

Le jugement sous l'angle historico-comparatif

R. C. VAN CAENEGEM

Professeur émérite à l'Université de Gand

RÉSUMÉ. — On pourrait discuter longuement de l'importance respective de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence comme sources dans la connaissance de l'ancien droit. Or pour analyser plus particulièrement le rôle des juges, il faut d'abord affronter une masse considérable d'archives ; c'est pourquoi l'auteur commence par un état des lieux et des entreprises de dépouillement des fonds des grandes cours de justice en Europe avant d'aborder la procédure.

Du caractère oral, public et rapide de la procédure primitive, l'attention se porte sur le jury civil et criminel à travers l'expérience anglaise où il représentait le seul point où la *vox populi* était encore entendue dans la procédure judiciaire. De là, l'auteur passe aux problèmes de la preuve et à la force du précédent, rappelant également l'évolution présente en Angleterre. Mais la procédure dont l'importance doit être soulignée reste celle de l'appel que l'on peut aborder soit en tant que produit des écoles comme élément de l'évolution de la science juridique, soit en tant qu'instrument de contrôle social : l'appel apparaît alors comme l'expression des rapports de force entre États, ou avec l'Église, ou entre les gouvernements centraux et les villes ; là encore, l'intérêt naît de la comparaison entre les différentes expériences dans les monarchies européennes.

C'est avec plaisir que j'ai accepté l'invitation à faire, dans le cadre de l'enseignement du Professeur Jean Hilaire, une conférence sur le thème du jugement, d'autant plus que c'était l'occasion de me retrouver dans l'ancienne Faculté de Droit - maintenant l'Université de Droit, d'Économie et de Sciences Sociales - où je me suis inscrit comme étudiant il y a quarante-deux ans, à l'époque du doyen Le Bras.

J'ai entrepris mes recherches dans le domaine de l'histoire de la justice, en octobre 1951, dans le fonds du Parlement de Paris aux Archives Nationales pour les travaux qui devaient mener à l'édition en 3 volumes de 668 arrêts et jugés sur appels flamands au Parlement de Paris. Les deux premiers volumes ont déjà paru ¹, le troisième, qui complétera l'édition, paraîtra dans environ deux ans grâce aux efforts de M. Serge Dauchy,

¹ R. C. Van Caenegem, *Les arrêts et jugés du Parlement de Paris sur appels flamands*, I : *Textes (1320-1453)*, II : *Textes (1454-1521)*, 2 vol., Bruxelles, 1966-77 (Commission royale des anciennes lois et ordonnances de Belgique. Recueil de l'ancienne jurisprudence de la Belgique, Première Série).

chargé de recherche au C. N. R. S., membre du Centre d'histoire judiciaire de Lille dirigé par le professeur J.-P. Royer et qui a également travaillé avec l'équipe qui étudie avec éclat l'énorme fonds du Parlement sous la direction du professeur Jean Hilaire. C'était Mlle Monique Langlois, récemment décédée, qui avait dirigé mes premiers pas dans cet énorme fonds et je tiens à rendre hommage à sa mémoire ².

L'intérêt belge pour les appels flamands au Parlement datait naturellement d'avant mes propres recherches. Le problème suscitait l'intérêt, car si on savait très bien qu'il y avait eu des appels et qu'ils avaient causé des problèmes diplomatiques et politiques (on n'avait qu'à lire le *Recueil des Antiquités de Flandre* de Philippe Wielant pour s'en convaincre ³), on n'avait aucune idée de leur ampleur ni de leurs fluctuations au cours des siècles. On croyait vaguement qu'à l'époque de Philippe le Bon, le *conditor Belgii*, ces appels avaient connu un creux pour des raisons qui semblaient logiques. Mais cette hypothèse s'est avérée erronée dans la suite, ce qui prouve que la logique et l'histoire s'entendent parfois très mal. C'est nul autre que le célèbre Henri Pirenne qui voulait en avoir le cœur net et qui, après la Première Guerre Mondiale, envoyait un de ses meilleurs élèves, Henri Nowé, devenu plus tard archiviste de la ville de Gand, à Paris pour faire les recherches nécessaires. Les efforts du jeune savant n'ont pas été couronnés de succès, entre autres parce que le microfilm n'existait pas encore et M. Nowé n'avait pas le temps pour faire toutes les transcriptions requises sur place. Le plan de Pirenne n'était pas abandonné pour autant, car son élève et successeur M. F. L. Ganshof le reprenait après la Seconde Guerre et m'invitait à aller reconnaître le terrain à Paris. Il est intéressant d'observer quel était le point de départ des efforts des historiens belges, car il démontre que l'intérêt pour les anciennes collections de jugements a des racines multiples. Ainsi est-il clair que la curiosité de Pirenne, qui était loin d'être un historien du droit, concernait l'histoire politique des anciens Pays-Bas et non le développement du droit et de la procédure en France. Pour lui les appels flamands au Parlement étaient l'expression de la suzeraineté française et il comprenait fort bien qu'un état néerlandais-bourguignon souverain était impossible aussi longtemps que la juridiction du Parlement sur la Flandre-sous-la-Couronne était maintenue (et se manifestait avec éclat et aux yeux de tous sous la forme d'une série de jugés et arrêts parisiens sur appels flamands ⁴).

La juridiction était un des attributs les plus marquants du pouvoir public et pour cette raison l'activité des anciennes cours de justice et particulièrement des cours suprêmes est un aspect de l'histoire politique (particulièrement la formation des nations-États souveraines).

Mon intérêt pour la jurisprudence, né de mes contacts avec le Parlement, n'a jamais diminué, à ce point que lors de mes recherches en Angleterre, également dans les années

² Voir la notice d'Yvonne Lanhers dans la *Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. 151, 1993, pp. 504-505.

