sur ce point précis par l'académie des facultés de droit. ¹⁶⁸ Carpzov a toutefois émis une doctrine contraire selon laquelle deux des circonstances aggravantes du vol (effraction et arme) ne doivent pas être envisagées distinctement l'une de l'autre, mais doivent être reliées, solution souvent suivie par la pratique. ¹⁶⁹ Cette interprétation a été expliquée par le fait que d'après lui le terme «oder» utilisé pour leur énumération dans l'article 159 n'a été introduit que par négligence; c'est-à-dire que la dangerosité proviendrait du cumul de toutes ces circonstances et non de l'une d'elles en particulier ou de deux d'entre elles: Janssen a démontré l'excès d'une telle interprétation; Carpzov n'envisageait de cumul que pour les deux premières. ¹⁷⁰ Mais cette explication extrémiste et erronée désamorce plus encore la

¹⁶⁶ HEIMBURG, *De furto armato secundum C. C. C. spectato*, in: P. RISI, *Animadversiones ad criminalem iurisprudentiam* ..., Ienae 1790, p. 98, défend le même point de vue. Tout comme BARTHOLOMAEI, *De furto qualificato*, Ulmae 1751, p. II. Même sens encore: G. BEYER, *Delineatio iuris criminalis*, Lipsiae 1727, pp. 319-320 lettre Y; HOMMEL, *De furto qualificato*, diss. Lipsiae 1759, p. VI; CLASEN, *Commentarius in constitutiones criminales Caroli V imperatoris*, Lipsiae, 1718 p. 521; KRESS, *Commentatio succincta in constitutionem criminalem Caroli V imperatoris*, Hanoverae 1744, p. 561.

¹⁶⁷ HOMMEL (n. 166), p. XX. L'article 159 reste ainsi applicable même si l'usage de l'arme pendant le vol n'a blessé ni tué personne. Ex.: vol commis par trois comparses chez le boucher Kiesewetter en 1753, au cours duquel un pistolet a servi à menacer sa fille de 12 ans afin qu'elle se taise et à frapper aux bras avec la crosse son fils ligoté. D'autre part, quelques tirs de fusil ont couvert la fuite des trois voleurs (in: J. T. CARRACHS, *Rechtliche Urtheile und Gutachten in peinlichen Sachen im Namen der hallischen Juristen Fakultät*, Halle 1775, pp. 163-165). Même sens en France: pour des exemples voir G. AUBRY, *La jurisprudence criminelle du Châtelet de Paris sous le règne de Louis XVI*, Paris 1971, p. 120.

¹⁶⁸ H. DE BODEN, *De furto periculoso*, Halae 1716, pp. 10-11.

¹⁶⁹ CARPZOV, *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium*, Lipsiae 1723, 2ème partie, quest. 79 p. 201 s. bien sûr repris par SUEVUS dans sa *Practicae novae imperialis Saxonicae rerum criminalium Benedicti Carpzovii Synopsis*, Lipsiae 1703, p. 240 s.

¹⁷⁰ Voir une telle interprétation par exemple in: BOEHMER (n. 162), p. 753. JANSSEN (n. 161), pp. 105-106: cette conception cumulative a été la plupart du temps admise par la pratique (idem p. 108). La faculté de Halle s'est par contre opposée à la doctrine de Carpzov, (*Merckwürdige Rechtssprüche der Hallischen Juristen-Facultät*, tome 1, Berlin 1796, p. 261; tome 2, Berlin 1797, p. 163).

répression menée contre le port d'armes isolé. Donc, pour Carpzov, dans un cas au moins le port d'armes n'est pas conçu comme un effet des mœurs du temps mais purement et simplement comme un accessoire de la délinquance. Ce débat juridique spécial est donc indirectement très révélateur de la conception du port d'armes.

Il faut noter que Boehmer, lui, a choisi un autre équilibre qui consiste à abaisser le seuil de répression en se référant à l'intention, et non en liant les différentes circonstances qualificatrices entre elles: s'il avait conjugué ces deux interprétations favorables au délinquant, il aurait manifesté une attitude inhabituellement libérale en matière de vol.

