

La résolution des conflits

Justice publique et justice privée :
une frontière mouvante

Sous la direction de
Serge Dauchy, Véronique Demars-Slon
Annie Deperchin, Tanguy Le Marc'hadour
Coordination
Sarah Castelain

Rapport de recherche

- ☒ *Approches épistémologiques*
- ☒ *Résolution des conflits en matière pénale*
- ☒ *Résolution des conflits familiaux*
- ☒ *Les conflits entre peuples*
- ☒ *La résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés*
- ☒ *La résolution des conflits en matière de commerce, terrestre et maritime*

Convention de recherche
GIP Mission de Recherche Droit et Justice
n° 500530

Lille, septembre 2008

TABLE DES MATIERES

EN GUISE D'INTRODUCTION.....	4
« APPROCHES EPISTEMOLOGIQUES ».....	6
<i>L'arbitrage, une pratique au service du reglement pacifique des differends</i>	7
YVES JEANCLOS.....	7
<i>La justice penale, entre justice publique et justice privatee ?</i>	15
MICHEL VAN DE KERCHOVE	15
<i>Justice privatee et justice publique. Approches de l'historiographie (France, XVIII^e-XX^e siecles)</i>	23
JEAN-CLAUDE FARCY	23
<i>La force du contrat de transaction</i>	33
EVELYNE SERVERIN.....	33
<i>Justice traditionnelle et justice moderne dans l'Afrique des grands lacs</i>	44
JACQUES FIERENS	44
« LA RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE PENALE, ENTRE PACIFICATION, REPRESSION ET REPARATION »	54
<i>La transaction devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au debut du XV^e siecle : L'exemple de l'affaire Broquel</i>	55
RAPHAËL ECKERT	55
<i>Compromis, transaction, cession de droits en matiere penale XVI^e-XVIII^e siecle</i>	64
RENEE MARTINAGE	64
<i>Une autre justice ? Les voies « alternatives » dans l'ancienne procedure criminelle</i>	74
ÉRIC WENZEL	74
<i>Un exemple d'implication des parties dans la resolution du conflit en justice : la participation des plaideurs dans les proces pour injures devant le Parlement de Toulouse (XVII^e-XVIII^e siecle)</i>	79
ISABELLE ARNAL-CORTHIER	79
<i>Vengeance et reparation dans une societe sans etat, le cas des Wayuu</i>	84
GERARD COURTOIS	84
<i>Les nouveaux modes de traitement des delits et la place des parties</i>	92
JEAN DANET	92
<i>Les audiences pour mineurs en maison de justice. Rappel a la loi, mediation : au-dela de l'opposition prevention/repression ?</i>	102
ISABELLE COUTANT	102
<i>Conclusions</i>	112
LOUIS DE CARBONNIERES	112
« LA RESOLUTION DES CONFLITS FAMILIAUX »	115
<i>Conflits familiaux et mediation clericale dans la France du XVII^e siecle</i>	116
ANNE BONZON.....	116
<i>L'intervention de l'intendant dans la resolution des conflits familiaux : l'exemple de l'intendant d'Auvergne au XVIII^e siecle.</i>	128
VIRGINIE LEMONNIER-LESAGE	128
<i>La famille assemblee en tribunal, instance de pacification conviviale ou authentique juridiction arbitrale ?</i>	140
JERÔME FERRAND	140
<i>Les solutions aux conflits en matiere de divorce religieux du XIX^e siecle a nos jours. Le cas de refus de delivrance du gueth en droit interne</i>	152
FLORENCE RENUCCI.....	152
<i>Le juge, la famille et les epoux : un trio classique ?</i>	162
REGINE BEAUTHIER	162
BARBARA TRUFFIN	162
<i>Les techniques legislatives de resolution des conflits familiaux</i>	183
CATHY POMART.....	183
CONCLUSIONS	199
FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ.....	199

« LES CONFLITS ENTRE PEUPLES. DE LA RESOLUTION LIBRE A LA RESOLUTION IMPOSEE »	204
<i>Contribution du droit canonique de l'Eglise catholique romaine dans la resolution des conflits entre peuples. Procedures et etudes de cas.</i>	205
JEAN-PAUL DURAND.....	205
<i>Der Jay-Vertrag (1794) als Geburtsstunde der modernen internationalen Schiedsgerichtsbarkeit ? Zur Entstehung eines undifferenzierten Geschichtsbildes.....</i>	214
KARL-HEINZ LINGENS	214
<i>"par amour" oder "par droit"? Die Verrechtlichung der zwischenstaatlichen Konfliktlösung im 19. Jahrhundert</i>	226
SEBASTIAN KNEISEL	226
<i>La competence de guerre des etats</i>	234
HÉLÈNE TIGROUDJA.....	234
<i>Das Nationalitätsprinzip: der italienische Weg zum Völkerrecht*.....</i>	242
LUIGI NUZZO	242
<i>Le sentiment national dans l'eclatement de la guerre de 1914</i>	260
JEAN-JACQUES BECKER	260
<i>Sortir de la Grande Guerre : Le droit des peuples et la construction de la paix</i>	263
ANNIE DEPERCHIN	263
<i>Rex superior</i>	273
<i>Die Internationalität der Hofkultur und die Regionalität ihrer Konfliktlösung.....</i>	273
<i>im westeuropäischen Spätmittelalter.....</i>	273
MARTIN KINTZINGER.....	273
<i>La definition des droits de la puissance occupante par la Commission allemande d'armistice de Wiesbaden, 1940-1942.</i>	290
CLEMENT MILLON	290
<i>Le role de la Cour internationale de Justice dans la resolution des conflits entre peuples : de la justice a la reconciliation.....</i>	299
MATHIAS FORTEAU.....	299
« LA RESOLUTION DES CONFLITS ENTRE GOUVERNANTS ET GOUVERNES ».....	312
<i>Désamorcer le conflit. La portée du discours législatif au XV^e siècle</i>	313
ANNE ROUSSELET-PIMONT	313
<i>A la recherche de son juge dans le ressort du parlement de Flandre.....</i>	323
RENAUD LIMELETTE	323
<i>Grâce et politique. La grâce des condamnés de la commission mixte du département de l'Hérault : 1852-1859.....</i>	333
ERIC DE MARI	333
<i>Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'etat belge (1831-1946)*</i>	343
FRANÇOISE MULLER	343
<i>L'évolution de la protection juridictionnelle des gouvernés face aux gouvernants en Belgique de 1830 à nos jours</i>	359
PIERRE-OLIVIER DE BROUX	359
XAVIER DELGRANGE	359
<i>Legitimite judiciaire et democratie : la fonction judiciaire aura-t-elle l'aptitude d'integrer en sa citadelle, les modes alternatifs de reglements des conflits ? comment ?.....</i>	369
ERIC BATTISTONI.....	369
« LA RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE DE COMMERCE, TERRESTRE ET MARITIME »	410
<i>La resolution des conflits en matiere de commerce a travers les archives du Parlement au XIII^e siecle..</i>	411
JEAN HILAIRE.....	411
<i>„Staubigen Fußes“. Mittelalterliche Gerichtsbarkeit und die Bedürfnisse der Kaufleute.....</i>	422
ALBRECHT CORDES	422
<i>Konfliktlösungen im internationalen Seehandel der Hansezeit</i>	433
CARSTEN JAHNKE	433
<i>Brüder unter sich – die Handelsgesellschaft Brentano vor Gericht. Elemente privater Konfliktlösung im Reichskammergerichtsprozess.....</i>	440
ANJA AMEND-TRAUT.....	440