³ Le *Recueil* du célèbre juriste flamand Philippe Wielant, décédé à Malines en 1520, peut être considéré comme le premier traité consacré à l'histoire du droit public dans les anciens Pays-Bas. On consultera l'édition de J. J. de Smet dans le *Recueil des chroniques de Flandre*, IV, Bruxelles, 1865 (Commission Royale d'Histoire), en attendant la nouvelle édition que le Koninklijke Academie voor Wetenschappen (Académie Royale des Sciences de Belgique) a confiée à M. S. Dauchy.

⁴ C'est à ce thème que M. Serge Dauchy a consacré sa dissertation à Gand en 1991. Le travail devrait paraître dans le courant de 1995 dans la série des *Verhandelingen* de l'Académie susmentionnée.

cinquante, j'ai entamé mes travaux dans le domaine de la jurisprudence anglaise des XI^e et XII^e siècles, qui devaient conduire, quarante ans plus tard, à la publication par la Selden Society de mes deux volumes des *English Lawsuits from William I to Richard I* (où je reprenais les *Placita* de Bigelow de 1879)⁵.

Si mes recherches françaises aussi bien qu'anglaises concernaient l'ancienne jurisprudence et ont conduit à la publication de centaines de jugements, le projet anglais était néanmoins assez différent. Il s'agissait, en effet, non de la publication de jugements d'une seule cour suprême conservés commodément dans des séries de registres continues et gardées en un seul endroit, mais de la publication de jugements éparpillés dans d'innombrables chartiers et cartulaires et même dans des sources narratives éparses, comme des chroniques et des histoires de miracles. En effet, les registres ou plutôt les rouleaux de la *curia regis* ne commencent que tout à la fin du règne de Richard I^{er} et pour l'étude de la jurisprudence entre l'époque anglo-saxonne et celle des grandes cours du *Common law*⁶ il n'y a d'autre solution que la collection et l'interprétation de tous les *membra disjecta*, non seulement dans les cours royales, mais aussi dans les cours seigneuriales et féodales et les tribunaux des comtés (*county courts*).

On pourrait discuter longuement de l'importance respective de la législation, de la doctrine et de la jurisprudence comme sources pour la connaissance de l'ancien droit. Il y avait jadis des savants - s'ils existent encore, leur nombre doit être très limité - qui croyaient que seule la doctrine méritait l'attention. Les idées, les concepts comptaient exclusivement, car ce qui se passait dans les cours de justice n'était que le reflet dans la vie quotidienne de l'enseignement des Facultés et de la pensée des juristes savants. On peut ainsi se demander si ce sont les savants, les législateurs ou les juges qui ont contrôlé la vie juridique de l'Europe historique⁷.

Il me semble utile de présenter préalablement un aperçu des principaux fonds d'archives où l'activité des grandes cours de justice européennes est enregistrée et conservée. Il s'agit d'une masse de documents impressionnante, qui se mesure en kilomètres de rayons, et qui démontre pour toujours que la justice est un des éléments essentiels de notre patrimoine culturel.

Commençons par l'époque carolingienne. Les *Monumenta Germaniae Historica* paraissaient déjà depuis plusieurs décennies lorsque, en 1887, Heinrich Brunner obtenait que la publication *in extenso* de séries de jugements fût mise au programme. L'édition serait intitulée *Corpus Placitorum* et sa préparation avançait d'une façon encourageante jusqu'en 1914. Entre temps R. Hübner publiait ses *Gerichtsurkunden der frankischen*

⁵ R. C. Van Caenegem, *English Lawsuits from William I to Richard I, I William to Stephen, II Henry II and Richard I*, 2 vol., Londres, 1990-91 (Selden Society Publications, nrs. CVI, CVII).

⁶ Il y a de bonnes raisons pour préférer l'expression « le Common Law » à « la Common Law » par analogie avec l'argumentation que Criscuoli a développée en faveur de « il Common Law » en italien. Voir G. Criscuoli, « Valore semantico e contenuto dommatico dell'espressione 'common law' nel linguaggio giuridico italiano », in *Rivista trimestriale di diritto e procedura civile*, 1967, pp. 1466-73. Voir aussi les observations dans R. C. Van Caenegem, *Introduction historique au droit privé*, Bruxelles, 1988, p. 5, n. 2.

⁷ On verra l'ouvrage que j'ai consacré à cet aspect sous le titre de *Judges, Legislators and Professors. Chapters in European Legal History*, Cambridge, 2^e éd., 1993.

Zeit en 1891 et 1893 et quoiqu'il ne s'agissait que de registes basés sur des éditions imprimées, son travail constituait une contribution utile pour l'édition promise. À partir de 1898 M. Tangl était également associé à l'entreprise, qui progressait si bien qu'à partir de 1903 les *Monumenta* annonçaient la publication comme imminente. Malheureusement la Première Guerre Mondiale lui a été fatale. Le *Corpus Placitorum* n'a jamais paru : dès 1921 P. F. Kehr expliquait que le programme était en difficulté et après un dernier rapport de la part des *Monumenta* en 1924, ce fut le silence. En l'absence de registres de jugements carolingiens, le *Corpus* aurait été basé évidemment sur des matériaux épars, surtout des *placita* ⁸. L'édition des *placita* italiens était heureusement née sous une constellation plus favorable. Dès 1874 J. Ficker publiait une collection de *placita* inédits dans le volume IV de ses *Untersuchungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens*, mais ce sont les Italiens eux-mêmes qui ont mené l'entreprise à bonne fin. Je parle évidemment des *Placiti del'Regnum Italiae* de C. Manaresi, une édition *in extenso* des procès du royaume d'Italie entre 776 et 1100. L'entreprise fut lancée en 1938, le travail mis en marche en 1950 et le premier des trois volumes parut en 1955 (le troisième vit le jour en 1960, un an après la mort de Manaresi). Entre temps L. Schiaparelli avait publié les procès de l'époque lombarde (620-774) en deux volumes dans son *Codice Diplomatico Longobardo* (Rome, 1929-33).

