Zeitschrift: Zeitschrift für schweizerisches Recht = Revue de droit suisse = Rivista di diritto svizzero = Revista da dretg svizzer : Halbband II. Referate und Mitteilungen des SJV

Herausgeber: Schweizerischer Juristenverein

Band: 62 (1943)

Heft: 1

Artikel: Essai sur le droit anglais

Autor: Roch, William

DOI: https://doi.org/10.5169/seals-896489

Nutzungsbedingungen

Die ETH-Bibliothek ist die Anbieterin der digitalisierten Zeitschriften auf E-Periodica. Sie besitzt keine Urheberrechte an den Zeitschriften und ist nicht verantwortlich für deren Inhalte. Die Rechte liegen in der Regel bei den Herausgebern beziehungsweise den externen Rechteinhabern. Das Veröffentlichen von Bildern in Print- und Online-Publikationen sowie auf Social Media-Kanälen oder Webseiten ist nur mit vorheriger Genehmigung der Rechteinhaber erlaubt. Mehr erfahren

Conditions d'utilisation

L'ETH Library est le fournisseur des revues numérisées. Elle ne détient aucun droit d'auteur sur les revues et n'est pas responsable de leur contenu. En règle générale, les droits sont détenus par les éditeurs ou les détenteurs de droits externes. La reproduction d'images dans des publications imprimées ou en ligne ainsi que sur des canaux de médias sociaux ou des sites web n'est autorisée qu'avec l'accord préalable des détenteurs des droits. En savoir plus

Terms of use

The ETH Library is the provider of the digitised journals. It does not own any copyrights to the journals and is not responsible for their content. The rights usually lie with the publishers or the external rights holders. Publishing images in print and online publications, as well as on social media channels or websites, is only permitted with the prior consent of the rights holders. Find out more

Download PDF: 07.01.2026

ETH-Bibliothek Zürich, E-Periodica, https://www.e-periodica.ch

Essai sur le droit anglais.*

Par William Roch, lic. en droit, à Genève.

Introduction.

Le droit anglo-saxon est le droit de l'english speaking people. Il comprend le droit des USA. et celui de l'empire britannique. A l'intérieur de l'Empire, on se heurte à une quinzaine de législations différentes. Nous citerons celles de l'Australie, de l'Afrique, des Indes, des possessions méditerranéennes et celles des Iles Britanniques. Dans les Iles Britanniques, l'analyse nous conduit à distinguer le droit de la Grande-Bretagne et plus restrictivement encore celui de l'Angleterre. Et le droit de l'Angleterre c'est le droit anglais pur. De ce droit anglais pur, la doctrine fait sortir tout le droit anglo-saxon. Levy-Ullmann[1]) compare dans son style imagé le droit anglo-saxon au système planétaire dont le droit anglais serait le soleil.

Les juristes romains et, de nos jours, les juristes continentaux distinguent la loi du droit. Or, le droit anglais — english law — fut coutumier et judiciaire jusqu'au XVIIe siècle. Et quand les juristes anglais invoquaient

---

* Bibliographie: Levy-Ullmann (L), Introd. à l'étude des sciences jur.; — Blackstone (B), Commentaires. Les numeros correspondent aux pages de la traduction; — Stubbs (S), Hist. const. de l'Angl. Les numeros correspondent aux pages de la traduction; — Jenks, Digeste de droit civil anglais; — Stephen, Commentaires sur le dr. de la G. B.; — Carter (C), Hist. of english legal institutions; — Holdsworth (H.), Hist. of english law; — Collection des statutes at large. — Adams and Stephens (A. S.), Select documents of english const. hist.; — Hogan and Powell, Governement of G. B.; — Maurois, Histoire d'Angleterre. — Les ouvrages sont cités par l'initiale de l'auteur.

[1]) L. 9.

contre les prétentions royales la supremacy of the law, ils songeaient à ce droit purement coutumier et judiciaire. Au XVIIe siècle s'est établie la souveraineté du Parlement et, se manifestant dans le domaine juridique, elle constitua le Parlement en corps législatif. Le Parlement prétendit continuer l'œuvre des cours. Il fit des lois, mais on ne modifia pas la terminologie. Ainsi figurent les lois émanant du Parlement sous le nom de Statute Law[2]), d'où la double signification de Law: loi et droit[2]).

Le juriste anglais commet une autre confusion[3]) entre la jurisprudence et la doctrine. En voici l'explication. Les futurs juristes ne fréquentaient pas les universités, mais les Inns of court, où la pratique routinière des tribunaux leur était inculquée plutôt que ne leur étaient enseignées des doctrines. Ainsi leur doctrine se résumait dans les principes dégagés par la jurisprudence. Cette affirmation est illustrée par la définition de Goldsmith[4]): „Jurisprudence is the study of the general principles of law and their systematic arrangements". Nous concluerons à l'inutilité d'une distinction entre jurisprudence et doctrine, plutôt qu'à la confusion de ces deux notions.

Ire Partie.

Formation et développement du droit anglais.

Les invasions barbares qui sévissent en Europe du sixième au dixième siècle chassent d'Angleterre les moindres traces de romanisation. Les peuplades importent leurs coutumes. Angles et Saxons fondent sept royaumes, l'Heptarchie. Puis au nord les Danois établissent leur domination. Au début du XIe siècle prédominent trois systèmes de droit: au nord le danish law, au centre le mercian law et le saxon law au sud[5]). Ainsi chaque race implante son

[2]) L. 360.
[3]) L. 21.
[4]) English law from foreign standpoint, p. 65.
[5]) B. Intr. Sect. 3, p. 99 et H. I, 3.

droit[6]). A l'époque saxonne succède l'époque normande. Guillaume le Conquérant se considère légitime successeur d'Edouard le Confesseur.

1° Donc les Normands auraient perpétué la tradition anglo-saxonne, achevant ainsi le droit coutumier, le customary law. 2° La création par la royauté normande de cours de justice eut une répercussion capitale sur l'évolution du droit. Le customary law se fige, l'évolution est alors assurée par la jurisprudence. Du droit coutumier nous passons au droit judiciaire, du customary law au case law. Trois cours de justice ont prédominé. a) La cour de King's Bench, séparée du roi au temps des premiers Plantagenets, se considère dépositaire du droit coutumier. Elle opère une sélection des coutumes locales et crée un droit commun à tout le royaume. C'est le common law. b) Le droit, stabilisé au milieu du XIIIe siècle déjà, s'embourbe dans la routine. Répondant aux besoins nouveaux la Chancellerie s'organise en cour de justice. Le chancelier abandonne les principes coutumiers pour obéir à des considérations d'équité. Ainsi à la common law s'ajoute l'equity law. c) Le commerce du moyen-âge a donné naissance à la troisième cour de justice, la cour d'Amirauté. S'inspirant d'un droit international et romanisé, elle a développé le droit commercial connu sous le nom de merchant law. Les cours de common law, menant leur politique d'absorption, ont abattu cette cour concurrente. L'absorption totale fut réalisée au XVIIIe siècle par lord Mansfield et, chose curieuse, l'union du droit commun et du droit commercial, se réalise au temps où Colbert, en France, sépare le droit commercial du droit civil. 3° Le common law a tenté d'abattre également la juridiction d'equity. Luttant pour la souveraineté, ces cours ont connu des heures d'inimitié violente. Or au début du XVIIe siècle, le Parlement — ce troisième larron — est intervenu et s'est emparé de la souveraineté législative.

[6]) La Mercie est un des royaumes angles qui tire son nom de sa qualité de marche, c.-à-d. d'état frontière.

Il est l'auteur de la dernière catégorie du droit, le droit statutaire, le statute law.

Résumons par un tableau les sources du droit anglais, ébauchées dans notre brève étude historique.

Droit anglais	customary law		droit non écrit.
	case law	common law equity law merchant law	droit non écrit.
	statute law (principalement)[7]		droit écrit.

Nous observons donc une division tripartite fondée sur les sources. Signalons la division de Blackstone[8]), en droit non écrit et droit écrit. Cette division bipartite est opérée sur la base de l'autorité attachée au droit.

Chapitre Ier.

Customary Law.

La période barbare a crée une multitude de droits locaux groupés, nous l'avons vu, en danish, mercian et saxon law. Ce sont, dit Blackstone[9]), les coutumes particulières à chaque district. Ces coutumes sont dites immémoriales, car elles remontent au-delà des limites du time of memory, limites très schématiquement fixées à l'avènement de Richard Ier (3 septembre 1189). Mathieu Hale[10]) avait emprunté cette date par analogie au premier statut de Westminster de 1275 qui faisait remonter à 1189 une règle sur la propriété foncière. Or les coutumes ont persisté essentiellement dans le domaine foncier. Ainsi se justifierait l'analogie de Hale[11]).