<i>Le Naufrage, un événement conflictuel au XVIII^e siècle. L'exemple de l'Amirauté de Cornouaille</i>	447
PIERRICK POURCHASSE.....	447
<i>Marine et droit, des rapports très élastiques (XVIII^e – XIX^e siècles)</i>	453
CHRISTIAN PFISTER-LANGANAY.....	453
<i>Formen der Konfliktlösung im Handels- und Seerecht in Nürnberg, Hamburg und Leipzig zwischen 1500 und 1800</i>	466
KARL OTTO-SCHERNER.....	466
<i>Les modalités de règlement des conflits commerciaux entre la France et les Etats-Unis au tournant du XIX^e siècle : un révélateur du fonctionnement des réseaux marchands</i>	474
SILVIA MARZAGALLI.....	474
<i>Seehandelsrechtliche Streitigkeiten vor dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands (1820-1848)</i>	482
PETER OESTMANN.....	482
<i>La résolution des conflits en droit maritime : le choix entre un compromis, une transaction amiable, un arbitrage ou du contentieux illustré au travers l'abordage de la 'Ville de Victoria' (1886-1889)</i>	487
ESTELLE ROTHWEILER-REHAULT.....	487
<i>La résolution des conflits commerciaux d'après les conférences régionales des juges consulaires : l'exemple de la 1^{ère} conférence régionale de Riom en 1899</i>	497
FLORENT GARNIER.....	497
<i>Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht</i>	502
ÜLRIKE MÜBIG.....	502
CONCLUSIONS GENERALES	519

EN GUISE D'INTRODUCTION

L'histoire de la résolution des conflits est traditionnellement présentée comme directement dépendante de celle de la puissance du pouvoir central. En effet, l'un des signes les plus marquants de la souveraineté étatique réside dans la prise en charge de la résolution des conflits, et c'est bien dans l'organisation de la justice publique que l'Etat trouve le moyen d'imposer sa souveraineté et de remplir sa fonction de garant de la paix intérieure. Ainsi, la croissance de l'autorité aurait pour corollaire celle de sa capacité à juger les conflits. A l'inverse, les périodes de faiblesse de l'autorité centrale entraîneraient un affaiblissement corrélatif de la justice publique et permettraient l'épanouissement des modes de résolution négociés. Ce schéma historique correspond à peu près à celui de la formation des états européens dans le courant du Moyen Age et à l'époque moderne, périodes pendant lesquelles l'affirmation de l'Etat et de sa vocation justicière étaient étroitement liées.

Néanmoins, cette idée mérite d'être nuancée car elle aboutit à opposer arbitrairement justice étatique et modes alternatifs de résolution des conflits. Or, justice publique et privée, loin de s'opposer systématiquement, ont coexisté à toutes les époques, et se sont parfois même complétées. A ce sujet, il convient de souligner que l'Etat n'a jamais voulu s'assurer le monopole du règlement des conflits, mais simplement la primauté. Ainsi, en instaurant ou en cautionnant des pratiques telles que l'arbitrage ou la transaction, l'autorité publique a laissé aux justiciables les moyens de gérer eux-mêmes leurs conflits tout en se réservant la possibilité d'en assurer la sanction finale. Cette affirmation, valable pour l'Etat médiéval, l'est également pour l'Etat moderne et contemporain. Dans cette mesure, les pratiques conventionnelles participent peut-être d'un infra-judiciaire, et témoignent d'une volonté de l'Etat de laisser à la société le soin de s'autogérer à partir du moment où il assure le contrôle final.

De cette réflexion sur les rapports entre justice publique et privée en naît une autre : celle du rapport entre les types de conflits et les modes de règlement choisis. Face à la diversité des modes de résolution existants, on peut se demander comment et par qui la répartition est effectuée? Est-elle choisie par les justiciables ou imposée par l'Etat ? Pour quelles raisons et selon quels critères ? La question de l'opportunité du mode de résolution est en effet tout aussi importante que celle de sa nature.

Cette recherche, qui s'inscrit dans la continuité des travaux déjà menés avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice sur le thème de la résolution des conflits¹, poursuit plusieurs objectifs.

En premier lieu, elle est destinée, à travers une étude historique s'étendant de l'Antiquité à nos jours, à restituer la généalogie des rapports entre justice étatique et modes alternatifs de résolution des conflits. Cette étude n'a pas pour unique objet de décrire les modes de résolution et de régulation des litiges à travers les âges, mais vise surtout à rechercher les ruptures et les continuités dans la manière de rendre la justice et à déterminer l'influence du contexte politique et social en la matière.