Passons en Angleterre, où la documentation est comparativement abondante. Nous distinguerons trois périodes, la première étant celle dite anglo-saxonne, la deuxième s'étendant de la Conquête normande à la fin du XII^e siècle (où le *common law* est né et les cours royales ont pris leur essor, mais sans laisser des séries de jugements) et la troisième, qui commence vers 1200 avec les imposantes séries continues de rouleaux des cours centrales, contenant des milliers de jugements. Pour l'époque anglo-saxonne nous disposons depuis peu de la liste publiée par Patrick Wormald sous le titre de « Handlist of Anglo-Saxon Lawsuits » (*Anglo-Saxon England*, 17, 1988), à compléter par son article « Domesday Lawsuits : a Provisional List and Preliminary Comment », paru à Oxford en 1992 dans le volume édité par Carola Hicks intitulé *England in the Eleventh Century. Proceedings of the 1990 Harlaxton Symposium*. Après la période 1066-1199, commence la série des *Curia Regis Rolls*, dont l'édition, commencée en 1922, est toujours en cours ⁹.

Passons donc aux anciens Pays-Bas pour mentionner deux entreprises importantes. Il y a d'abord l'inventaire en neuf volumes de l'énorme fonds du Conseil de Flandre (fin XIV^e-fin XVIII^e siècle), publié par feu le professeur Jan Buntinx entre 1964 et 1979 ¹⁰. Il y a ensuite les registes des sentences du Grand Conseil de Malines (et de ses précurseurs), la cour suprême des anciens Pays-Bas (seconde moitié XV^e-fin XVIII^e siècle), publiés par une équipe de savants sous la direction de professeurs belges et néerlandais,

⁸ Voir sur tout ceci H. Keller, « I placiti nella storiografia degli ultimi cento anni », in *Fonti medioevali e problematica storiografica*, I, Rome, 1976, pp. 43-45 (Istituto Storico Italiano per il Medio Evo).

⁹ Voir R. C. Van Caenegem, *Guide to the sources of medieval history*, Amsterdam, 1978, p. 85 (Europe in the Middle Ages. Selected Studies, vol. 2).

¹⁰ J. Buntinx, *Inventaris van het Archief van de Raad van Vlaanderen*, 9 vol., Bruxelles, 1964-79 (Ministerie van Nationale Opvoeding en Cultuur. Rijksarchief te Gent).

comme les professeurs Strubbe et Van Rompaey et le professeur émérite J. Th. De Smidt (six volumes parus couvrant la période 1465-1580 ¹¹). Le fonds du Conseil de Brabant attend malheureusement toujours d'être étudié d'une façon comparable.

En Allemagne aussi l'étude de la jurisprudence des cours suprêmes de l'ancien empire est à l'ordre du jour. Mentionnons la série *Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich* et la fondation à Wetzlar en 1985 de la Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung qui publie une *Schriftenreihe*. Personne ne s'étonnera que le Max-Planck Institut für europäische Rechtsgeschichte de Francfort ait donné à la *Justizforschung* une place importante sur son programme. Il en est résulté, entre autres, l'organisation d'une série internationale de conférences, publiée sous le titre *Vorträge zur Justizforschung*, dont le premier volume a paru en 1992. Il contient seize contributions consacrées à l'Angleterre, les anciens Pays-Bas, la France, l'Allemagne, le Danemark, la Suède et le droit canonique.

La jurisprudence des cours ecclésiastiques n'échappe pas à la tendance générale. Pendant longtemps l'attention des historiens s'est concentrée sur la doctrine et la législation (surtout papale). C'étaient durant plusieurs siècles les deux sources principales du droit de l'Église car ce n'est qu'après l'affaiblissement des décrétales que la jurisprudence de la Rote romaine est devenue vraiment importante. Heureusement les collections de ses jugements ont fait l'objet d'études approfondies, qu'il me suffise de faire référence à l'étude de Gero Dolezalek sur 243 collections manuscrites de *decisiones Rotae* ¹². Les cours locales, particulièrement les officialités, suscitent également à présent un grand intérêt, qui s'exprime soit par la publication de jugements (comme ceux de l'officialité de Cambrai à Bruxelles par M. et Mme Vleeschouwers-Van Melkebeek ¹³) soit par la publication de listes de fonds d'archives. On peut consulter pour ce dernier point la liste intitulée *The Records of the Medieval Ecclesiastical Courts* dont le volume 1, consacré au continent, a été publié en 1989 sous la direction du professeur C. Donahue de la Harvard Law School ¹⁴.

Qu'est-ce qui nous frappe dans ce panorama ? Tout d'abord, naturellement, la multiplicité d'initiatives et le courage avec lequel on s'attaque à cette masse énorme d'archives. Ensuite, le fait qu'il s'agit d'un intérêt international, mais que tous ces efforts dans tant de pays ne sont nullement coordonnés ni guidés par une inspiration

¹¹ *Chronologische lijsten van de geëxtendeerde Sententiën en Procesbundels (dossiers) berustende in het archief van de Grote Raad Mechelen*, sous la dir. de J. Th. de Smidt, Eg. I. Strubbe et J. Van Rompaey, Bruxelles, 1966-88 (Commission royale pour la publication des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique. Listes chronologiques des Procès et Arrêts des anciens Conseils de Justice de la Belgique, première série).

¹² G. Dolezalek, « Die handschriftliche Verbreitung von Rechtsprechungssammlungen der Rota », in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, K.A., 58, 1972, p. 1-106.