Quant à l'homicide, il semble communément admis qu'avoir porté un «instrument meurtrier»¹⁷¹ fait présumer l'intention dolosive: cela signifie que l'on a pensé à l'avance à de futures querelles.¹⁷² Dans le cas où la victime n'avait aucune arme, cette présomption est aggravée pour celui qui portait l'arme.¹⁷³ En ce qui concerne la définition de la violence publique, l'arme est en général considérée en doctrine comme l'élément qui la différencie de la violence privée.¹⁷⁴

Enfin, il faut mentionner pour mémoire que dans des conditions particulières, le port d'une arme entraîne directement la suspicion. Selon l'article 33 de la C.C.C., le port d'une arme ensanglantée constitue un indice à l'encontre de son porteur lorsqu'un meurtre a été commis; celui qui remarque ce détail doit procéder à la dénonciation du porteur de l'arme.¹⁷⁵

¹⁷¹ HARPPRECHT, *Responsa juris criminalia et civilia*, Tubingae 1701, p. 902. FRITSCH, *Consilia ac responsa juris varia*, Erfurt 1679, p. 583. SUEVUS (n. 169), p. 6, donne une liste de ces instruments; de même que FROHLICH VON FROLICHSBURG, *Commentarius in Kayser Carl des Fünften und des H. Röm. Reichs Peinliche Halsgerichtsordnung*, Frankfurt und Leipzig 1733, pp. 129–130, mais il rajoute que cela est laissé à «l'appréciation raisonnable» du juge.

¹⁷² HARPPRECHT (n. 171), p. 902. La présomption de l'intention homicide ne s'efface pas si avec un tel instrument, seule une blessure a été causée, FROHLICH VON FROLICHSBURG (n. 171), p. 125 s. En France, on ne semble pas s'attacher à la question du port d'armes préalable à l'homicide mais aux circonstances mêmes de ce dernier afin de déterminer s'il est accidentel avec ou sans faute ou bien si c'est un homicide simple, qu'il soit commis avec des armes défensives ou offensives (MUYART DE VOUGLANS (n. 116), pp. 369–370; JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France*, tome 3, Paris 1771, pp. 520–522.

¹⁷³ HARPPRECHT (n. 171), p. 903.

¹⁷⁴ BOCER, *De vi publica et privata*, Tubingae 1698, p. 2; SUEVUS (n. 169), pp. 84–85; HOMMEL (n. 166), p. XII–XIII. Même distinction en France: cf par ex. JOUSSE (n. 172), pp. 457–458.

¹⁷⁵ J.C. KOCH, *Hals oder peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls*, Gießen 1769, p. 33. J. OTTO relève qu'en ce cas, l'accusé peut affirmer que l'épée a été utilisée pour

b. Une théorie générale mais lacunaire de la participation au crime

Cette théorie rejoint celle de la responsabilité pénale: déterminer quel a été le rôle des divers individus présents lors d'une infraction ou de ceux en ayant eu connaissance correspond à déterminer la responsabilité de chacun vis-à-vis de celle-ci. Heimberger a déjà abordé l'historique de la participation criminelle sous l'ancien régime en Allemagne, mais dans une perspective différente de la nôtre qui est de tenter une approche plus précise de la responsabilité du fait d'autrui en matière pénale.¹⁷⁶

Si en France, «l'on chercherait en vain chez les criminalistes une véritable théorie générale de la responsabilité considérée en elle-même»,¹⁷⁷ ce n'est pas le cas en Allemagne certainement à la faveur du droit romain puisqu'il existe des travaux sur les différents aspects de la participation à l'infraction et plus précisément à l'infraction d'autrui, notion-clef de la répression du port d'armes. Les diverses formes de participation actives et passives y ont été passées en revue, mais sans référence au port d'armes: tout au plus des dispositions concernant le duel ont pu être évoquées.¹⁷⁸ Eu égard aux développements qui ont précédé, l'étude des formes passives trouvent ici plus particulièrement leur place.

tuer un animal dont le sang l'a recouverte (in: *Corpus criminalis Caroli V*, Ulm 1685, p. 167). La controverse a porté sur le point de savoir si l'arme ensanglantée était ou non un indice «ad torturam»: pour J. OTTO, non (p. 167); pour CLASEN (n. 166), p. 142, oui, à trois conditions. En France, MUYART DE VOUGLANS (n. 116) précise qu'en cas de meurtre, deux témoins irréprochables déposant avoir vu l'accusé la main à l'épée nue et ensanglantée sortir du lieu ou quelque temps après le corps du défunt a été trouvé blessé d'un coup d'épée constituent un indice indubitable (p. 247).

¹⁷⁶ HEIMBERGER, *Die Teilnahme am Verbrechen in Gesetzgebung und Litteratur von Schwarzenberg bis Feuerbach*, Freiburg im Breisgau und Leipzig 1896.