A côté des coutumes particulières, l'action centralisatrice des rois anglo-saxons puis surtout des rois normands

---

[7]) Voir infra chapitre sur le statute law.

[8]) B. intr. sect. 3, p. 96.

[9]) B. intr. sect. 3, p. 102 et H. I, 3.

[10]) L. 63.

[11]) Voir aussi le Digeste de Jenks, art. 1229.

a façonné une coutume générale au royaume. Immémoriale, elle aussi, elle se qualifie de general immemorial custom. Les cours de justice, comme nous le verrons, ont participé au premier rang à l'unification des coutumes. Mais elles ont fait plus, elles ont métamorphosé cette custom en law et la general custom en general law ou common law. Carter[12]) refuse même de classer au rang des sources du droit anglais le customary law, car dit-il „custom is not law till it is recognized by the courts". Lorsqu'une coutume, ajoute-t-il, est susceptible d'application générale dans le royaume, les cours l'absorbent ou, pour reprendre les termes de Carter, „they take judicial notice of it". Il cite l'exemple de la coutume des marchands que le common law a incorporée. La general immemorial custom est donc la substance que les cours de justice modèleront, dont elles feront sortir au XIVe siècle un droit évolué et judiciaire: le common law.

Ainsi la general custom n'appartient plus au customary law, elle appartient au case law sous forme de common law. Restent les coutumes particulières. Elles ont force de loi quoique en dise Carter, mais à certaines conditions: la coutume immémoriale de nature doit être en plus continue, paisible, raisonnable et certaine. Il est évident que le Parlement, en vertu de la prédominance du statute law peut les abroger.

Nous consacrerons quelques lignes à une brève énumération des textes constituant le customary law[13]). Du droit coutumier particulier nous connaissons peu de chose: les coutumes du Kent et celle du Wessex, codifiées au septième siècle. De la coutume générale nous connaissons l'œuvre législative des derniers rois saxons et des rois normands. Nous citerons les codes d'Alfred et de Cnut. Ajoutons les leges Edwardi Confessoris que la critique mo-

---

[12]) C. 8.
[13]) L. 80.

derne classe dans l'époque normande, les lois de Guillaume le Conquérant, les leges Willelmi entachées de droit romain, les lois appelées leges Henrici Primi, inspirées des droits continentaux et une compilation de lois anglo-saxonnes à division quadripartite d'où son nom de Quadripartitus.

Pourquoi faut-il avec la doctrine associer la législation normande à la législation anglo-saxonne? Ne doit-on pas admettre une solution de continuité dans l'histoire, à l'avènement de Guillaume? Au contact des Normands, le droit n'est-il pas transformé? Les cours qui ont façonné le common law et qui ont ouvert la voie au célèbre case law sont l'œuvre des rois normands. N'y a-t-il pas chez les auteurs anglais une manifestation de leur respect obsédé de la tradition, plutôt qu'un respect historique? L'orgueil des juristes d'outre-Manche consiste à prouver l'évolution, ininterrompue et sur les mêmes principes, du droit anglais de l'époque anglo-saxonne jusqu'à nos jours. Or les textes du règne de Guillaume leur sont matière à preuves. Ces textes invoquent tous le respect des traditions, le respect des institutions du temps d'Edouard. Aussi les juristes ont nié toute rupture entre l'époque saxonne et normande. L'histoire d'Angleterre ne commence pas à Hastings, dit Stephen. Au fond Stephen entend dire: ce ne sont pas des Français qui ont donné l'impulsion à notre magnifique histoire anglaise . . . Seulement n'oublions pas que Guillaume, ce bâtard de Normandie, doit justifier sa conquête aux yeux du peuple. C'est pourquoi reviendront, comme un leitmotiv à sa prétendue légitimité, ces mots: in the time of king Edward. Ce qui était à l'époque d'Edouard sera sous mon règne! Ces textes normands, tissus d'expressions manifestant le respect des coutumes, ne doivent pas nous faire illusion. Guillaume et ses successeurs ont régné en despotes. Ils se gargarisent des vocables de tradition et de liberté, mais nous savons aujourd'hui la valeur de ces mots dans la bouche d'un dictateur.

Chapitre II.

Le case law.

L'Angleterre est donc régie par le customary law jusqu'à l'avènement des Normands et même jusqu'en 1189 selon Hale. Mais les Normands interviennent. Guillaume et ses successeurs sont des monarques absolus sur lesquels la féodalité a peu de prise. Ils inoculent, dans tous les domaines, des principes centralisateurs. De tels principes, propres à la monarchie absolue, se retrouveront en France à l'avènement des Bourbons. Le roi rassemble toutes les compétences: finance, justice et politique. Toutefois le roi s'entoure d'une cour féodale où figurent les grands feudataires. C'est la curia regis. Le roi en cette cour dirigera la politique et les finances, il évoquera devant cette cour les plaids de la couronne.

La complexité des affaires exige l'ingérence d'un élément professionnel. Des juristes siègent désormais à la curia regis. La multiplicité croissante des affaires détermine la division du travail. De la curia regis se détacheront successivement des conseils spécialisés. La cour d'Exchequer au temps d'Henri Ier ouvre la série. Elle absorbe les finances et se constitue en cour fiscale. En 1178[14]), Henri II crée le département de justice où seront concentrés les plaids de la couronne hormis les causes fiscales. Le roi doit y siéger personnellement d'où le nom de cour de King's Bench. Or le roi, souverain justicier, représente en matière civile la juridiction de dernier ressort. On imagine aisément que la cour du Banc du Roi a tôt fonctionné en qualité de juridiction d'appel à l'égard des cours locales. Mais il est trop onéreux aux plaideurs de suivre la cour itinérante du roi. En 1215[15]), on retire les affaires civiles de la cour de King's Bench au profit d'une cour nouvelle dite Cour de Common Pleas ou de Com-

---

[14]) S. I, 534.

[15]) A. S. Grande Charte.

mon Bench, fixée à Westminster[16]). Enfin, sous le règne d'Edouard Ier, l'unité disparaît avec le Justiciar, remplacé dans chaque cour par un Chief Justice (Chief Baron pour l'Echiquier où les juges siégeant sont appelés Barons). Ainsi dès le XIVe siècle les cours de justice sont indépendantes entre elles et vis-à-vis du roi. Nous verrons de quelle façon le roi a ressaissi la justice. Mais que reste-t-il de la curia regis? Rien. La politique même s'est concentrée au temps d'Edouard Ier dans un organe restreint et spécialisé, le King's Council.

Or, le pouvoir législatif est inexistant et la législation déficiente. Il est naturel que le soin de créer le droit revienne à l'élément judiciaire. Mais l'histoire nous apprend que le roi absorbé par la politique relâche son contrôle sur les cours naissantes. Il déserte même la cour de King's Bench dont la présence royale semblait la raison d'être. Certes, le roi conserve ses attributions législatives, mais il n'en a plus le monopole. Un droit nouveau apparaît indépendant du contrôle royal, un droit émanant des cours de justice, un droit bâti sur la jurisprudence. C'est le Case Law. Nous étudierons successivement les trois groupes principaux du Case Law: le Common Law, l'Equity Law, et le Merchant Law.

§ 1. Le Common Law.

Modeler la general immemorial custom pour en faire sortir un droit judiciaire, le Common Law, telle fut l'œuvre des cours dites de Common Law: la cour de King's Bench, la cour d'Exchequer et la cour de Common Bench. Nous laisserons dans l'ombre la cour de Common Bench, en raison de son caractère secondaire, et la cour d'Exchequer, en raison de sa qualité de cour administrative du contentieux fiscal[17]).

---

[16]) S'établissent également et définitivement, à Westminster, la cour de l'Echiquier en 1300 et la cour du Banc du Roi vers 1350. Voir S. II, 323.

[17]) L. 111.