¹³ C. Vleeschouwers et M. Van Melkebeek, *Liber sententiarum van de officialiteit van Brussel 1448-1459*, 2 vol., Bruxelles, 1982-83 (Commission royale des Anciennes Lois et Ordonnances de Belgique, Coll. Anciennes Jurisprudence, 7ème série).

¹⁴ Ch. Donahue (ed.), *The Records of the Medieval Ecclesiastical Courts. Part. I : The Continent. Reports of the Working Group on Church Court Records*, Berlin, 1989 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 6).

commune. Il n'existe aucun centre européen auquel on aurait attribué le soin de lancer et de guider une grande entreprise à l'échelle européenne. Chaque pays ou groupe de pays (je pense à la Belgique et la Hollande) a son but et sa méthode propres et se contente au fond de prendre connaissance de ce qui se fait chez ses voisins. Certes, des rencontres se déroulent, comme dans les *Vorträge* de Francfort, et il arrive que des savants s'occupent individuellement de la jurisprudence d'un pays voisin (on peut mentionner M. Alain Wijffels qui étudie la cour anglaise de l'Amirauté¹⁵ et je pourrais rappeler les savants allemands comme Gneist, Liebermann et Brunner qui étudiaient le droit médiéval anglais¹⁶) mais en général les savants s'occupent de leur propre pays. Et pourtant, une initiative européenne serait la bienvenue. Je pense à des rencontres régulières et des méthodes de travail, coordonnées, aussi à des projets de recherches transnationaux. Une étude comparée de la litigiosité et de la part des diverses classes sociales dans l'activité des cours suprêmes serait ainsi intéressante et devrait être réalisable.

Mais laissons ces projets pour ce qu'ils sont et regardons ce que nous savons déjà grâce aux études parues. Je me propose d'aborder brièvement les jugements de première instance et de m'attarder ensuite plus longuement à la procédure d'appel.

Passons en revue quelques aspects importants de la procédure qui devait mener au jugement. Et tout d'abord son caractère oral et public ainsi que sa rapidité. Dans le droit primitif, que ce soit chez les Grecs, au haut Moyen Âge ou chez les tribus étudiées par les ethnologues, le procès était mené au grand air. Il reste ici et là des traces amusantes de ce stade dans des cours échevinales de l'époque moderne où on a couvert d'étoiles d'or le plafond peint en bleu de la salle d'audiences afin de créer l'illusion d'une justice dispensée au grand air. Cette dernière impliquait nécessairement la publicité de la procédure. C'était la *glasnost* avant la lettre : non seulement tout le monde pouvait assister à la procédure – ou y était même obligé – mais le peuple participait activement à la *Urteilsfindung* en acclamant l'une ou l'autre proposition de jugement faite par un des juges. La procédure était orale et brève : nous connaissons tous le capitulaire de Charlemagne qui ordonne que les procès soient terminés en un jour (*de causis que cotidie non cessant*¹⁷) ; quelques siècles plus tard on arrivait à l'autre extrémité avec une procédure d'origine romano-canonique qui était longue et chère et se déroulait principalement à huis clos, sur documents écrits et à partir d'interrogations secrètes. Quel était plus précisément le rôle du public ? Nous savons qu'il a été écarté et que le jugement est devenu l'apanage exclusif des juges (*Urteilschelte* défendue et punie sévèrement) et que ces derniers sont devenus, par un processus qui a duré plusieurs siècles, des professionnels diplômés. Une exception notable à tout cela (mis à part les tribunaux militaires

¹⁵ Voir notamment A. Wijffels, « Ius gentium in the practice of the Court of Admiralty around 1600 », in A. D. Lewis et D. J. Ibbetson (eds.), *The Roman Law Tradition*, Cambridge, 1994, p. 119-134.

¹⁶ Rudolf Gneist, *Englische Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1882 ; Felix Liebermann, *Die Gesetze der Angelsachsen*, 3 vol. Halle, 1898-1916 ; Heinrich Brunner, *Die Entstehung der Schwurgerichte*, Berlin, 1871. Voir aussi Julius Hatschek, *Englische Verfassungsgeschichte bis zum Regierungsantritt der Königin Victoria*, Munich, 1913.

¹⁷ Premier *capitulare missorum* d'Aix-la-Chapelle de l'année 80, art. 2, dans A. Boretius et V. Krause, *Capitularia Regum Francorum*, I, Hanovre, 1883, p. 150 (M.G.H., Legum Sectio II).

et de commerce) : le jury civil et criminel. Le jury a fonctionné en Angleterre, dans le procès civil autant que criminel, depuis au moins le XII^e siècle jusqu'au XX^e siècle¹⁸. Par un processus qui s'est déroulé sous nos yeux, le jury civil y a presque disparu (il fonctionnait encore couramment au début des années 1950, quand j'étais étudiant à Londres), mais le jury criminel reste très important. La politique du présent gouvernement britannique, qui cherche à réduire le rôle du jury criminel, est controversée et a provoqué des déclarations par des juges éminents en faveur du jury (on a même invoqué l'autorité de la Grande Charte de Jean sans Terre). Sur le Continent, le jury civil n'a connu aucun succès en dépit de certains efforts à l'Assemblée nationale à l'époque révolutionnaire, mais le jury criminel du type anglais y a connu une grande popularité. De nos jours ce dernier n'y a survécu, dans sa forme originale, qu'en Belgique. L'importance du jury était énorme car il constituait le seul point où la *vox populi* était encore entendue au cours de la procédure judiciaire. La professionnalisation menait à la technicité du langage juridique, hermétisme qui était encore accentué quand les juges et les avocats discutaient en une autre langue que les parties, comme c'était le cas en Angleterre, où jusqu'au XVIII^e siècle la procédure était menée non pas en anglais mais en *Law French*, langue incompréhensible pour le commun des mortels¹⁹. Or, le jury obligeait les juges à formuler en anglais et en termes clairs et compréhensibles la question décisive, appelée *issue*, de sorte que les laïques, les gens du peuple, puissent y répondre. C'est un élément vernaculaire, démocratique, qui a fait défaut sur le Continent. Le jury constitue un thème historique et comparatif du plus haut intérêt, auquel on consacre heureusement des projets de recherches de grande envergure (notamment sous l'inspiration de M. Schioppa de Milan²⁰). Il convient encore de mentionner dans ce contexte le droit des preuves, qui occupe les historiens depuis longtemps. On connaît tous les volumes que la Société Jean Bodin lui a consacrés, suite au congrès tenu ici même à Paris, et « La Preuve » continue à susciter des études savantes²¹. Le sujet est immense, et je me limiterai ici à un rappel des tentatives de réinterprétation de la rationalisation de la preuve au XII^e siècle entreprises par un nombre de savants, surtout britanniques, et que j'ai critiquées dans la *Revue d'histoire du droit* en 1990²². D'autres historiens se sont occupés de la liberté du juge : devait-il donner sa sentence *secundum allegata* ou était-il libre de procéder *secundum conscientiam* ? Ici les travaux de Knut Nörr de Tübingen viennent à l'esprit²³. Et qu'en est-il de la fameuse *Verhandlungsmaxime* et de la tentative de Frédéric le Grand de Prusse d'introduire l'*Offizialmaxime*