¹⁷⁷ CARBASSE (n. 56), p. 184. Bien que JOUSSE ait conçu une présentation d'ensemble des «différentes manières dont on peut participer au crime...» de même que plus restrictivement MUYART DE VOUGLANS, l'un (n. 172, p. 34) comme l'autre (n. 116, p. 13) qualifient les père, maître, mari, magistrat s'ils pouvaient empêcher le crime d'une personne placée sous leur autorité et ne l'ont pas fait de complices. Quant à DENISART, il ne rappelle la responsabilité civile générale du maître pour les délits de ses domestiques que d'une manière isolée (in: *Collection des décisions nouvelles et de notions relatives à la jurisprudence actuelle*, tome 2, Paris 1773, p. 36. Il y a donc bien carence doctrinale sur la question qui nous occupe.

¹⁷⁸ SCHLEISNER, *De imputatione delicti alieni*, diss. Altdorf 1750, p. 17; SCHNEIDT, *De concursu ad delicta aliena*, diss. Würzburg 1774, p. 42; FUNCKLER, *De crimine omissio-nis*, diss. Lipsiae 1776, p. 17. Ces trois auteurs font mention de l'ampleur de la répression: les seconds, les spectateurs, ... sont touchés.

S'il y a bien unanimité sur un point, c'est que le délit peut intervenir par commission ou par omission.¹⁷⁹ L'omission possède deux facettes: elle correspond au fait soit de ne pas entraver le crime d'autrui soit d'en taire l'existence.¹⁸⁰ Est-il systématiquement obligatoire d'agir ou de dénoncer a été un point débattu et réglé en nuances. Schleisner en a bien exposé les ressorts: personne n'est tenu contre son gré d'agir ou d'accuser; les lois distinguent entre «celare» et «non indicare».¹⁸¹ L'auteur illustre son raisonnement par l'exemple du vol: qui a connaissance d'un vol, soit le dénonce soit ne le dénonce pas, et il n'est pas pour autant voleur; mais qui cache le vol en est tenu.¹⁸² Il n'y aurait donc pas à cet égard d'«obligation naturelle». Ce point de vue est défendu par d'autres auteurs qui se sont cependant référés à une distinction plus simple. L'obligation de dénoncer un délit futur n'est pas imposée excepté lorsqu'il s'agit de crimes atroces (parricide; haute trahison...)¹⁸³; dans ce cas, le tiers est tenu de sa simple négligence.¹⁸⁴ Par contre, pour les délits légers comme les injures verbales, il n'existe aucune obligation de ce genre.¹⁸⁵ Toujours est-il que les uns et les autres absorbent complètement et sans grand développement dans ces raisonnements sur l'infraction d'omission ce qui correspond dans notre droit moderne à des cas de responsabilité du fait d'autrui: aucune autonomie ou originalité n'est reconnue à une responsabilité de ce type, ce qui rejoint l'incapacité de la doctrine française à en concevoir la construction théorique.¹⁸⁶ Du moins y a-t-il ainsi accord entre la doctrine allemande et les normes où la répression du comportement passif ne dépasse pas la forme de la complicité. Les cas de figure évoqués sont classiques: sont en cause les relations parents/enfants, maris/femmes, serviteurs/maîtres. Schneidt affirme que les parents sont tenus des crimes de leurs enfants, les maris de ceux de leur femme, lorsqu'ils peuvent intervenir pour en empêcher la commission et ne l'ont pas

¹⁷⁹ SCHLEISNER (n. 178), pp. 3-4; SCHNEIDT (n. 178), pp. 9-10; FUNCKLER (n. 178), p. 6; SCHWENDENDÖRFFER, *De participatione delicti*, diss. Dresden 1676, p. 5.

¹⁸⁰ SCHNEIDT (n. 178), p. 44.

¹⁸¹ SCHLEISNER (n. 178), p. 17.

¹⁸² SCHLEISNER (n. 178), p. 17. Même distinction chez CRELL, *Observationes de poena silentii et conscientiae delicti alieni*, Vitembergae 1742, p. 12.

¹⁸³ SCHNEIDT (n. 178), p. 45.

¹⁸⁴ SCHWENDENDÖRFFER (n. 179), p. 15.

¹⁸⁵ FUNCKLER (n. 178), p. 15.