Itinérante et royale, tels sont les caractères essentiels de la cour de King's Bench. Mais en sa qualité de cour royale, suivre le roi dans ses pérégrinations capricieuses, n'assure pas la régularité de la justice. Et bien souvent le roi est occupé de ses incursions en France. Donc ce n'est pas suffisant. La justice, au temps des Anglo-saxons, était assurée par les tribunaux des comtés. Guillaume le Conquérant perpétue cette tradition. Les leges Willelmi, rapporte Carter[18]), n'admettent pas la prorogation devant le roi. Le système centralisateur normand n'atteint pas encore la justice dans ses recoins. Au danger de la diversité, Henri Ier a paré en instituant sur le modèle carolingien les juges itinérants. Leurs fonctions précisées par les Assises de Clarendon[19]), rendues par Henri II, se résument à juger les accusés dans les comtés. L'accusation est portée par les hommes de loi de la contrée. Telle est l'origine du célèbre jury anglais. Le texte veut que l'enquête soit menée par les juges à leur passage devant cet aréopage des hommes de loi. La conséquence inévitable fut la suivante. Au contact des diverses coutumes locales, les juges itinérants ont glané les meilleures institutions. Or ces juges sont membres des cours de Common Law. Ils rapportent ainsi, en un point central, les matériaux amassés sur leurs circuits. Mieux encore, ils facilitent la connaissance de la general immemorial custom et, par leurs principes d'éclectisme, ils contribuent à sa formation. Du même coup se révèle inutile la qualité itinérante des cours de Common Law qui se constituent en cours supérieures. En outre le roi ne leur impose plus son contrôle. Que faut-il de mieux pour assurer le développement de la custom et son évolution en droit judiciaire? C'est à ce dernier point que nous nous arrêtons.

Deux principes ont, sans conteste, guidé les cours dans l'élaboration du common law. L'observance de la general custom et l'évolution lente sur la base des précé-

[18]) C. 45.

[19]) A. S. Assises c. 1 et 4.

dents judiciaires. Tout concourt à l'application du premier principe: la general custom est une base solide, et surtout elle n'a pas l'odeur des conquérants. Les cours de common law se considèrent dépositaires de ce droit ancestral. Elles le tiendront comme on tient la clef de la liberté! Nous comprenons dès lors la raison de cette vague de mysticisme qui a déferlé en Angleterre jusque sous la plume de Blackstone. Prétendre que le common law est la perfection de la raison, qu'est-ce donc sinon des enfantillages? Ne nous achoppons pas à cette apothéose d'un droit que les juristes anglais veulent trouver essentiellement anglo-saxon. Car ne sentons-nous pas percer „la revanche des vaincus de Hastings"?[20]) Le second principe consiste dans la force obligatoire du précédent. Cela n'implique toutefois pas la stagnation du droit. S'inspirer selon l'esprit des précédents judiciaires, est compatible avec la nature évolutive du droit. Mais quitter l'esprit pour s'attacher à la lettre est la condamnation d'un système de droit judiciaire. Les cours de common law ont prédominé et leur pouvoir s'est accru à l'égard des juridictions royales. Mais quand la routine a encadré le common law, les cours royales eurent la victoire.

Les décisions judiciaires sont enregistrées dans les records, expliquées dans les reports et systématisées par les auteurs[21]). Les records sont officiels, les reports sont des collections jurisprudentielles privées. En cela il n'est rien d'inédit. Seulement ces reports sont en nombre astronomique et rendent l'étude du droit civil anglais essoufflante. Le Digeste de droit civil de Jenks a coûté la lecture de près de trois cents collections de reports, sans compter la volumineuse série des Year-books et le droit statutaire. Quant aux auteurs, les „vénérables sages", ils sont la voix de la doctrine mais au sens anglo-saxon du terme[22]), car leurs opinions font loi. Ils sont comparables

[20]) Phrase de L. employée à d'autres fins, p. 514.

[21]) B. intr. sect. 3, p. 112.

[22]) Voir supra intr.

aux Pères de l'Eglise dans le domaine ecclésiastique. C'est ainsi que l'article 109 de Jenks est fondé sur l'unique autorité des Institutes de Coke.

Les records trop laconiques ne révèlent pas les modalités du cas. Les reports permettent de discerner la ratio decidendi[23]), c'est-à-dire les raisons qui ont déterminé le juge, bref ils permettent de dégager l'esprit. Rédigés par des auditeurs, ils présentent le défaut d'être composés sans suite, à la diable même. Les Year-books, ces reports des premières années (Edouard Ier), seraient d'après Maitland[24]), des cahiers d'étudiants. Malgré leur vice, les reports ont fait fortune. En effet ils sont à la base de la théorie du précédent. Pourtant, en justice, la citation est exceptionnelle au temps des Year-books. L'expérience de Winfield[25]), qui n'a rencontré aucune citation sur deux cents cas étudiés, semble concluante. Les références judiciaires datent du XIVe siècle. C'est à Coke[26]) surtout, dit Levy-Ullmann, que l'on est redevable de la fréquence et de la précision des citations. Je formule cependant une objection. Au premier temps des cours de common law, le droit est une science fermée. Les plaideurs s'en rapportent aux juges. L'absence de citation ne prouve pas que les jugements rapportés dans les Year-books omettent de s'inspirer des précédents. La binding force du précédent a dû sortir tous ses effets aux XIIe et XIIIe siècles déjà.

Tant que la binding force n'a pas imposé aux juges le respect de la lettre, mais seulement de l'esprit du droit, le common law a prédominé et les plaideurs ont trouvé satisfaction. Or une collection[27]) de writs[28]), qui se forme

---

[23]) B. intr. sect. 3, p. 109.

[24]) L. 198.

[25]) L. 133.

[26]) L. 134.

[27]) L. 141.

[28]) Bref adressé, par la Chancellerie et à la demande du plaignant, au sheriff du comté du défendeur. Ce bref enjoint le sheriff d'ordonner au défendeur l'exécution de son obligation sous peine de le faire comparaître en justice. Voir L. 139 un ex. de writ.

au XIIIe siècle, nous montre que le common law commence à souffrir de sclérose. De quoi le Parlement est en partie responsable. Ce jaloux s'immisce partout. Par les Provisions d'Oxford[29]) (1258), il interdit à la Chancellerie toute innovation de brefs sans le consentement du Conseil. Le deuxième statut de Westminster[30]) (1285), adoucit la règle en admettant les brevia in consimili casu (writs on the case). Le chancelier peut en cas de similitude confectionner un writ. La routine qui naît d'un succès trop grand et le caractère ombrageux des juges de common law devant toute évolution, n'ont pas excité l'opposition. Au contraire, la cour de King's Bench s'est embourbée plus avant dans un respect maladif du passé, jusqu'au jour où la binding force du précédent s'est imposée à la lettre. Et le common law s'en est trouvé quelque peu discrédité. Nous sommes au début du XIVe siècle. Or c'est précisément à cette époque que s'est réalisée la libération totale des cours de common law de l'emprise royale. Ainsi le roi, dépossédé de ses dernières attributions judiciaires, s'appliquera à faire triompher, contre la juridiction affaiblie de common law, une juridiction nouvelle à sa dévotion. Ce sera l'equity law. Il l'instituera en attaquant le common law par le défaut de la cuirasse: le chancelier. Mais c'est là le sujet d'un paragraphe nouveau.

§ 2. L'Equity Law.

Le rond de cuir qui gagne honnêtement 6 s. par jour, un setier de vin et de la cire est l'ancêtre du Lord High Chancellor. Ce petit bonhomme, courbé sur les grimoires médiévaux, qui griffonne les writs serait donc le chancelier royal? N'est-il pas plutôt quelque haut dignitaire? Entre deux la doctrine balance[31]). Pourtant nulle difficulté à concilier ces deux hypothèses.

---

[29]) A. S.

[30]) A. S. et L. 142, 349.

[31]) C. 158 et H. I, 37.

Que le roi normand ait préposé un cancellarius à la rédaction des writs n'est pas étonnant. Quand le roi liquide lui-même en son conseil les litiges, un fonctionnaire sans érudition suffit à l'enregistrement des actes et à l'apposition du sceau royal. Ainsi le chancelier a commencé par être un cancellarius dans toute l'acception du terme, c.-â.-d. un scribe placé aux cancelli ou grilles des cours de justice[32]). Seulement, si obscure soit-elle, sa fonction exige des connaissances de scribe. Le cancellarius sera recruté parmi les ecclésiastiques. Et quand le chancelier revêtira l'apparat que le terme moderne évoque, l'ecclésiastique montera au rang des prélats, coiffant la mitre ou même une fois revêtant la robe de cardinal[33]). Comment s'est opérée cette évolution et de quelle époque date-t-elle?

La multiplicité et la technicité des writs exigent la présence d'un personnel et font ainsi de la Chancellerie un véritable bureau ministériel. La description que donne, au XIIIe siècle, le Fleta[34]), de cet organisme de fonctionnaires groupés et hiérarchisés, est éloquente. Dès le XIIIe siècle le chancelier apparaît sous les traits d'un haut dignitaire. L'évolution se poursuit au siècle suivant, investissant le chancelier de la qualité de juge et constituant la Chancellerie en cour de justice. Car, lorsque la juridiction de common law au XIVe siècle n'a plus répondu aux besoins nouveaux et lorsque le roi s'est trouvé dépouillé de ses attributions judiciaires, quelle tentation plus grande pour lui et son chancelier de faire de l'antichambre de la justice une cour de justice? Ainsi naquit la cour de Chancellerie.