¹⁸ Pour les origines lointaines, voir R. C. Van Caenegem, *Royal Writs in England from the Conquest to Glanvill*, Londres, 1959, p. 51-104 (Selden Society Publications, vol. 77).

¹⁹ Voir J. H. Baker, *Manual of Law French*, Aldershot, 2^eme 1990.

²⁰ Voir A. P. Schioppa (ed.), *The Trial Jury in England, France, Germany 1700-1900*, Berlin, 1987 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 4). Le volume contient notamment une contribution de la main de A. P. Schioppa, intitulée « La giuria all' Assemblea Costituente francese » (p. 75-163) et de B. Schnapper, intitulée « Le jury français aux XIX^e et XX^e siècles » (pp. 165-239).

²¹ Voir les volumes XVI-XIX consacrés à *La Preuve* par la Société Jean Bodin, Bruxelles, 1963-65.

²² R. C. Van Caenegem, « Reflexions on Rational and Irrational Modes of Proof in Medieval Europe », in *The Legal History Review*, 58, 1990, p. 263-79.

²³ K. W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit : Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, Munich, 1967 (Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät, 2).

dans le procès civil ? M. Chorus de Leiden a montré en 1992 qu'il était nécessaire de relativiser la *communis opinio* à ce sujet ²⁴. Les juristes continentaux savent qu'en général le précédent est sacro-saint en droit anglais et que cette situation est comparable au respect pour la lettre du Code civil de l'École de l'Exégèse sur le Continent. Toutefois, ils ne se rendent pas toujours compte que ce grand principe du *common law* n'est pas sans être contesté. Si la majorité des juges anglais croient en effet que le précédent doit toujours être suivi (même si le résultat est manifestement injuste) et ce au nom de la certitude du droit, d'autres trouvent que le juge doit occasionnellement écarter le précédent afin de faire triompher l'équité. La possibilité juridique de le faire existe depuis que la Chambre des Lords a rompu avec le principe, qu'elle avait énoncé à la fin du XIX^e siècle, qu'elle était à tout jamais liée par ses propres précédents (une sorte de déclaration d'infailibilité judiciaire comparable à celle de l'infailibilité papale vers la même époque). Parmi les ennemis du respect à outrance du précédent, on peut citer Lord Denning, qui est probablement le juge anglais le plus célèbre du XX^e siècle et qui s'est prononcé clairement et publiquement à ce sujet. Quand il était Master of the Rolls, il lui est arrivé d'innover si hardiment que les Lords l'ont dû rappeler à l'ordre en réformant, par exemple, ses jugements en faveur de l'épouse abandonnée. Ici encore les comparatistes et les historiens de plusieurs pays pourraient joindre leurs efforts pour élucider les grandes lignes du développement européen et les causes des divergences qui subsistent jusqu'à nos jours. Ils découvriraient sous des formes différentes des continuités frappantes ²⁵.

Les juristes européens se sont souvent demandés si le juge pouvait invoquer une autorité supérieure pour refuser l'application de la loi. L'évolution de leurs réponses est particulièrement facile à suivre en Angleterre, où la doctrine actuelle a complètement rompu avec les idées médiévales. En effet, au Moyen Âge et jusqu'à la première moitié du XVI^e siècle, on était convaincu que la « loi de Dieu » prévalait sur la loi humaine (notamment sur les *Acts of Parliament*). Au XVII^e siècle, cette tradition fut continuée, entre autres par Sir Edward Coke, qui a prononcé un célèbre jugement en 1610 annulant un *Act of Parliament* comme étant contraire aux principes du *common law* et à la raison ²⁶. Toutefois, au XVIII^e siècle cette attitude fut abandonnée en Angleterre (mais pas aux États-Unis) au profit de la doctrine – toujours en vigueur et encore récemment reprise *expressis verbis* par les juges – qu'aucune autorité morale ni considération huma-

²⁴ J. M. J. Chorus, « The Judge's role in the conduct of civil proceedings », in *Comparative and Historical Essays in Scots Law. A Tribute to Professor Sir Thomas Smith QC*, Londres, 1992, p. 32-46.

²⁵ Voir le récent article que le professeur Zimmermann a consacré aux éléments communs du *common law* et du *civil law* à travers les âges : R. Zimmermann, « Der europäische Charakter des englischen Rechts. Historische Verbindungen zwischen civil law und common law », in *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1, 1993, p. 4-51.