Nous voulons également apporter à notre recherche une dimension internationale. Il nous semble en effet que la comparaison de notre système juridique avec celui de pays voisins, comme l'Allemagne ou les états membres du Bénélux, peut être riche en enseignements en raison de la diversité de leur histoire, de leurs institutions et des politiques poursuivies. Il conviendra en outre d'envisager une comparaison avec les pays anglo-saxons, dont l'histoire judiciaire et le système juridique fondé sur la Common Law présentent une profonde originalité par rapport aux nôtres. En outre, l'appel à des chercheurs étrangers permettra d'obtenir leur point de vue sur notre système juridique et judiciaire et notre manière de résoudre les litiges.

¹ Mars 2001, *Les modes alternatifs de résolution des conflits : approche générale et spéciale* ; avril 2001, *Les représentations sociales du règlement des litiges. Le cas des modes alternatifs* ; mai 2001, *Les modes alternatifs de règlement des conflits : un objet nouveau dans le discours des juristes français ?*

Enfin, parce que la recherche actuelle ne peut plus se cantonner aux considérations de spécialistes d'une seule discipline sur un problème, nous convions des chercheurs et universitaires de disciplines différentes afin de donner à nos journées un important aspect pluridisciplinaire.

« *Approches épistémologiques* »

Notre droit actuel met à la disposition des justiciables et des professionnels de la justice tout un arsenal juridique, renforcé depuis les années 90' par la multiplication des modes alternatifs de résolution des conflits, pour que l'issue d'un litige intervienne le plus rapidement possible et à moindres frais. Face à la diversité des modes de résolution existants (conventionnel, juridictionnel, d'essence publique ou privée), comment et par qui la répartition des matières est-elle effectuée ? Relève-t-elle d'un choix des parties ou est-elle imposée par l'Etat ? Pour quelles raisons et selon quels critères ?

C'est afin d'apporter des réponses à toutes ces interrogations que notre projet de recherche, mené sous un angle comparatif et pluridisciplinaire, s'étendra à plusieurs pays d'Europe (France, Allemagne, Benelux) et couvrira un champ chronologique allant du Moyen Age à nos jours.

Notre cycle de journées d'étude débutera par une journée épistémologique destinée à apporter l'éclairage de spécialistes dans diverses disciplines sur les notions de justice publique et privée. Celle-ci sera suivie de cinq autres journées, dédiées chacune à l'étude d'un type particulier de conflit, afin d'envisager les différents modes de résolution qui y ont été appliqués hier et aujourd'hui, en France et ailleurs, mais également de proposer des pistes de réflexion pour l'avenir.

YVES JEANCLOS

Professeur à la Faculté de Droit
Université Robert Schuman - Strasbourg
yves.jeanclos@urs.u-strasbg.fr

L'arbitrage¹ est le mode le plus efficace de règlement pacifique des différends, pour mettre un terme à un différend entre deux parties. Il découle de la volonté des parties de trouver le plus rapidement possible et à l'avantage de chacune une solution, dont la décision est confiée à des tiers agissant en marge des normes juridiques ordinaires.

Après une longue période de mise à l'écart de l'espace couvert par le droit civil et pénal, l'arbitrage semble retrouver la faveur du législateur et du politique conscients de la surcharge et de la lenteur des instances judiciaires régulières. A l'instar de son court essai pendant les années de transition post-révolutionnaires, en application du Décret des 16-24 Août 1790 sur l'Organisation Judiciaire, titre I, l'arbitrage est réinséré dans le dispositif juridictionnel russe au lendemain de l'échec du modèle marxiste-léniniste. Il est l'objet de réflexions actuelles sur sa réintroduction en France, afin de faciliter le règlement des différends entre les personnes privées et possiblement entre elles et les administrations.

Le monde du XXI^e siècle, comme celui des XIII^e-XV^e siècles, est traversé par des rivalités politiques, militaires et économiques entre les responsables politiques de différents Etats. Il est souvent au seuil d'un conflit mettant en péril la paix civile et le développement économique. Aussi doit-il disposer de mécanismes permettant au mieux l'évitement du conflit, au pire l'exacerbation de la violence et, entre ces deux solutions, l'accession à la résolution pacifique du différend. La société internationale du début du XXI^e siècle connaît toujours la guerre aux abords de l'Union Européenne -dans les Balkans, ou dans son voisinage éloigné- en Irak ou au Proche-Orient. Elle s'efforce cependant de prévoir des techniques de prévention des conflits, en insérant des mécanismes spécifiques dans les textes fondateurs d'Organisations Internationales - OSCE en 1994, Union Africaine en 2001 -. Elle sait le peu d'efficacité de juridictions internationales, qui, à l'instar de la Cour Internationale de Justice de La Haye, se prononcent sur un différend opposant deux Etats -telle l'affaire opposant le Cameroun et le Nigéria sur l'île de Bakassi-, mais sont incapables d'obtenir l'exécution de leurs décisions. Elle souhaite responsabiliser les instances dirigeantes des Etats en les avertissant de leur éventuel déferrement devant une juridiction pénale internationale, en cas de violences inadmissibles - génocide, crimes contre l'humanité et tortures - : ce devrait être la mission de la Cour Pénale Internationale créée à Rome en 1998.

L'efficacité d'une instance de type juridictionnel en matière internationale est incertaine, pour ne pas dire inexistante. Aussi doit-elle se voir substituées des techniques non-juridictionnelles de règlement des différends, parmi lesquelles l'arbitrage est certainement la meilleure, au côté de la médiation ou de la transaction. Elle doit garantir le maintien de la sécurité internationale, sans laquelle la paix et le développement sont de vains mots.

La société civile est sujette à de nombreux troubles suscités par des jalousies individuelles, par des demandes concurrentes, voire par des actes délictueux. Aussi exige-t-elle des régulations apportées par des institutions régulières au service de l'Etat au XXI^e siècle ou de ses succédanés dans les périodes

¹ Cette contribution écrite reprend les grandes lignes de l'intervention orale présentée en Mai 2006, à Lille, à la Faculté de Droit.