Les causes de son succès sont au nombre de trois.

---

[32]) Voir aussi l'étymologie douteuse de Coke. (B. III, 4, 8.) Voir aussi Maurois, Hist. d'Angl., p. 124.

[33]) Wolsey, cardinal qui fut chancelier de 1515 à 1529.

[34]) Résumé du Traité de Bracton qui parut au XIIIe siècle. L. 245, n. 2.

1. La première, la cause initiale, nous l'avons esquissée tout à l'heure en relevant le caractère arrêté et clos du registre des brefs. Aux plaintes inédites, le chancelier n'est plus à même d'ouvrir une instance en common law. Quoi de plus naturel de la part du plaignant, de recourir pour déni de justice à la source de la justice, le roi? Car le roi en sa qualité de souverain féodal n'a jamais cessé d'exercer la justice[35]). La multiplicité croissante des affaires crée la spécialisation et le chancelier se charge du menu, du courant des affaires, à tel point que les records de Chancellerie de 1384 contiennent une pétition adressée au chancelier[36]).

2. La corruption et l'intimidation du personnel judiciaire aux heures de dissensions intestines du moyen-âge concourrent au déclin des cours de common law. Les plaideurs préfèrent la juridiction puissante du roi et l'absence des jurés. En effet le jury ne figure pas dans la juridiction d'equity, où fleurit la procédure romano-canonique de l'inquisition[37]). Car le chancelier est, jusqu'au XVe siècle, toujours un ecclésiastique. Ainsi la juridiction d'equity subira l'influence des inséparables droits romain et canon, constituant le deuxième assaut du droit romain contre le droit anglais[38]).

3. Les principes de l'equity ne prennent pas source dans le seul droit romano-canonique, ils sont aussi autochtones. Car les chanceliers ne sont plus, dès le XVIe siècle, tous ecclésiastiques. Le cardinal Wolsey clôt en 1529 la longue série cléricale, suivie par un temps d'alternance avec des juristes de common law, les lawyers, jusqu'au règne d'Henri VIII qui sécularisa définitivement la fonction. Les principes autochtones ont pris racine dans la conscience. Si la juridiction de common law est légale, la juridiction d'equity est équitable. Cour de conscience,

---

[35]) Dans son conseil politique.

[36]) C. 159.

[37]) L. 478.

[38]) Deuxième partie, chap. 1.

la cour de Chancellerie s'appliquera à remédier par l'équité aux injustices de la pesante légalité[39]).

Nous avons vu à quelle époque la Chancellerie s'est érigée en cour de justice. Au XIVe siècle. Ici quelques précisions historiques. En 1199[40]) déjà, apparaissent les archives propres à la Chancellerie. La première sentence rendue par cette cour daterait, dit Holdsworth[41]), de 1474. Jusqu'à la fin du XVe siècle, la juridiction d'equity serait en étroite connexion avec le Conseil du roi et les cours de common law. Enfin toujours d'après Holdsworth[42]), ce serait à Wolsey, vers 1520, que reviendrait l'honneur de l'affranchissement définitif de la Chancellerie à l'égard du Conseil du roi et des cours du common law. Mais, sans préciser, il me semble plausible de faire remonter au XIVe siècle l'influence de la juridiction équitable sur le droit anglais.

Tant que la Chancellerie relève du roi, sa juridiction est civile et pénale. La séparation a commencé à la fin du XVe siècle. Le pénal reste l'apanage du roi et des cours de common law, tandis que la Chancellerie se confine dans les questions de uses, de contrats, de règlements de comptes[43]). En effet le chancelier est un fonctionnaire royal. S'il peut décharger la justice royale en matière obligationelle, il n'a pas qualité pour assurer la justice du sang. Basse justice et non pas haute justice. La séparation s'est consommée au début du XVIe siècle, au dire de Holdsworth. Cette affirmation justifie la date de 1520, marquant l'affranchissement de la cour de Chancellerie à l'égard du roi. Et plus logiquement encore, Holdsworth situe la sé-

[39]) C'est ainsi qu'elle exige dans l'inexécution des obligations où le common law n'accorde que des dommages et intérets, la solution parfois plus équitable de l'exécution même de l'obligation (specific performance).

[40]) L. 457.

[41]) H. I, 404.

[42]) L. 473.

[43]) H. I, 406.

paration à l'heure de l'éveil de la Star Chamber. Et qu'est-ce donc cette Chambre Etoilée? C'est la juridiction équitable du droit pénal, faisant ainsi pendant à la juridiction équitable de la Chancellerie.

Il est curieux de constater que la force centrifuge a joué pour le King's Council comme autrefois pour la curia regis. Au XIe siècle, le roi concentre les trois disciplines: financière, judiciaire et politique. La complexité et la technicité des affaires engendrent la division du travail. Et la division du travail institue des conseils indépendants. Comme des satellites, se sont détachées par la force centrifuge la cour d'Exchequer et de King's Bench. Mais le roi, le noyau de la planète, s'est maintenu au centre du conseil politique, le King's Council. Quand sous l'effet de la routine, l'élan de la cour de King's Bench s'est ralenti, il a pu efficacement exercer sa force attractive sur la justice. Il rend la justice au sein de son conseil politique. Mais la force centrifuge agissant une deuxième fois, détache la cour de Chancellerie. Et l'évolution reprend en faveur du King's Council. Or, en 1833, fut créé, au sein du Privy Council (le conseil actuel du roi), un comité judiciaire, le Judicial Committee of the Privy Council. La force centrifuge va-t-elle jouer une troisième fois?

§ 3. Le Merchant Law.

Le commerce du moyen-âge a développé un droit marchand international, inspiré de droit romain en raison de ses deux caractères. Cet axiome reconnu par l'Europe s'est infiltré avec peine en Angleterre. La lenteur des juridictions ordinaires ne favorisait guère la venue des marchands. En 1283 un statut d'Edouard Ier, connu sous le nom de Charte des Marchands[43a]), instituait aux places mercantiles de véritables offices d'enregistrement et de poursuite. La lecture du statut révèle l'organisation judiciaire et la procédure.

[43a]) A. S. Statute of Merchants.

La charte des marchands a déterminé en Angleterre une éclosion de cours commerciales: les cours des villes maritimes et les cours affectées aux foires, très gracieusement appelées cours de Piepoudrés, du fait que les marchands s'y rendaient à pied[44]).

Avec le commerce naissait la marine. Une juridiction disciplinaire relevant des amiraux est l'origine de la cour d'Amirauté. Sa fondation remonte à 1340 environ. Des actes de piraterie, commis par des Anglais sur des marchands étrangers, auraient déterminé Edouard III à la nomination d'une commission en vue de les réprimer. L'amiral en chef ne siège cependant pas en personne, il délègue un juge professionnel. On imagine aisément le travail d'extension de la cour d'Amirauté aux dépens des juridictions maritimes d'abord, puis de toutes les juridictions de commerce. Ainsi, le droit commercial se concentre à l'Amirauté. Comme les cours de common law, nées avec le droit qu'elles administrent, l'Amirauté façonne un droit judiciaire[45]). Ses jugements ont force de loi: c'est une cour de record[46]). L'Amirauté participe donc au développement du case law.

La désagrégation de la cour d'Amirauté commence dans la deuxième moitié du XVIe siècle au profit de nouvelles juridictions très spécialisées (banqueroute, assurance), et de la juridiction extraordinaire du roi (le roi en son Conseil). Enfin la Chancellerie exerce une forte concurrence par son modernisme commercial. Et quand s'ouvrit le XVIIe siècle, l'Amirauté était trop amoindrie pour résister aux violences de Coke, un common lawyer dont nous aurons à parler dans le chapitre du statute law, car ce common lawyer a contribué à la fortune du Parlement. C'est donc avec Coke que le common law eut la victoire. Voici la lutte telle que nous la rapporte

---

[44]) Sur les étymologies voir B. Liv. III, c. 4, p. 51.

[45]) L. 327. Lire l'étude sur le Black book of Admiralty.

[46]) Sur la notion de cour de record, voir B. Liv. III c. 3, p. 37 ou L. 176.