²⁶ Il s'agit du cas du Dr. Bonham, au sujet duquel il existe une bibliographie considérable. Qu'il nous suffise ici de citer T. F. T. Plucknett, « Bonham's Case and Judicial Review », in *Harvard Law Review*, 40, 1926, p. 30-70 et S. E. Thorne, « Dr. Bonham's Case », in *Law Quarterly Review*, 54, 1938, p. 543-52. Sur Coke, on verra : J. Beaute, *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke. Les idées politiques et constitutionnelles ou aux origines de la démocratie occidentale moderne*, Paris, 1975.

nitaire ne peut être invoquée à l'encontre d'un *Act of Parliament*, régulièrement voté et dûment signé et promulgué par le souverain ²⁷.

En ce qui concerne la procédure d'appel, il me semble qu'on peut aborder son histoire fort compliquée de deux façons. On peut étudier l'appel comme une technique juridique, développée et raffinée par la doctrine. L'appel y est envisagé comme un produit des écoles, son évolution appartient dès lors à l'histoire de la science, c'est-à-dire en dernière analyse à la *Kulturgeschichte*. Mais on peut aussi étudier l'appel comme un instrument de contrôle social, la juridiction étant l'expression la plus marquée des liens de dépendance, c'est-à-dire des rapports entre souverains et sujets, entre suzerains et vassaux et arrière-vassaux. Vu sous cet angle, l'appel est l'expression des rapports de force entre États, entre Église et États, entre gouvernements centraux et villes et entre villes (les grandes prétendant à contrôler, par la voie de l'appel, la justice des petites). L'appel appartient alors à la *Machtsgeschichte*, c'est-à-dire à l'histoire politique.

Il faut rappeler les grandes lignes de l'histoire doctrinale de l'appel. Il s'agit d'une procédure bien connue du droit romain, perdue après la chute de Rome et redécouverte lors de la renaissance du droit antique par l'école de Bologne. Elle est discutée dans les humbles *ordines iudiciorum* du XII^e siècle et atteint sa forme classique dans les grands traités du XIII^e siècle, dont le plus célèbre était le *Speculum* de Guillaume Durant. La pratique de l'appel était introduite dans un monde hostile, car le droit coutumier était attaché à l'idée d'une seule instance (normalement locale) et au jugement unique et définitif (sauf le cas de faux jugement, qui appartenait à la sphère criminelle).

Étudions maintenant l'appel comme moyen de contrôle politique. Ici, la papauté grégorienne a été le grand pionnier, et ce dès avant les traités de procédure bolonais. Il suffit de lire le *Dictatus Papae*. L'art. 18 déclare que le pape peut annuler (*retractare*) les sentences de tous, tandis que les siennes ne peuvent être annulées par personne. L'art. 19 dispose que le pape n'est sujet à aucune juridiction (« *quod a nemine ipse iudicari debeat* ») et l'art 20 défend à n'importe qui de condamner une personne qui est allée en appel au saint siège ²⁸. L'appel à la curie romaine était un élément cardinal de la politique de centralisation de l'Église latine, non seulement dans les grandes déclarations de programme, mais aussi dans la réalité de tous les jours : dès le XII^e siècle il causait une telle surcharge de travail à Rome qu'on a eu recours aux juges pontificaux délégués pour alléger le travail de la curie. Il s'est établi une hiérarchie bien ordonnée, qui partait des doyens de chrétienté et passait par les officialités épiscopales et archiépiscopales, pour aboutir en dernière instance à Rome. Il me semble clair que l'élaboration doctrinale de l'appel a suivi l'impulsion donnée par la « révolution papale » (pour parler avec le professeur Berman, de Harvard ²⁹).

L'exemple suivant est emprunté à l'histoire de la monarchie française. Les appels au Parlement de Paris ont été un instrument pour l'unification du royaume. À mesure que

²⁷ On trouvera l'exposé classique de cette doctrine dans l'ouvrage fondamental du Professeur d'Oxford A.V. Dicey, *The Law of the Constitution*, Londres, 8^{ème} éd., 1975.

²⁸ Texte du *Dictatus Papae*, de 1075, dans C. Mirbt, *Quellen zur Geschichte des Papsttums*, 6^{ème} éd. par K. Aland, Tübingen, 1967, n° 547, p. 282.

²⁹ H. J. Berman, *Law and Revolution. The formation of the Western legal tradition*, Cambridge, Mass., 1983.

les anciennes « principautés territoriales » étaient rattachées à la couronne, leurs juridictions étaient soumises au contrôle du Parlement de Paris. Dans la plupart des cas cette évolution avait lieu d'une façon paisible et ordonnée, mais dans d'autres les tentatives royales se sont heurtées à une résistance inattendue et ont causé de véritables guerres. Ce fut le cas en Flandre. L'ouvrage de Funck-Brentano *Philippe le Bel en Flandre* montre que dès le XIII^e siècle les appels flamands, notamment des grandes villes, constituaient un véritable leitmotiv³⁰. Depuis la seconde moitié du XIII^e siècle jusqu'à la première moitié du XVI^e siècle, les appels flamands au Parlement de Paris ont fait l'objet soit de discussions diplomatiques, soit de conflits violents suivis de traités internationaux entre la Couronne française et les comtes de Flandre, les ducs de Bourgogne et les empereurs romains.