Elle s'appuie essentiellement sur les nombreuses sources et documents utilisés tant pour la rédaction de notre thèse intitulée *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^{ème} au XV^{ème} siècle, Etude de l'influence du droit savant, de la coutume et de la pratique*, publiée à Dijon en 1977, 347 pages, que pour la rédaction de l'article intitulé *La pratique de l'arbitrage du XII^{ème} au XV^{ème} siècle, Eléments d'analyse*, publié par la Revue de l'arbitrage, 1999, n° 3, pp. 417- 473.

antérieures. Elle confie à la justice le soin d'apporter des solutions pacifiques aux différends opposant deux parties. Elle demande aux juges de vérifier la manière dont les parties respectent le droit (*ius*), la loi et, en cas de défaillance, de les contraindre à exécuter leurs engagements. Elle leur délègue également le pouvoir de leur appliquer les règles pénales qui sanctionnent le dommage causé par leur dol. Elle organise enfin les modalités d'exécution des condamnations sous l'autorité de la loi. La société civile est certaine de détenir des mécanismes de régulation sociale obligatoire, qui permettent la remise en état des ruptures juridiques créées par une mauvaise application voire par un non-respect volontaire de la loi. Elle constate cependant la difficulté à disposer de juridictions en nombre suffisant, réparties avec équilibre sur l'ensemble du territoire de puissance. Elle s'efforce, de manière permanente et obstinée, à disposer de juges compétents, dévoués et intègres, ce qui exige une rémunération suffisante pour éviter l'appétence corruptrice. Malheureusement, elle ne réussit pas toujours à remplir ses objectifs, laissant se développer la patrimonialisation des charges de judicature et la satisfaction financière des juges par le jeu des épices. Elle est enfin attristée face à la lenteur de la justice, pour raison d'encombrement ou de simple inefficacité administrative. Elle voit ainsi perdurer les insatisfactions dues au non-prononcé de décisions judiciaires et donc à la non-sanction de la violation de la loi. C'est pourquoi elle laisse un espace ouvert à d'autres formes de règlement pacifique des différends : la médiation, la transaction et surtout l'arbitrage.

L'arbitrage se situe en marge des échelons réguliers de la justice ordinaire, hors les temps révolutionnaires français et le droit de l'actuelle Fédération de Russie. Il est, du XII^e au XV^e siècle en Europe, un mode fréquent, facile, rapide et peu dispendieux de règlement pacifique des différends. Il est délimité par les travaux des savants juristes médiévaux de droit romano-civil et canonique. Il est loué par des rédacteurs de coutumes qui en connaissent le caractère pragmatique. Il est recherché par les parties en conflit, avides de voir résolues rapidement et intelligemment leurs contestations. L'arbitrage manifeste la confiance des parties dans des tiers habiles à trancher entre des demandes opposées ou à apporter une solution à des différends. L'arbitrage reste en lisière des procédés juridictionnels ordinaires d'apaisement et de règlement des conflits entre particuliers, en établissant des règles processuelles propres et en s'appuyant à la fois sur des règles de morales et de droit, c'est-à-dire sur des principes d'équité. La vitalité et le dynamisme de l'arbitrage en Europe médiévale peuvent être vérifiés à deux niveaux d'analyses : tout d'abord à celui du compromis, véritable contrat de base liant entre elles les parties au différend (I), puis à celui de la sentence arbitrale, qui offre la solution pour mettre un terme au différend (II).

I - LE COMPROMIS D'ARBITRAGE EN EUROPE AUX XIII^e–XV^e SIECLES.

Le compromis d'arbitrage est un accord conclu entre deux parties en conflit, qui décident de confier le règlement de leur différend à des tierces personnes, en précisant la nature des pouvoirs dont elles disposent. Il est un acte d'importance pour les parties en différend qui doivent avoir la capacité de contracter et donc de créer des obligations qu'elles s'engagent par avance à exécuter. Il est également le réceptacle de l'objet du différend et de la désignation des arbitres auxquels est confiée la responsabilité de le terminer.

A. Les parties au compromis d'arbitrage

1. Les parties doivent bien évidemment posséder *la capacité juridique*, indispensable pour contracter. Aussi seuls sont-ils aptes à compromettre ceux qui sont majeurs et de sexe masculin. Les femmes, de par la faiblesse supposée de leur sexe, ne peuvent compromettre qu'avec l'autorisation de leur mari. Un certain nombre d'entre elles, cependant, en raison de leurs responsabilités politiques, ou de leur statut de veuvage, ont la pleine capacité contractuelle et donc compromissaire : reines, comtesses, duchesses, voire femmes du monde roturier. Les enfants mineurs, incapables, ne peuvent pas compromettre, sans l'autorisation de leurs baillistres ou tuteurs, eu égard au risque que la solution d'un différend peut faire peser sur les biens dudit mineur. Les vassaux d'un seigneur sont également dans une situation juridique difficile, puisqu'ils sont dans des liens de subordination. Aussi ont-ils besoin de l'autorisation de leur suzerain pour se lancer dans un compromis, qui leur permet d'échapper à la juridiction féodale qui pourrait conduire à une décision de réduction de leur fief, voire à la commise. Les ecclésiastiques enfin, au regard de leurs vœux

d'obéissance, doivent demander l'autorisation de leur supérieur hiérarchique avant d'être parties à un compromis d'arbitrage. Ils sont soumis à cette demande car la future décision arbitrale pourrait porter atteinte aux biens de l'Eglise - ce dont ils ne sauraient être comptables -. En pratique, les évêques, les abbés ou même les chanoines parties à un différend, agissent *proprio motu*, sans solliciter l'autorisation de leur hiérarchie.

Les actes de la pratique, tout particulièrement en Bourgogne et en Champagne, aux XIII^e-XV^e siècles, mettent en scène des seigneurs de haut rang et de simples chevaliers, ainsi que des gens dits du commun - artisans de la quotidienneté -. Ils présentent également de nombreux ecclésiastiques parties à des compromis, en conformité avec les encouragements théologiques à régler leurs différends hors des juridictions laïques, en application de la Décrétale de Grégoire IX, 1, 43, cap. 1-13. Ainsi les compromis intéressent l'ensemble de la société médiévale avide de régler rapidement des différends, sans perdre de temps à chercher et à trouver la juridiction compétente dans l'enchevêtrement juridictionnel de l'époque, ni à s'interroger sur la règle de droit applicable.