Holdsworth[47]). L'édification du common law a été dirigée par deux principes de localisation: les enquêtes sur place et la collaboration d'un jury autochtone. Ces principes fondamentaux, qui nécessitaient l'existence de juges itinérants, rendaient les cours de common law incompétentes pour des litiges survenus à l'étranger. Cependant, par une fiction monstrueuse les cours admirent la localisation par le demandeur de la place étrangère en Angleterre. Les juristes anglais ont coutume d'admirer ces ingéniosités. Ne sont-elles pas plutôt des aveux et de l'insuffisance des juridictions de common law et du formalisme outré dont les cours de Westminster étaient affectées? Bref, le procédé figure en 1606 dans le Dowdale's case.

Ainsi les cours de droit commun s'annexaient le droit commercial, laissant en propre à l'Amirauté les contestations survenues en haute mer. L'Amirauté faisait désormais figure de rivale qu'il fallait évincer ou plutôt achever. Les common lawyers obtinrent la suppression de son titre de cour de record[48]). L'Amirauté était perdue. Dès lors les légitimistes du droit commun refusent à l'Amirauté sa place au rang des cours de record. Pas plus que les cours ecclésiastiques, dira plus tard Blackstone[49]), l'Amirauté est une cour de record. C'est une juridiction hors les murs et dans les phrases de ce common lawyer orthodoxe se retrouve le mépris actuel de l'Anglais pour le foreigner ou le dédain de l'aristocratie pour la middle class.

L'incorporation du droit marchand dans le common law avait soulevé une difficulté doctrinale. Né des coutumes générales, le common law devait admettre le droit marchand en qualité de coutume et à ce titre seulement. Aussi la doctrine des légitimistes, dès le milieu du XVIe siècle, consacre l'existence d'une coutume prévalant inter mer-

---

[47]) L. 322.

[48]) L. 322 et H. I, 547.

[49]) B. Liv. III, c. 5, p. 113.

catores et per totam Angliae. Non pas un droit marchand, mais une coutume des marchands, et mieux encore une coutume générale au royaume, c'était en un mot admettre le merchant law en common law. Le tour était joué. Et Coke[50]), brandissant cette théorie, donnait à l'Amirauté le coup de grâce. Mais ce raisonnement ne doit pas nous abuser.

Cependant les cours de common law, qui voyaient affluer à leur barre les plaideurs de l'Amirauté, n'étaient pas au bout de leurs peines. Bien que coutumier, le merchant law était indigeste au common law. Façonné par l'Amirauté il était empreint de droit romain, le seul droit de l'époque qui pouvait être international. Dans un arrêt[51]) de 1621, les cours de common law confessent leur indisposition. Mais l'étoile qui veillait sur le common law et qui lui avait fourni aux heures critiques du XVIIe siècle un common lawyer de forte trempe, lui donnait au XVIIIe siècle, en plein malaise, Lord Mansfield.

Le mérite de ce juriste qui fut trente ans chief justice au Banc du Roi, est d'avoir accordé un traitement spécial aux mercantiles cases. La question de fait, tranchée séparément par le jury, fut intégrée dans la question de droit. Ainsi la cour seule jugeait. Solution heureuse. Car, en matière commerciale, la cause n'est pas dissociable. Le verdict sur la validité d'un effet de commerce exige la connaissance du droit! On saisit dès lors clairement la raison pour laquelle la Chancellerie avec l'absence du jury et son empreinte romano-canonique, offrit aux XIVe et XVe siècles un terrain si fertile au merchant law naissant.

Chapitre III.

Le statute law.

Le statute law émane du roi et d'un corps constitutionnel. Seulement le statute law ne recouvre pas entièrement leur production juridique. L'ensemble forme le

[50]) L. 323.

[51]) L. 325. Van Heath v. Turner.

droit dit écrit[52]) et le statute law, contrairement à Blackstone[53]), n'est que partie de ce droit écrit, majeure partie, certes, car il rassemble tous les textes émanant du roi en son Parlement. Donc le statute law naît en fait avec le Parlement.

Pour l'étude de l'évolution du droit écrit et principalement du droit statutaire, nous proposons, en omettant l'époque anglo-saxonne, la division en trois périodes.

§ 1. Période de prééminence de l'autorité royale de 1066 à 1215.

Le roi concentre toutes les attributions exécutives, législatives et judiciaires. Mais la féodalité a contaminé l'Angleterre. Le roi normand s'entoure d'une cour féodale où affluent ses vassaux directs au nombre de six cents environ[54]). La cour impose son avis. Les lois émanent du roi, mais généralement le texte porte en prologue une formule indiquant l'assentiment de la cour.

La production législative de cette époque se manifeste par des ordres du roi — sous le nom d'ordonnances, constitutions, assises — et des chartes de liberté accordées au royaume. Ordres et chartes sont donc rendus par le roi et son Conseil. Toutefois précisons la notion de Conseil.

Les textes mentionnent le Conseil du nom de commune concilium et rarement du nom de curia regis[55]). Cour féodale, nous l'avons dit, car les membres siègent en qualité de vassaux du roi et leur présence est obligatoire. Mais la pratique[56]) ne conduit régulièrement au Conseil qu'une cinquantaine de barons, les barones majores à distinguer dès lors du reste des barons, les barones minores. Cette distinction apparaît nettement dans les Constitutions

---

[52]) Hale range dans la coutume le droit écrit antérieur à 1189. Voir L. 341 et 63.

[53]) B. intr. sect. 3, p. 96, qui est une erreur manifeste.

[54]) C. 100.

[55]) Voir procès de 1154. A. S. 11.

[56]) S. II. 219 et 241.

de Clarendon rendues par Henri II en 1164 en présence d'un cénacle restreint[57]). C'est le premier pas du Conseil vers la spécialisation. Or la spécialisation appelle l'élément professionnel. Agents du fisc, juges et conseillers politiques privés côtoieront les barones majores et achèveront la désagrégation de la cour féodale en cour restreinte et spécialisée. Stubbs[58]), très soucieux de précision, réserve le terme de magnum concilium à ce commune concilium évolué. Mais le spectre du commune concilium, qui hantait les esprits excédés par le despotisme maladroit de Jean sans Terre, allait ressusciter quand une institution nouvelle apparut, le Parlement.

§ 2. Période de limitation de l'autorité royale de 1215 à 1450.

Donc le roi s'entoure d'un conseil restreint et spécialisé, le magnum concilium. Dès le XIIIe siècle la conscience féodale fait place à la conscience nationale. Les guerres deviennent des entreprises nationales. La contribution de la nation se justifie d'autant plus que les ressources féodales du roi deviennent insuffisantes. D'autre part le peuple prétend imposer son consentement à ses propres impôts. La décision royale et l'assentiment du Conseil ne suffisent plus. De ces deux tendances naîtra un commune concilium nouveau, le Parlement qui ne sortira pas des débris de la féodalité, mais d'un élément nouveau, la commune, et d'un principe nouveau, la représentation.

Au magnum concilium — l'élément noble et professionnel — s'ajoutera donc les députés des communes — l'élément populaire —, union caractéristique du Parlement. Une chambre haute, une chambre basse. La chambre des Lords, la chambre des Communes. De ces points, les plus rebattus de l'histoire anglaise, nous dirons deux mots essentiels. La convocation de 1213 attribue à Jean sans

[57]) A. S.
[58]) S. II. 245 et 314.

Terre la première réunion représentative[59]). Des Parlements embryonnaires se succèdent jusqu'en 1295, date de la convocation par Edouard Ier d'un Parlement modèle. Et ce sera précisément le Parlement, en imposant au roi son concours, qui ouvrira la deuxième période. Mais avant d'être générale, la collaboration a débuté sur le plan fiscal. La Grande Charte[60]) donne le premier exemple de cette collaboration forcée. Seulement la Grande Charte est un retour au passé et ressuscite[61]) l'ancien commune concilium féodal en prescrivant la convocation des barons majeurs et mineurs. En ce sens elle est démodée aux esprits de 1215!

De l'omnipotence du roi en son Conseil que reste-t-il? Peu de chose. Déjà la division du travail avait confié la justice à des cours indépendantes (King's Bench, Chancery), créant ainsi la séparation de la justice ordinaire, de la justice extraordinaire, celle du roi en son Conseil. Le Parlement intervient. Il s'impose. Il limite les compétences du roi en son Conseil dans le domaine fiscal. Or la votation des impôts est une occasion de marché. Le Parlement étendra ses compétences et bientôt, avec le roi, il édictera des lois. Dès lors les lois émanant du roi en son Conseil se distinguent-elles des lois émanant du roi en son Parlement. Il serait plus exact de dire le roi et son Conseil en son Parlement, ce dont nous trouvons une formule approchante dans le premier statut de Westminster[62]), (1275).

La législation du roi en son Conseil groupe les ordonnances, les proclamations sous les Tudors et les Stuarts, enfin les actuels Orders in Council. Le roi en son Parlement édicte des actes du Parlement, cités sous deux appellations principales: provisions et statuts. Seul le dernier terme survivra à la deuxième période.