La résistance des princes des Pays-Bas bourguignons et Habsbourg aux appels flamands à Paris était la conséquence de leur propre politique de centralisation à l'intérieur de ce qui était en train de devenir l'État fédéral des dix-sept provinces. Philippe le Bon et ses successeurs voulaient non seulement fonder leur État propre (un amalgame de duchés, comtés et seigneuries existants), mais cimenter son unité et en faire une nouvelle force sur l'échiquier européen. Comme on pouvait s'y attendre, les appels judiciaires y jouaient un rôle important. Il existait déjà des appels à l'intérieur des anciennes provinces (au Conseil de Flandre, au Conseil de Brabant, etc.), mais ce dont on avait besoin maintenant, c'était d'une cour suprême avec une juridiction en appel sur toutes ces provinces. C'est ce qui fut fait, non sans difficultés, avec le Grand Conseil de Philippe le Bon, le Parlement de Malines de son fils (le nom même de cette juridiction était emprunté au modèle français) et le Grand Conseil de Malines de son arrière-petit-fils. Il est clair que cette centralisation politico-judiciaire ne pouvait coexister avec les appels flamands à Paris, expressions par trop visibles de la suzeraineté française sur une partie des « pays de par deçà » (n'oublions pas que Charles le Téméraire a failli devenir roi de ce jeune État)³¹.

Il convient enfin d'examiner un dernier cas, en droit anglais. D'une façon générale, il y a des similarités avec le cas français, en ce sens que l'Angleterre aussi a connu une centralisation de la justice entre les mains de juges royaux de formation professionnelle et que des procédures comparables à l'appel y ont joué un certain rôle. Néanmoins le modèle anglais trahit des différences profondes, précisément parce que l'appel, tel qu'il était connu en France, n'y a joué qu'un rôle tout à fait secondaire.

La raison est que la cour royale anglaise (la *curia regis*, puis les trois cours du *common law*, *King's Bench*, *Court of Common Pleas*, *Exchequer*) était, tout comme la *curia regis*, puis le Parlement en France, la cour suprême du royaume, mais qu'elle était une juridiction de première instance et non une cour d'appel. C'était un état de choses étonnant. Peut-on s'imaginer, par exemple, que le Parlement de Paris fût une cour de première instance pour tous les hommes libres du royaume (au lieu de certaines catégo-

³⁰ F. Funck-Brentano, *Philippe le Bel en Flandre*, Paris, 1897. Pour deux ouvrages plus récents sur Philippe le Bel où la « matière de Flandre » occupe une place importante, on verra : J. Favier, *Philippe le Bel*, Paris, 1978 et J. R. Strayer, *The Reign of Philip the Fair*, Princeton, 1980.

³¹ Voir supra, note 4. Le *Recueil* de Philippe Wielant (voir note 3) est la première esquisse historique des relations judiciaires entre la Flandre et la Couronne française. Wielant avait pris part aux pourparlers diplomatiques consacrés aux appels flamands qui constituaient un contentieux important entre les rois de France et les ducs de Bourgogne.

ries privilégiées) ? L'encombrement aurait été monstrueux. Comment le système anglais a-t-il pu fonctionner ? C'était pour deux raisons. Tout d'abord parce que les cours de *common law* n'étaient compétentes que pour un nombre restreint d'actions : il s'agit du système des brefs royaux (*royal writs*), comparable – on le sait – au procès formulaire romain (il s'agissait surtout de plaintes concernant la propriété et la possession de terres ³²). Ensuite, c'était parce qu'on a eu recours aux juges royaux itinérants (*justices in eyre, in itinere*), qui se déplaçaient à travers le pays, divisé en circuits, et qui entendaient sur place ce que les parties, les témoins et les jurys avaient à dire. Ces cours centrales contrôlaient les cours inférieures, c'est-à-dire les cours féodales et les cours des comtés (*county courts*). En effet, les cours centrales du *common law* n'avaient nullement remplacé les juridictions locales et elles n'avaient pas été fondées dans ce but, mais le succès de ces nouvelles instances, où les parties payaient des sommes considérables pour le privilège d'être entendues en achetant les brefs nécessaires était tel que les anciennes cours locales étaient éclipsées ³³. Elles étaient d'ailleurs mises sous surveillance par la Couronne et c'est ici que certaines formes comparables à l'appel apparaissent. C'était notamment à cause de ce contrôle que le *common law*, le droit commun de tout le royaume, qui était une création des juges royaux, s'est propagé si vite. L'étude de la technique de ce contrôle a été reprise en 1992 par Paul Brand, de l'université de Londres, dans deux contributions, intitulées "*Multis Viginti Excogitatum*" *Henry II and the Creation of the English Common Law*, et *The Origins of English Land Law : Milsom and After* ³⁴.

Il existait en Angleterre le *breve de recto*, le « bref de droit », connu dans le *common law* comme le *writ of right*. C'était un mandement royal adressé à un seigneur féodal lui ordonnant de faire droit dans sa cour à un demandeur qui prétendait tenir de lui une terre, dont une autre personne l'avait privé. Sous Henri II (1154-89) la règle s'est établie que nul n'était tenu de répondre dans la cour de son seigneur concernant sa tenure libre à un demandeur, si ce dernier n'était pas muni d'un bref royal *de recto*. C'est comme si toutes les cours locales étaient verrouillées et que seul le roi pouvait les ouvrir. Le résultat était la mise sous tutelle royale des cours féodales. L'origine de cette règle est très discutée. On l'a cherchée dans la législation, mais comme il n'existe aucune trace d'ordonnance dans ce sens et que Glanvill, l'auteur sous Henri II du premier traité du *common law*, dit expressément que la règle est d'origine coutumière (*secundum consuetudinem regni* ³⁵), je ne vois pas de raison de douter de sa parole, d'autant plus que toute une série de brefs royaux des règnes précédents expliquent aisément comment une telle coutume a pu se former ³⁶. Deux autres instruments de contrôle royal concernaient l'évocation de procès des cours féodales à la cour royale pour défaut de justice. Il

³² Voir sur le rôle des brefs royaux à l'origine du *common law* l'ouvrage cité *supra*, note 18.