¹⁸⁶ A. LAINGUI a exprimé son regret de ne pas trouver chez Clarus d'explications sur la responsabilité civile en matière pénale: La théorie de la complicité dans l'ancien droit pénal, in: *T.R.* 45 (1977), p. 33.

fait.¹⁸⁷ Mais il ne développe aucune considération sur les peines applicables à ce titre et ne soulève aucun problème juridique. Pour Schleisner, l'omission traduit un consentement: qui ne fait pas obstacle au délit d'autrui et le peut, consent; de cette manière, lorsque les enfants délinquent c'est avec l'accord de leurs parents, et les serviteurs avec celui de leur maître.¹⁸⁸ Des ouvrages généraux de droit pénal traitent succinctement de l'omission sous ces deux formes mais sans rajouter de réflexions nouvelles.¹⁸⁹

Toute trace de confrontation entre droit civil et droit pénal n'est cependant pas exclue. Schwendendörffer reconnaît que la participation au délit entraîne des peines civiles et criminelles: mais cette dualité n'est pas spécialement rattachée aux cas énumérés ci-dessus; elle est d'ordre générale.¹⁹⁰ Funckler a posé directement la question suivante: l'omission est-elle un quasi-délit? Selon lui, la réponse ne peut être que négative, ce qui écarte un glissement vers le droit civil par le biais de cette notion: il faut en effet distinguer la «culpa» du dol qui est lui un acte délinquant y compris sous forme d'omission.¹⁹¹

Et si Genauier dans sa dissertation «De imputatione facti alieni» évoque le caractère hybride mais distinct du mécanisme, il le fait très succinctement et en évitant aussi cette expression: «l'imputation du fait d'autrui à un tiers» se produit dans les affaires civiles tout comme pour les délits, et son effet est soit la peine, soit les dommages-intérêts.¹⁹² En marge de ces considérations de fond, il ne faut pas omettre d'attirer l'attention sur la terminologie employée. Les titres utilisés par Schleisner ou Genauier («L'imputation du délit (fait) d'autrui») et par Schneidt («Du concours au délit d'autrui») ne font pas de référence à la «responsabilité» (du fait d'autrui) et n'en recourent pas à proprement parler la matière. Cette constatation est

¹⁸⁷ SCHNEIDT (n. 178), p. 48.

¹⁸⁸ SCHLEISNER (n. 178), pp. 11-12.

¹⁸⁹ ENGAU, *Elementa iuris criminalis germanico-carolini*, Ienae 1767, p. 22, STÜBEL, *System des allgemeinen peinlichen Rechts*, Leipzig 1795, pp. 131-132, G. J. F. MEISTER, *Principia iuris criminalis*, Göttingen 1819, pp. 45-47, affirment qu'il n'existe pas en soi d'obligation d'agir ou de dénoncer sauf exception. VON QUISTORP, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts*, s.l. 1796, pp. 79-80, note précisément que les parents et les maîtres doivent respectivement empêcher les délits de leurs enfants et de leurs serviteurs. Même nuance aussi chez: E. C. WESTPHAL, *Das Criminalrecht*, Leipzig 1785, pp. 56-57.

¹⁹⁰ SCHWENDENDÖRFFER (n. 179), pp. 17-18.

¹⁹¹ FUNCKLER (n. 178), p. 12.

¹⁹² Diss. Gottingae 1755, p. 9 et p. 23.

normale pour l'ancien régime dans la mesure où ce mécanisme reste encore flou. Mais, il est intéressant de remarquer que T. Borchert en 1888, tout en adoptant un titre plus moderne («Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen Dritter») a repris les mêmes matériaux juridiques que les juristes d'ancien régime: c'est-à-dire que Borchert envisage sous ce titre les diverses formes de «Theilnahme» (coaction, provocation, aide ...) ce qui ne correspond pas du tout à la conception française restrictive de la «responsabilité du fait d'autrui» en matière pénale.¹⁹³

En dépit de l'application au moins partielle des textes sur le port d'armes, il apparaît donc bien que de quelque point de vue que l'on puisse aborder la doctrine, cette question semble rester avant tout l'objet d'un discours manquant de cohérence qui reflète assez justement l'état de développement de la société d'ancien régime.

¹⁹³ Le sous-titre est d'ailleurs significatif: «... insbesondere die Theilnahme am Verbrechen und die mittelbare Thäterschaft», Berlin 1888. VON QUISTORPS (n. 189) relie directement le terme «Theilnahme» à l'expression latine de «concursum ad delictum alterius» (tome 1, p. 68). Une telle traduction a pu faciliter cette conception large de «responsabilité pénale du fait d'autrui».