Comment le Parlement s'est-il immiscé dans le pouvoir législatif? Tel est le dernier problème à résoudre.

---

[59]) A. S. 40 et S. I, 634.

[60]) A. S. Grande Charte c. 12.

[61]) A. S. Grande Charte c. 14.

[62]) A. S.

On se rappelle[63]) que les Provisions d'Oxford (1258) s'étaient opposées à la création de writs nouveaux par le chancelier lui-même. Ne sont compétents que le roi et son Conseil. Mais le deuxième statut de Westminster venait adoucir en 1285 la disposition des Provisions en limitant le pouvoir innovateur du chancelier à la confection des writs in consimili casu. Le chancelier, ajoute le texte, peut confectionner le writ lui-même ou s'il n'admet pas le cas s'en rapporter au Parlement. Faut-il inférer de ce statut, assez elliptique, que le parlement est seul compétent pour les cas inédits? Oui. Mais c'est là semble-t-il une manœuvre des juges de common law qui siégeaient avec les barons majeurs dans la chambre haute. Car le writ — le texte est éloquent — sera rendu sur l'avis du Parlement avec l'agrément des juristes experts. Ce sont donc encore les juges de common law à la Chambre des Lords (c.-à.-d. en fait le Conseil) qui façonnent le droit. „Ne glosez pas le statut, nous le savons mieux que vous, car nous le fîmes"[64]), disait en 1305 Hengham, chief justice, à l'avocat qui s'ingéniait d'interpréter le deuxième statut de Westminster. Quoi de plus explicite?

Si je mêle les statuts et les writs, c'est que le législatif et le judiciaire sont encore confondus. Il est naturel que, faute de lois, la législation se développe à la barre. L'histoire des cours de common law en offre l'exemple typique et même excessif. Cependant le Parlement — en ce sens je l'oppose au Conseil du roi, considérant surtout la chambre basse — le Parlement dégagera le pouvoir législatif du pouvoir judiciaire. Voici de quelle façon. Par le droit de confectionner des writs nouveaux, le statut de Westminster ouvrait au Parlement la voie législative. Car accorder un writ inédit, c'est reconnaître une institution nouvelle. De là, à légiférer il n'est qu'un pas. Poursuivant sa politique d'extension, le Parlement réclamait en

---

[63]) Voir chap. II, § 1 le Common law.
[64]) L. 349.

1400[65]) une part au pouvoir judiciaire du Conseil, c.-à-d. de la chambre des pairs. Sa réclamation n'a pas abouti. Ainsi le Parlement se trouvait compétent en matière législative et non pas judiciaire, au milieu du XVe siècle, à l'époque où il acquit la suprématie. Pas un statut contre sa volonté, qu'est-ce donc sinon le monopole législatif. Du même coup tombait la suprématie législative du Conseil et des juges de common law, du même coup se réalisait la séparation du pouvoir judiciaire et législatif.

§ 3. Période de suprématie du Parlement s'ouvrant en 1450.

En 1450 la formule de l'entête des statuts varie. Le statut était rendu par le roi avec l'assentiment des Lords et à la requête des Communes. Dès lors il est établi par l'autorité du Parlement (by authority of Parliament)[66]). Cependant il émane toujours du roi. „Le roi le veut" est encore d'actualité. Comment se passerait-on du formalisme?

Cette dernière période voit le Parlement s'acheminer lentement, avec une brève éclipse sous les Tudors, vers la suprématie totale. N'avons-nous pas passé de la monarchie absolue à la monarchie tempérée en 1215, n'allons-nous pas entrer dans l'ère de la monarchie parlementaire? Nous ne dépasserons cependant pas les frontières juridiques. Nous suivrons le Parlement dans les péripéties qui ont consommé son triomphe en déclarant la suprématie du statut. Suprématie à l'égard de la législation du roi en son Conseil et suprématie de la loi écrite sur le droit judiciaire. Nous suivrons l'ordre chronologique.

Le premier incident[67]) date du mémorable dimanche matin 10 novembre 1607 où les juges furent convoqués par Jacques Ier. Le roi prétendait reprendre place à son banc de King's Bench délaissé cinq siècles auparavant par les

---

[65]) I. Hen. IV. voir C. 125.

[66]) Hogan and Powell, 52.

[67]) A. S. Case of Prohibitions et L. 367.

Plantagenets. Il étendait même sa prétention à toutes les cours de Westminster. Mais le célèbre Coke, en cette année chief justice de Common Bench, interprétant un statut du temps d'Edouard III (2 Ed. III c. 9) dénia au roi son droit de juger en personne aux cours ordinaires et poussant plus avant sa redoutable logique il invoquait un autre statut du même Edouard (43 Ed. III c. 3), qui garantissait les justiciables contre les juridictions extraordinaires. Le roi contournant cette argumentation infranchissable prétexta que le droit est fondé sur la raison et que quiconque est raisonnable a les qualités du juge. La connaissance du droit, répondit Coke, requiert une longue étude et expérience et la raison, d'un roi même, n'est pas susceptible de conférer l'étoffe d'un juge. Et comme le roi, à bout d'arguments, s'offensait d'être placé sous la loi, Coke lui lança la sentence de Bracton: „Rex non debet sub homine esse, sed sub Deo et lege", donnant ainsi „la plus piquante leçon de jurisprudence qu'ait jamais subie souverain désireux de renouer inconsidérément avec la tradition"[68]).

Trois ans plus tard Coke reprenait les armes. Le 20 septembre 1610, il s'attaquait aux proclamations[69]). En effet, depuis l'avènement du Parlement, on distinguait le statut émanant du roi en son Parlement de l'ordonnance rendue par le roi en son Conseil. Cette forme de législation condamnée par un statut du temps d'Edouard III, reparut sous les Tudors dans les proclamations. La gaucherie un peu écossaise de Jacques Ier souleva contre ces lois royales un tollé général. Coke s'en mêla et les proclamations ne survécurent pas à l'implacable logique du common lawyer[70]).

Mais déjà l'orage grondait de la Chancellerie. En 1616 il éclata. Seulement le common law était vieilli, ses principes ne résistèrent plus au modernisme de l'equity. Enfin Jacques Ier avait une revanche à prendre. Il ap-

---

[68]) L. 102.

[69]) A. S. Case of Proclamations.

[70]) Les Orders in Council actuels sont des arrêts administratifs.

puya la Chancellerie[71]). Coke se perdit et fut suspendu de ses fonctions[72]). Si la victoire revint au chancelier Ellesmere, l'antagoniste de Coke, ce n'est pas uniquement en raison du coup porté par Jacques Ier. La supériorité de l'equity répondait à la réalité, preuve en est la survivance de cet état jusqu'au Judicature Act de 1875.

Coke entre temps avait passé au Parlement. Il changea d'armes. Renonçant à sauver le common law, qui déjà sombrait, il s'est appliqué à rendre le Parlement dépositaire de ce common law et consommer la suprématie de la loi. En 1628, à 80 ans, il gagnait la partie. Par un discours, le dernier qu'il prononça, il souleva l'enthousiasme des Communes, arrachant l'approbation formelle du roi Charles Ier à la fameuse Pétition des Droits[73]). „Personne ne peut être jugé autrement que par les coutumes, les lois établies et les actes du Parlement". La signification de ce texte imprécis apparaît à l'étude du Case of Proclamations[74]) qui ne reconnaît d'autre loi que la coutume, le common law, et le statute law. Les lois établies sont donc les principes dégagés par les cours de common law. Mais la Pétition des Droits borne le champ du common law au droit établi. C'est en un mot concéder au Parlement le monopole législatif. Ainsi la supremacy of Parliament a consacré la supremacy of law. Ainsi le Parlement, devenu après les cours de common law le champion des libertés anglaises, gardera intact et jusqu'à nos jours la vieille coutume. L'œuvre de Coke était achevée, il pouvait s'en aller. Nous citerons en épilogue une phrase de Levy-Ullmann[75]), toute française de grâce: la Pétition des Droits „ne confirmait pas seulement d'une manière éclatante la doctrine de la suprématie de la loi, elle était aussi le salut déférent du vieux common

---

[71]) L. 526 et C. 167.
[72]) L. 368.
[73]) A. S.
[74]) A. S.
[75]) L. 368.

lawyer à la puissance et à l'omnipotence de la source du droit" (le common law).

IIe Partie.

L'Esprit du droit anglais.