2. Les parties se voient imposer certaines *obligations* par le compromis. Elles doivent prendre l'engagement principal de respecter et d'appliquer la sentence des arbitres, sans quoi le choix de la voie arbitrale serait illusoire. Elles s'obligent, dès la conclusion du compromis, à exécuter la décision des arbitres, quelle qu'en soit la conséquence pour l'une ou l'autre. Elles prêtent serment, c'est-à-dire promettent par foi, devant Dieu, de tenir la sentence arbitrale et de la mettre en œuvre, qu'elle soit à leur avantage ou désavantage. Elles donnent par avance toute sa force à la décision arbitrale, lui apportant la certitude d'une application immédiate et donc de la satisfaction des parties. Elles soulèvent incidemment le débat sur la valeur vertueuse du consentement comme vêtement d'un pacte nu - véritable révolution juridique due à la plume audacieuse du canoniste Jean l'Allemand -. Elles soulignent ainsi le pragmatisme et le dynamisme de l'arbitrage, qui participe à l'évolution et à l'instauration du consensualisme dans le monde contractuel. Leur engagement est souvent renforcé et matérialisé par l'insertion, dans le compromis, d'une clause pénale. Elles précisent alors qu'en cas de non-exécution, voire d'exécution incomplète de la sentence, elles verseront à la partie déçue une somme préfixe, destinée à compenser l'insatisfaction ressentie, à moins qu'elle n'ait une fonction simplement dissuasive. Elles autorisent l'analyste à rechercher l'éventualité d'une certaine correspondance entre le montant de la clause pénale et l'enjeu financier du différend. Elles ne permettent pas de trancher pour savoir quelle est la voie recherchée et préférée : la compensation ou la dissuasion, bien que le rôle de pression soit le plus plausible pour le règlement du différend.

Au delà ou en complément de leur engagement individuel, spirituel et psychologique, les parties peuvent munir le compromis de sûretés tant personnelles que matérielles. Elles font clairement appel à des fidéjusseurs ou cautions personnelles qui, en cas de défaillance de la partie condamnée par la sentence, ont la mission de cautions solidaires qui doivent agir en leurs lieu et place. Elles manifestent ainsi le degré élevé des solidarités dans la société médiévale fortement communautarisée. Elles permettent de comprendre également que chaque groupe socio-familial est intéressé au règlement d'un différend touchant à l'un des siens, car susceptible de causer un dommage aux membres du lignage ou du voisinage. Enfin les parties peuvent renforcer leur engagement par des sûretés réelles. Elles affectent alors des objets de nature mobilière ou immobilière à la garantie d'exécution de la future sentence arbitrale. Elles s'empêchent ainsi par avance de poser des embûches ou de faire montre de mauvaise humeur à l'issue du prononcé des arbitres. Elles valident ainsi, dès la conclusion du compromis, par anticipation, la sentence arbitrale destinée à mettre un terme à leur différend.

B - L'objet du compromis d'arbitrage

Le compromis d'arbitrage contient la détermination de l'objet du différend et la désignation des arbitres. Il fixe ainsi l'ensemble des éléments nécessaires à la recherche d'une solution destinée à régler le conflit ouvert entre deux parties.

1. Le *différend* soumis aux arbitres doit être précisé avec le plus d'exactitude possible dans le texte du compromis. Il concerne toutes sortes d'objets relevant de catégories juridiques soit ordinaires, soit spécifiques liées à l'environnement sociétal de l'époque médiévale.

Il porte en premier lieu sur des matières de droit civil. Il concerne le droit des personnes et le changement de statut personnel dans une société à mobilité sociale réduite. Il aborde le droit de la famille tout spécialement à travers les délicates questions du droit patrimonial des successions, révélatrices de la supériorité de l'attrait économiques sur l'apparence sentimentale familiale. Le compromis a pour objet des droits réels, dont l'importance économique est certaine : terres, vignes, maisons ou animaux de ferme. Il peut également porter sur l'exécution de contrats. Il a donc vocation à soumettre aux arbitres la plupart des difficultés relationnelles touchant tant au statut des personnes, qu'au sort de biens matériels. Le compromis est bien l'acte fondateur de l'arbitrage, puisqu'il indique clairement l'objet du différend qui doit être soumis à la sagacité des arbitres, pour le trancher.

Il s'intéresse, en second lieu, à des matières de droit pénal, ce qui peut étonner plus d'un contemporain habitué au monopole de l'Etat en matière de traitement de l'infraction, du délit et du crime. Le compromis est là pour répondre, avec le plus de réactivité possible, aux demandes de parties en difficultés. Aussi doit-il inclure des affaires délictuelles voire criminelles, qui exigent une solution rapide pour faire cesser le trouble et éviter la naissance d'autres infractions. Il apparaît comme un dangereux concurrent des juridictions royales peu enclines à abandonner leur pouvoir de répression qui contribue à garantir la sécurité publique. Il est cependant utilisé pour permettre une décision rapide à l'encontre des coupables et donner une juste satisfaction à la victime. Il est saisi d'homicides volontaires ou accidentels jusqu'au XIV^e siècle, lorsque l'autorité royale exige la saisine des juridictions royales en cas de mort d'homme. Il s'intéresse également à des atteintes physiques à la personne, comme l'emprisonnement, les coups de bâton ou encore le rapt par force. Il poursuit l'incendiaire qui détruit des maisons, des granges et des moulins. Il inclut le vol d'animaux et le bris de clôture, qui incitent à des poursuites rapides contre leur auteur, afin de procéder très vite à la réparation des clôtures et à la restitution des animaux indispensables à l'exploitation agricole. Ainsi le compromis d'arbitrage à l'époque médiévale, dans les régions bourguignonnes et champenoises, est le réceptacle de très nombreux différends d'importance variée touchant aussi bien au domaine civil que pénal.