³³ Voir le ch. « English courts from the Conquest to Glanvill » dans R.C. Van Caenegem, *The Birth of the English Common Law*, Cambridge, 2ème éd. 1988. Voir aussi R. V. Turner, *The King and His Courts. The Rule of John and Henry III in the Administration of Justice 1199-1240*, Ithaca, N.Y., 1968.

³⁴ P. Brand, *The Making of the Common Law*, Londres en Rio Grande, 1992, p. 77-102, 203-226.

³⁵ G. D. G. Hall (ed.), *The treatise on the law and customs of the realm of England commonly called Glanvill*, Londres, 1965, XII, 25, p. 148.

³⁶ Van Caenegem, *Royal Writs*, p. 212-31.

s'agit de deux procédures. La première, appelée *tolt*, autorisait un demandeur dans un procès initié par un bref royal de le faire renvoyer devant une cour de comté, présidée par le sheriff royal ; la seconde, appelée *pone*, était basée sur un bref royal de ce nom accordé par la chancellerie royale à la demande d'au moins une partie afin de transférer le procès de la *county court* à une cour royale, sans qu'il fût nécessaire de prouver un défaut ou déni de justice³⁷. Tout ceci ressemble plutôt à l'évocation qu'à l'appel. En effet, le *common law* classique ignorait l'appel de type continental et cela jusqu'au XIX^e siècle. Il existait des procédures de contrôle qui ressemblaient à l'appel, comme l'accusation de faux jugement ou de faux verdict (parjure !) et la révision du *recordum* d'un procès par une cour supérieure (la *King's Bench* vis-à-vis de la *Court of Common Pleas*, par exemple) pour corriger une erreur dans le rapport écrit et officiel du procès (procédure du *writ of error*, qui menait soit à la confirmation soit à l'annulation du jugement de la cour inférieure), mais ce n'étaient que des produits de remplacement rudimentaires (une erreur en droit, commise par les juges ou le jury, ne pouvaient être alléguée parce qu'elle n'apparaissait pas dans le texte formel du *recordum*³⁸). Il est significatif que le terme *appeal*, qui occupe une place importante dans le vocabulaire du *common law* classique, ne se réfère aucunement à notre appel, mais à l'accusation criminelle privée, qui conduisait souvent au duel judiciaire³⁹.

En outre, il faut mentionner l'instance qui exerçait – et exerce toujours – la juridiction suprême en Angleterre, c'est-à-dire le Parlement (plus particulièrement la Chambre des Lords). Le parlement, la *High Court of Parliament*, était, comme son nom l'indique, une *court of law*, une cour de justice (la procédure « en erreur » par exemple, pouvait amener un procès de la *King's Bench* au Parlement) et ce n'est que sous Henri VIII que le Parlement est devenu essentiellement ce qu'il est toujours, une assemblée politique et législative⁴⁰. À l'origine, on y discutait de tout ce qui intéressait le pays, la couronne et les classes gouvernantes, exactement comme on avait fait à la *curia regis* féodale. Ce n'est qu'au cours des siècles que ce *parliamentum*, qui existait dans plusieurs royaumes féodaux, est devenu une cour de justice en France et une assemblée politique en Angleterre. Les transferts de procès de la *King's Bench* à la Chambre des Lords s'explique par le fait que le roi et son conseil siégeaient dans cette dernière et que la personne royale était considérée comme la *fons et origo* du droit (en France on pouvait pareillement faire appel au roi en son conseil contre les arrêts du Parlement de Paris). Même Jacques I^{er}, au XVII^e siècle, s'occupait encore personnellement de l'administration de la justice et jusqu'en plein XVI^e siècle la Chambre Haute était plus prestigieuse et plus proche du roi et de son conseil que la Chambre des Communes, ce qui explique que la justice ait été son apanage⁴¹.

D'une façon générale, l'absence de l'appel a persisté jusqu'au XIX^e siècle, quand l'appel entra dans le *common law* (en 1854), la procédure « *in error* » fut abolie et la

³⁷ Sur *tolt* et *pone* on verra T. F. T. Plucknett, *A Concise History of the Common Law*, Londres, 5^{ème} éd., 1956, p. 104.

³⁸ Plucknett, *Concise History*, p. 121-23, 388, 401-407.

³⁹ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, Londres, 3^{ème} éd. 1990, p. 574-76.

⁴⁰ Voir G. R. Elton (ed.), *The Tudor Constitution. Documents and Commentary*, Cambridge, 2^{ème} 1982 ; M. A. R. Graves, *The Tudor Parliaments. Crown, Lords and Commons 1485-1603*, Londres, New York, 1985.

⁴¹ J. M. Kelly, *A Short History of Western Legal Theory*, Oxford, 1992, p. 233.

Court of Appeal créée (en 1875), tout en maintenant la juridiction supérieure de la Chambre des Lords, de sorte qu'on avait deux cours d'appel superposées (mais pas de Cour de cassation)⁴². Depuis lors on pouvait dire que le *common law* s'était conformé au *civil law*. Néanmoins, des traces remarquables de l'ancienne hostilité à l'appel ont subsisté jusqu'à nos jours. Je cite comme exemple l'exclusion de l'appel *a minima* en matière criminelle, qui était encore de rigueur très récemment. J'ai assisté moi-même à la Chambre des Lords aux débats sur le projet de loi introduisant l'appel par le ministère public contre des condamnations trop légères et je me rappelle la résistance aussi résolue qu'éloquente de plusieurs grands leaders de la *Bench*, qui condamnaient le changement proposé comme contraire au sentiment de justice du peuple et aux traditions du droit.

Le juriste continental ne peut échapper à la fascination du *common law*, géographiquement si près de nous mais mentalement si éloigné. En outre, les avatars de l'appel et des brefs d'erreur, *mandamus* et *certiorari* nous démontrent que le jugement en appel est un des aspects les plus intéressants et les plus compliqués de l'histoire du droit.

⁴² Baker, Introduction, p. 163.