Les juristes anglais connaissent mal les droits continentaux. Aussi dans leur droit anglais, ils voient des couleurs uniques où la science comparative révèle des tonalités simplement plus prononcées que sur le continent. D'autre part les auteurs continentaux s'inspirent trop largement des auteurs d'outre-Manche. La critique scientifique, entravée d'ailleurs par les légendes d'un Blackstone, n'a pas donné sa mesure. On saisit dès lors la raison pour laquelle le droit anglais est apparu, même aux yeux d'un juriste continental, comme une pierre précieuse aux couleurs uniques qui sommeille dans un musée. Sur le continent s'est enfin bâti une doctrine d'étude tendancieuse, doctrine qui spécifie le droit anglais selon quatre caractères: droit peu romanisé, droit en partie non écrit, droit en partie judiciaire, droit historique.

Chapitre Ier

Droit peu romanisé.

Le droit anglais s'est édifié sur les fondations de la coutume anglo-saxonne et non pas sur la base du droit romain. Toutefois le droit anglais s'est trouvé à deux reprises[76]) enrichi de la contamination du droit romain. Ces deux réceptions — pour reprendre le terme propre — n'ont pas été générales mais limitées.

§ 1. La première réception.

(XIIe et XIIIe siècle.)

La renaissance romaniste du XIIe siècle a trouvé en Angleterre deux terrains fertiles: l'Eglise et l'Université.

[76]) Levy-Ullmann en considère trois. Voir L. 293.

Toutes deux professent le civil law, le droit romano-canonique.

Les juridictions, en vogue au XIIe et XIIIe siècle, rejetèrent, dit la tradition anglaise, le civil law. Preuve en est la réponse[77]) des barons assemblés à Merton en 1235, à la question posée par les évêques sur l'introduction d'une institution romaine. „Et omnes barones et comites responderunt quod nolunt leges Angliae mutare". Blackstone[78]) s'est rué sur ce texte. Il en concluait à l'opposition absolue des barons d'Angleterre contre le clergé qui tentait de faire prédominer le civil law. Or cette disposition concernait la légitimation des enfants par mariage subséquent. En induire une attitude générale des barons à l'égard du clergé, mieux encore une opposition entre le common law et le civil law, me semble abusif. Et Blackstone poursuit en citant un statut de 1380 où les barons se seraient écriés que jamais le civil law n'avait gouverné[79]) et ne gouvernerait le royaume. Inspiration prophétique, dit Blackstone. Encore une fois ne nous laissons pas abuser par la lettre! Les statuts se façonnent et se discutent au sein d'une assemblée politique et nous savons les exagérations qui se débitent dans les conseils politiques.

Quant à l'enseignement universitaire, la tradition anglaise a plongé dans la légende. L'interdiction[80]) de professer le civil law, lancée vers 1150 par Etienne, est une fiction. Au XIIIe siècle encore bien des conjectures. Une ordonnance[81]) de Henri III en 1234 sur l'enseignement du droit, a exercé l'ingéniosité des interprétateurs. Les common lawyers venaient de fonder des instituts de droit

---

[77]) A. S. Provisions de Merton.

[78]) B. intr. sect. 1, p. 25.

[79]) On peut en douter car à l'époque saxonne l'autorité ecclésiastique est mêlée à la juridiction laïque. La séparation des cours spirituelles et temporelles est l'œuvre de Guillaume le Conquérant. Voir A. S. 1.

[80]) B. intr. sect. 1, p. 24.

[81]) B. id. p. 33.

commun à Londres, les Inns of court. Or, l'ordonnance de 1234 comportait l'interdiction à tout régent d'école à Londres, d'enseigner les lois. Selden[82]) y découvre la condamnation du civil law. Coke [82]) et Blackstone[82]), plus avertis, laissent planer un doute. Car „loi" peut désigner les lois romaines comme les lois anglaises. L'ordonnance visait vraisemblablement à développer ces „séminaires naissants" en leur réservant l'enseignement du common law.

Il n'en reste pas moins que le droit romain a conféré une méthode scientifique aux premiers auteurs classiques: Glanville et Bracton. Le Tractatus de Glanville, confesse Holdsworth[83]), démontre l'influence du droit romain. Bracton[84]), en puisant dans les Pandectes, leur emprunte la classique division des contrats.

Mais l'apport des romanistes a rencontré l'hostilité des common lawyers des siècles suivants. „La graine romaine sécha" et quand „après un sommeil de six siècles" les vieux principes surgirent en cour d'Angleterre, Levy-Ullmann[85]) ne manque pas de rapprocher cette étrange destinée de celle „des semences retrouvées dans le tombeau du Pharaon qui engendrent aujourd'hui, sur les bords du Nil, des moissons nouvelles".

§ 2. La deuxième réception (XVIe et XVIIe siècle).

La doctrine anglaise reste encore sceptique sur la valeur de la première réception. Maitland[86]) en parle comme d'un flirt de jeunesse dont le common law devait se repentir longtemps. La deuxième réception constitue, sans conteste et au dire des auteurs anglais, un enrichissement.

---

[82]) B. id. p. 33 où sont exposés l'avis de Selden et celui de Coke.
[83]) L. 298.
[84]) L. 305.
[85]) L. 302.
[86]) L. 299.

Au XVIe siècle, les civilians occupent toujours les chairs d'universités. La suppression de l'église romaine allait amputer le civil law du droit canon. Mais les Tudors soutinrent ce civil law boiteux, car le droit romain restait l'aliment des sciences internationales: maritime, commerciale et diplomatique.

Le civil law ne s'est pas confiné aux sphères universitaires. Il fit la fortune des cours d'equity — notamment la Chancellerie et la Chambre Etoilée — il fut l'âme des cours ecclésiastiques et l'inspirateur de la juridiction d'Amirauté. Nous laisserons les cours ecclésiastiques et la Chambre Etoilée dans l'ombre. De la cour de Chancellerie, sujet abondamment traité[87]), nous rappellerons que les principes d'equity ont rénové le common law et comblé ses lacunes. En ce sens le droit anglais lui est principalement redevable de la deuxième réception. Quant à l'Amirauté, dont nous avons retracé la vie[87]), nous avons montré l'héritage considérable laissé par cette juridiction au common law. Si la cour d'Amirauté disparut au XVIIe siècle, l'absorption de son droit date du XVIIIe siècle. Son importance et son intégration tardive lui valurent un chapitre spécial de Levy-Ullmann[88]), comme élément d'une troisième réception de droit romain.

* * *

Que faut-il conclure de ces réceptions?

Les juristes anglais qui ne tarissent pas d'éloges sur leur droit commun, autochtone selon eux, admirent hautement ses qualités d'absorption. Leurs considérations sur l'aventure du droit marchand sont typiques. Mais en constatant la création et d'un droit marchand et d'une juridiction d'équité hors du grand laboratoire des cours de common law, on est en droit de conclure à une déficience de ces cours.

---

[87]) Voir supra Ière partie, chap. II.

[88]) L. 293.

Ce n'est pas tout. Ces éléments complémentaires ne furent-ils pas importés par des étrangers? Les Français en particulier, n'ont-ils pas introduit à plusieurs reprises, dans cette race un peu rétive, le ferment de modernisme, n'ont-ils pas apporté à ce peuple traditionnaliste, leur génie innovateur? En effet, les Normands ont donné l'impulsion par leur politique centralisatrice, au développement du common law. Et quand le droit bâti par les common lawyers anglo-saxons, 150 ans plus tard, s'est révélé insuffisant, ce sont des Français, les rois angevins, qui engendrèrent la juridiction d'equity. C'est enfin à l'influence continentale[89]), française principalement, que la race mercantile des Anglais doit la création d'un droit marchand. Et pour ne pas omettre l'institution capitale, celle qui a sauvé l'Angleterre des excentricités d'une dynastie écossaise, le Parlement, c'est encore en partie l'œuvre de Français, les premiers Plantagenets et Simon de Montfort.

Chapitre II.

Autres caractères.

Dans ce chapitre nous grouperons les caractères du droit anglais qui nous paraissent étroitement liés l'un à l'autre: droit historique et, partiellement, non écrit et judiciaire. Dans ce domaine surtout les auteurs anglais ont observé une discipline dogmatique. Dans ce domaine surtout la critique scientifique a lutté imparfaitement contre les hérésies d'une doctrine d'étude traditionnelle.

§ 1. Droit en partie non écrit.

Nous avions, au début de notre étude[90]), esquissé la division de Blackstone du droit anglais en droit écrit et non écrit. Le droit non écrit comprend le customary law et le case law, le droit écrit englobe le statute law. Cette

[89]) Voir supra, Ière partie, chap. II § 3. Voir aussi L. 320.
[90]) Voir Ière partie.

division bipartite est fondée sur l'autorité attachée au droit. Le droit écrit, dit Blackstone, puise sa force dans la lettre, le droit non écrit dans son usage immémorial et son universelle réception.