2. Le compromis d'arbitrage a aussi pour mission *la désignation des arbitres*. Avant de procéder à la détermination des personnes choisies pour cette mission, il doit préciser les fonctions confiées aux arbitres. Il est le document dans lequel les parties indiquent la nature des pouvoirs conférés aux arbitres. Le texte est parfois juridiquement imprécis, se contentant de nommer un *ordinator*, celui qui ordonne une solution, un *tractator*, celui qui propose une solution dans l'intérêt des deux parties, voire d'un *sententiator*, celui qui délivre une sentence. Il laisse alors à l'analyste le soin de rechercher la vraie nature de ce tiers départageant, en fonction des pouvoirs qui peuvent lui être confiés. Le compromis sait être clair en précisant la qualité spécifique du ou des tiers choisis : arbitre, arbitrateur ou amiable compositeur. Il désigne un arbitre *stricto sensu*, habilité à suivre les règles de droit et à décider en droit, sans laisser de possibilité de recours contre la décision finale. Il peut également procéder à la nomination d'un arbitrateur, qui a le pouvoir de se prononcer en équité, selon ce qui lui semble bien et bon, conforme à la *ratio*. Il admet ainsi par avance qu'un recours est possible auprès d'un tiers départageant les arbitres : le *bonus vir*. Il confie donc la décision terminale à un homme de bien, capable de décider en son âme et conscience, en respectant ou en ignorant les règles de droit, mais toujours dans les limites des bonnes mœurs et de l'ordre public. Enfin le compromis peut faire appel à un amiable compositeur, investi de l'ensemble des pouvoirs qu'il voudra bien utiliser, mais dont la décision est insusceptible de recours. De manière plus simple mais porteuse de complications, le compromis peut donner des pouvoirs très complets et indifférenciés à une ou plusieurs personnes qualifiées d'*arbitri, arbitratores seu amicabile compositores*, formule en usage en Bourgogne dès 1249 et en Champagne à partir de 1268. Il laisse alors à la sagacité desdits arbitres le soin de déterminer les règles qu'ils entendent utiliser pour conduire à bien leur mission. Il espère que la globalité des pouvoirs ainsi octroyés facilitera la décision et favorisera la production rapide d'une bonne sentence arbitrale. Le compromis doit préciser la durée du pouvoir des arbitres, pour les pousser à agir dans les meilleurs délais, afin de répondre à l'objectif de rapidité et de sécurité. Aussi, selon les actes de la pratique, dans plus de 70 % des compromis, octroie-t-il aux arbitres une durée comprise entre un et quatre mois, pour leur permettre d'apporter une décision rapide aux plaideurs en attente de solution.

D'un point de vue pratique, le compromis doit contenir le ou les noms du ou des arbitres choisis par chacune des parties ou par les deux ensembles, *concorditer* ou *unanimiter*, lorsqu'il y a désignation d'un seul arbitre voire celle du *bonus vir* ou arbitre par-dessus les autres. Il révèle ainsi qu'en Bourgogne, vers le milieu du XIV^e siècle, selon des registres de notaires, certains hommes sont désignés fréquemment pour exercer des fonctions arbitrales. Il permet d'établir une véritable liste d'arbitres, laissant entendre que les parties en différend connaissent la liste et désignent des juristes, véritables arbitres professionnels. Le document souligne alors la technicité de l'arbitrage confié à des spécialistes, qui ont certainement une capacité à traiter rapidement les affaires qui leur sont soumises et donc à produire une bonne sentence.

Les différents compromis présentent les personnes physiques choisies en fonction de leur capacité juridique. Contrairement aux idées liées à la supposée faiblesse de la femme, dès 1202, en vertu d'une autorisation pontificale - X.1.43.4, les compromis peuvent désigner des femmes comme arbitres. Ainsi des compromis du XIII^e siècle désignent arbitres des femmes aux responsabilités politiques importantes, laissant planer le doute sur la véritable justification de leur pouvoir arbitral. Ils indiquent très fréquemment le choix d'ecclésiastiques, laissant entendre la confiance que leur accorde la population pour régler des différends en s'appuyant plus sur des règles morales et religieuses que juridiques. Ils désignent également des laïcs, seigneurs ou roturiers juristes professionnels. Ils laissent augurer une meilleure efficacité de la part de techniciens du droit habitués à pratiquer l'arbitrage. Ils ne dévaluent cependant pas les autres arbitres, qui se révèlent tout aussi efficaces que les juristes professionnels pour le règlement des différends. Dans tous les cas, conformément aux règles du droit romain repris et réévalué à partir du XIII^e siècle, les compromis doivent préciser que les arbitres désignés acceptent leur mission, par de véritables *recepta arbitratorum*. Ils renforcent ainsi le caractère poly-consensuel de l'arbitrage qui exige l'échange des consentements des parties puis le consentement d'acceptation de charge par chacun des arbitres : il y alors un entremêlement des volontés individuelles tournées vers la recherche de la paix sociale. Les compromis renferment l'ensemble des éléments de fait et de droit permettant le bon déroulement de la procédure conduisant à une sentence arbitrale.

II - LA SENTENCE ARBITRALE EN EUROPE AUX XIII^E -XV^E SIECLES.

La réalisation de l'arbitrage exige la mise en place et en œuvre d'une véritable cour d'arbitrage, avant de parvenir au prononcé de la sentence arbitrale. Elle manifeste un certain nombre de traits de ressemblance avec les juridictions de l'ordre régulier, mais elle s'en distancie par sa liberté conceptuelle et organisationnelle. Elle reste cependant fortement influencée par les techniques romano-canoniques, comme ses parentes juridictionnelles ordinaires. Elle est sans conteste le produit d'une rencontre entre les volontés individuelles des parties décidées à s'éloigner des juridictions régulières et le poids de la tradition juridique commune aux différents modes de règlement pacifique des différends.

A. La cour d'arbitrage

1. La cour d'arbitrage est organisée par les arbitres en fonction des pouvoirs qui leur sont conférés par le compromis. Elle doit conduire les arbitres à rendre une sentence apportant une solution au différend que les parties lui ont soumis.

Elle se présente sous la forme d'une *instance arbitrale* qui doit permettre le bon déroulement des opérations préalables au prononcé d'une sentence. Sa constitution est simple mais complète. Elle est formée par la réunion, en un même lieu et au même moment, des personnes désignées arbitres dans le compromis. Elle est complétée habituellement par la présence active de copistes prêts à tenir la plume pour aider à la rédaction de l'acte terminal. Elle se déroule dans un local conforme à l'*honestas* due à l'institution arbitrale. Elle ne saurait avoir lieu dans une maison dédiée aux déviances humaines - boissons, proxénétisme... - . Dès son installation, elle convoque les parties : elle leur fixe le jour et l'heure de leur ajournement, afin de respecter le calendrier convenu lors de la conclusion du compromis. Elle dispose parfois du pouvoir indirect de contraindre les parties, en leur infligeant une astreinte financière en cas de

non-comparution, ce qui est une méthode efficace pour ouvrir l'instance à la date fixée en présence des parties.

Le déroulement de l'instance arbitrale est souvent très proche de celui d'une juridiction de l'ordre régulier. Son premier stade est celui de la *litiscontestatio* qui lie les parties dans un procès à partir du moment où elles soumettent leur différend aux arbitres. Cette étape incontournable, signe de la reconquête du droit romain, déclenche de manière effective la mission des arbitres. Elle les autorise à ouvrir une enquête de type romano-canonique, pour obtenir les éléments de preuves indispensables à un prononcé sur le fond de l'affaire. Elle leur accorde alors des pouvoirs d'investigation de nature assez proche de ceux dont disposent les juges de l'ordre juridictionnel ordinaire, pour rassembler des preuves et entendre des témoins. Elle est le lieu de débats contradictoires, qui facilitent la compréhension de l'affaire en cours. Elle souligne ainsi sa proximité technique avec les juridictions ordinaires, dans un but de sérieux et d'efficacité. Elle permet de comprendre que l'arbitrage est un mode sûr et respectueux des droits des parties pour résoudre un conflit civil ou pénal entre deux ou plusieurs personnes. Elle permet l'utilisation des techniques processuelles d'origine romano-canonique, à l'instar des juridictions laïques ou des officialités, sans le désagrément d'un procès interminable.

La cour d'arbitrage a pour objectif d'ouvrir la voie à la *décision des arbitres*. Elle voit donc les arbitres confrontés aux réalités pratiques du différend et aux règles de droit ou de simple équité qu'ils sont habilités à appliquer. Elle les exhorte à respecter les termes du compromis en prenant garde à la nature des pouvoirs qui leur sont octroyés par les parties. Elle leur rappelle à mi-voix qu'en cas de non-respect de leurs pouvoirs, l'arbitrage pourrait être contesté voire invalidé, rendant impossible le prononcé rapide de la sentence. La cour arbitrale est le lieu de la délibération des arbitres. Elle facilite la venue des conseillers souhaités par les arbitres, afin de prendre leur décision entourés du maximum d'informations et d'avis techniques - *habito bonorum virorum consilio* -. Elle révèle parfois, à travers les actes de la pratique, des modalités spécifiques de prise de décision : à l'unanimité - selon D.4.8.17.2. -, ou à une majorité qualifiée voire différenciée selon les divers éléments de l'affaire, autorisant même la manifestation d'opinions dissidentes.

La cour d'arbitrage voit enfin les arbitres prononcer leur sentence de manière orale par une *ordinatio*, ce qui n'exclut pas la rédaction de l'acte écrit. Elle livre parfois la motivation qui a conduit les arbitres à telle ou telle autre solution -ce qui est fort intéressant, eu égard à la longueur de temps qu'il a fallu attendre pour l'exigence de la motivation des arrêts tout spécialement en matière pénale. Elle s'intéresse aussi de manière pratique aux dépens de l'instance. Elle détermine les indemnités qui doivent être versées aux arbitres pour leurs frais, qui peuvent parfois même consister en de véritables rémunérations versées aux arbitres « pour leur peine et salaire » - ce qui est fort compréhensible quand les arbitres sont des professionnels du droit au XIV^e siècle en Bourgogne - . Elle prévoit également la rémunération des copistes, qui apportent leur compétence lors de la rédaction de l'acte arbitral de pacification. Elle permet de comprendre que l'arbitrage, s'il n'est pas gratuit, est fort peu coûteux, face aux juridictions de l'ordre judiciaire ordinaire. Remplissant sa mission dans un délai de quatre mois maximum, ses dépenses de fonctionnement s'en trouvent réduites d'autant. La cour d'arbitrage allie ainsi rapidité et moindre coût, pour faire de l'arbitrage un mode de règlement pacifique des différends fort recherché par des parties en souffrance.

B. La sentence arbitrale

Dès son prononcé, la sentence arbitrale doit être appliquée par les parties. Elle répond à la demande conjointe des parties, exprimée dans le compromis, d'obtenir une solution rapide à leur différend. Décidée hors des échelons réguliers de la justice, la sentence arbitrale n'en a pas moins une force d'applicabilité. Elle est là pour établir la paix définitive entre des parties en apportant une solution pratique à leur conflit. Elle peut cependant être contestée et être l'objet d'un recours.

1. La sentence arbitrale a **une valeur juridique certaine** aux yeux des parties. Elle met normalement un terme à leur différend de nature civile ou pénale. Elle doit être l'objet d'une approbation par les parties, conformément à la règle romaine énoncée dans le Code, 2, 56, 5, pr. Elle doit alors être

appliquée pour mettre en harmonie la décision théorique avec la pratique. Elle est dénommée de manière diverse, dont certaines formulations laissent à croire qu'il s'agit d'une décision d'origine juridictionnelle. Elle doit être tenue « comme chose adjugée par la Cour Monseigneur le Duc » ou encore, en 1372, « comme chose adjugée par arrêt du Parlement de Paris ». Elle cherche donc à se glisser dans les vêtements d'une sentence d'une juridiction de l'ordre régulier, pour mieux s'imposer aux parties et aux tiers. Malheureusement, la plupart du temps, elle n'a de force contraignante que celle que les parties se sont engagées d'avance, lors du compromis, à lui reconnaître. De plus, conformément aux règles du droit romain, la sentence des arbitres doit être expressément acceptée par les parties, par une déclaration spécifique. Elle peut même être reçue en présence de témoins, dont le seul rôle est d'influence, pour encourager les parties à exécuter ce que les arbitres ont décidé. Elle renoue avec l'enthousiasme et la faiblesse de l'acte fondateur - le compromis -, laissant *in fine* toute sa place à la volonté individuelle des parties pour accepter ou refuser la décision, certes en violation de l'engagement originaire mais dans le respect de l'autonomie de la volonté.