„I therefore style these parts of our law leges non scriptae because their authority is not set down in writing, as acts of Parliament are, but they receive their binding power and the force of law by long immemorial usage and by their universal reception throughout the kingdom"[91]).

Nous avions apporté[92]) au chapitre du statute law un correctif important à la notion blackstonienne de droit écrit. Le statute law n'est que partie du droit écrit. Un autre correctif s'impose. Selon la définition citée, la loi non écrite ne tire pas son autorité de la lettre. A contrario le droit écrit tire sa force de la lettre. Pareille définition me paraît inadéquate. Le droit écrit tire son autorité du fait qu'il émane du roi et d'un corps constitutionnel. La lettre n'est relative qu'au mode d'application du droit. Le droit statutaire s'impose à la lettre et non pas en vertu de la lettre.

Bref, qu'en est-il du droit non écrit et quelle est la source de son autorité? L'autorité du droit non écrit dérive de son usage immémorial et de sa réception dans tout le royaume. L'usage immémorial est vrai pour les coutumes ancestrales, mais locales, qui préexistaient à l'invasion normande, en un mot pour le customary law. L'universelle réception s'applique surtout au droit façonné par les cours unificatrices des Normands, c'est-à-dire au common law. Nous nous arrêtons au common law naissant[93]), tout empreint de la vieille coutume, qui n'est autre en fait qu'un customary law unifié. Ce n'est pas encore le système juridique édifié par les cours.

---

[91]) B. intr. sect. 3, p. 96.

[92]) Voir Ière partie, chap. III.

[93]) Sur les diverses significations du mot common law, lire L. chap. I.

§ 2. Droit en partie judiciaire.

Sur les coutumes générales du royaume s'est édifié un droit judiciaire, le case law. Non pas sur les diverses coutumes valables uniquement en raison de leur immémorialité mais bien sur les coutumes générales, celles faisant l'objet d'une réception dans tout le royaume. Le droit coutumier est donc devenu judiciaire.

Or l'autorité du droit non écrit, selon Blackstone, dérive de son usage immémorial et de son universelle réception. Cette définition s'applique limitativement à mon avis aux coutumes immémoriales et à la coutume générale qui servit de fondement au droit judiciaire. Mais le droit judiciaire qui se développait au XIIIe siècle nécessita une légitimation propre. On trouva la notion de la force obligatoire du précédent (the binding force of the precedent). Tel système juridique, telle mystique!

Comment s'appliquera le droit judiciaire? A la lettre ou selon l'esprit? Selon l'esprit. Parce que le droit judiciaire est bâti sur les jugements et que deux causes ne sont jamais identiques. Le travail du juge n'est pas ici un travail d'application mais d'interprétation. Le juge ne doit pas s'arrêter à la lettre des jugements précédents, il doit rechercher pour des causes semblables, les mobiles de la ratio decidendi de ses devanciers. Bref, le juge doit à travers la lettre retrouver l'esprit du jugement.

Ainsi les juges en façonnant le case law auraient conservé intact l'esprit de la vieille coutume. Le droit judiciaire serait un prolongement du droit coutumier. Blackstone[94]), dans une de ses magistrales inventions, estime même trouver en puissance dans le droit coutumier tous les principes dégagés par la suite en cours de justice. Le juge est donc le vivant oracle de la loi. Cette théorie ridicule par son excès se qualifie de théorie déclaratoire du droit. Bentham[95]) a ruiné, au siècle dernier, le postu-

---

[94]) B. intr. sect. 3, p. 104.

[95]) Ancel — Le common law, p. 97.

lat de Blackstone, en assimilant le juge au législateur dans la théorie de la création du droit par le juge. Judge made law, dit-il. La vérité me paraît entre deux. Le juge de common law a légiféré, oui mais avec l'observance du précédent. Seulement l'observance selon l'esprit et non pas à la lettre. Créateur et non pas seulement oracle, tel est le juge. Malheureusement la routine a encrassé les rouages du case law et, nous avons tenté de le prouver, le common law est tombé en désuétude le jour où la lettre a prédominé. Car la lettre a bloqué l'évolution. Et la création de la juridiction d'equity, n'est-ce pas la renaissance de l'esprit?... Mais, spécifions, sur d'autres bases[96]).

En tout cela faut-il voir des caractères spécifiquement anglais? Non. N'avons-nous pas un droit judiciaire? Le code est à la base, certes, mais il n'a d'autre fonction que de donner des directives à la jurisprudence. Car la lettre est morte et le droit s'anime à la barre. Ainsi l'argumentation de nos avocats est fondée sur la jurisprudence. La force obligatoire du précédent? Nous la connaissons. Quel tribunal local prononcerait un jugement efficace à l'encontre des dispositions formulées par le Tribunal Fédéral? Comme en Angleterre nos tribunaux observent leurs propres décisions et considèrent la jurisprudence de juridictions égales. Enfin la théorie de Bentham du „judge made law" n'est-elle pas vraie pour nous aussi en partie? Car nous admettons même ce que les Anglais appellent les leading cases, les jugements qui liquident une controverse. Et pour achever ce parallèle, rappelons que les records et les reports ne sont pas des originalités anglaises. Une seule différence, bien minime chez nous et peut-être inexistante en Allemagne, la doctrine. En Suisse point de vénérables sages de la loi. Pourtant l'avis d'un auteur est susceptible d'infléchir la décision de nos juges. Nous avons donc un droit non écrit.

---

[96]) Non pas sur la loi anglaise mais sur le civil law.

Où sont alors les particularités du droit anglais? Peut-être dans sa qualité de droit historique.

§ 3. Droit historique.

Le droit anglais ne connaît pas de séparation entre le droit actuel et le droit historique. Des lois en vigueur aujourd'hui remontent haut dans le passé. J'ai relevé dans le Digeste de Jenks[97]) quelques exemples à l'illustration de ces constatations.

Le privilège de pêche sur une rivière de marée ou sur un bras de mer, doit être antérieur à 1189[98]), sinon seul le droit statutaire peut le concéder. Cette disposition figure dans un statut de 1225[99]). Autre exemple. La progéniture des animaux appartient au propriétaire de la femelle[100]). On conçoit fort bien que l'appropriation d'une progéniture puisse susciter une contestation. Les Year-Books de 1344 apportent la solution. Ainsi, parce que les murs des tribunaux anglais sont susceptibles d'entendre au XXe siècle avancer, à l'appui d'une prétention, des dispositions médiévales, voire même immémoriales, on qualifie le droit anglais de droit historique. En 1922 un avocat aurait même invoqué un texte datant de 695[101]). Ce sont donc les morts qui rendent la justice! N'exagérons pas. Ce sont là des cas exceptionnels. Le dixième seulement des actes cités par Jenks sont antérieurs aux Hanovres, et les quatre cinquièmes datent du XIXe et du XXe siècle. De même la majeure partie du case law cité ne dépasse pas le seuil du XIXe siècle. Enfin la coutume occupe une place restreinte[102]).

Le droit anglais est donc échafaudé principalement sur la législation et la jurisprudence modernes.

* * *

[97]) Jenks, Digeste de droit civil anglais.

[98]) Limite du time of memory. Voir supra Ière Partie, chap. 1.

[99]) Jenks Digeste, art. 1229.

[100]) Jenks Digeste, art. 1553.

[101]) L. 38.

[102]) Jenks Digeste, art. 1437 à 1452 et art. 16.

Mais quelles sont les originalités du droit anglais? La question revient inlassable et sans réponse. Nous répondrons: le droit anglais n'est pas codifié. Et là plane encore le doute. Car n'y a-t-il pas de petites codifications, ces consolidations acts[103]) dont le Parlement use depuis 1862? La codification est encore parcellaire mais le droit écrit, qui chasse peu à peu le droit judiciaire de son domaine, réalisera de fait la codification. Aussi ce n'est plus une gageure d'affirmer que l'Angleterre a son code, mais un code qui laisse, en certains points, le droit plonger ses racines uniquement dans la jurisprudence ou les auteurs.

Ce sont donc ces caractères un peu particuliers auxquels s'ajoutent les exemples plaisants de références médiévales qui confèrent au droit anglais une place spéciale dans la science juridique. Faut-il encore affirmer avec la doctrine que le droit anglais est semé d'originalités? . . . Non pas originalités, mais caractères plus accusés que sur le continent. Non pas couleurs uniques, croyons-nous, mais tonalités plus prononcées.

---

[103]) Ex. le Partnership act. de 1890.