Les parties s'attachent la plupart du temps à prévoir les mécanismes pour contraindre la partie récalcitrante vaincue à l'instance à exécuter la sentence arbitrale. Elles sont sensibles à la force donnée par les sceaux des arbitres, qui, par leur imposition, garantissent l'intérêt de leurs auteurs à la mise en œuvre de la décision, bien qu'ils soient dessaisis de tout pouvoir arbitral. Elles s'emploient à demander et à obtenir *l'authentification* de ladite sentence devant une juridiction laïque ou ecclésiastique dans sa formation gracieuse. Elles espèrent disposer ainsi de moyens de contrainte l'une à l'encontre de l'autre, pour exiger et réaliser l'exécution de la sentence arbitrale. Elles réclament surtout *l'homologation* de la sentence arbitrale auprès d'une juridiction de l'ordre régulier. Elles disposent alors, en cas d'enregistrement de la décision par une cour de justice, d'un acte solennel, qui emprunte la nature exécutoire d'une décision de justice. Elles peuvent aussitôt saisir une juridiction, en cas d'inexécution totale ou partielle de ladite sentence. Elles sont en meilleure position pour demander l'exécution de la sentence et, en cas de défaillance d'une partie sa condamnation à une peine financière, ce qui peut avoir un effet incitatif pour la mise en œuvre de la sentence. Elles pourraient de plus considérer cet acte solennel comme un document ouvrant droit à *exequatur*, autorisant par voie de justice l'exécution de la sentence des arbitres.

2. Les parties désireuses de mettre un terme à leur différend doivent exécuter la sentence dès son prononcé, conformément à leur engagement initial dans le compromis. Elles peuvent cependant contester la sentence, en introduisant des voies de recours.

Les voies d'exécution sont d'origine contractuelle ou judiciaire. Elles sont déjà de nature conventionnelle, découlant du compromis, dès la conclusion duquel les parties se sont engagées à exécuter de bonne foi les décisions des arbitres.

Les parties sont donc tenues d'exécuter la sentence arbitrale, en application de la convention originelle d'arbitrage. En cas de non-exécution, elles peuvent être poursuivies devant une juridiction, pour inexécution partielle d'une convention valide, le compromis d'arbitrage. Elles se situent dans le cadre général des contrats, le compromis suivant le sort général des contrats. Elles peuvent alors être condamnées à exécuter les obligations qu'elles se sont engagées à respecter par anticipation.

Les voies d'exécution peuvent être également de nature judiciaire, lorsque les parties en ont convenu ainsi dès l'origine du compromis.

Les parties, d'avance, déclarent parfois se soumettre à une juridiction publique, en cas de refus d'exécution de la sentence des arbitres. Leur engagement peut même être renforcé par l'acceptation anticipée de toute décision de justice les y contraignant, y compris en les obligeant à répondre sur leurs biens personnels. Elles sont donc, dans une telle situation, totalement soumises à l'exécution de la sentence arbitrale, à laquelle elles ne peuvent pas s'opposer. Elles garantissent ainsi la validité de la sentence et son exécution dans l'intérêt de la paix sociale.

Les parties mécontentes de la décision d'une cour d'arbitrage ne peuvent normalement pas empêcher son exécution. Elles sont en effet informées de l'impossibilité d'exercer des *voies de recours* contre une sentence arbitrale, en application du texte romain - D, 4, 8, 27, 2 ou de l'ancienne coutume du Duché de Bourgogne -. D'ailleurs, de manière fréquente selon les actes de la pratique étudiés, à partir de 1275,

elles renforcent cette interdiction par une clause de renonciation générale à tout recours. Elles s'autorisent parfois à exercer un recours en interprétation devant les arbitres, dans un but de compréhension de la sentence, pour une bonne exécution. Elles recourent cependant à l'appel devant un sur-arbitre, un *bonus vir*, lorsque la sentence est prononcée par des arbitrateurs, c'est-à-dire par ceux qui n'appliquent pas les règles du droit positif. Elles peuvent s'adresser à la Cour de Parlement pour contester la sentence d'un arbitrateur, ce qui est source de lenteur et d'incertitude. Elles démontrent malheureusement, par de tels recours, le non-respect de l'engagement initial inscrit dans le compromis, contrairement à leur démarche initiale d'évitement de la justice ordinaire et de confiance et d'espoir dans l'arbitrage.

L'arbitrage est véritablement, aux XIII-XV^{es} siècles en Bourgogne et en Champagne particulièrement, un mode pratique de règlement pacifique des différends. Fondé sur la convention et donc sur l'accord consensuel entre les parties, l'arbitrage profite de cette souplesse de création lors du compromis. Il en souffre malheureusement ensuite, après le prononcé de la sentence arbitrale. Sa situation, en marge des échelons réguliers de la justice, le place en dehors des techniques judiciaires contraignantes indispensables pour l'exécution d'une sentence. Aussi prend-il modèle sur le système juridictionnel ordinaire et le sollicite-t-il pour obtenir son soutien et son aide pour contraindre les parties à exécuter la sentence arbitrale. L'arbitrage manifeste alors sa plus grande faiblesse qui réside dans la difficulté vraisemblable d'exécution de la décision arbitrale. Il devrait être assorti de voies d'exécution facilitant la mise en œuvre effective de la décision des arbitres. Pour être un outil de qualité utile au règlement des différends de nature civile et pénale au XXI^e siècle et participer ainsi au désengorgement des juridictions publiques, l'arbitrage devrait être inscrit par le législateur dans les parcours pré- juridictionnels.

Ainsi, à l'orée du XXI^e siècle, intégré dans un maillage judiciaire de droit commun le désignant comme la première étape d'un règlement pacifique, rapide et peu coûteux des différends ne mettant pas en cause l'ordre public et les bonnes mœurs, le mode opératoire le plus efficace est l'arbitrage.

MICHEL VAN DE KERCHOVE

Recteur honoraire des Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles
Professeur émérite invité aux Facultés universitaires Saint-Louis de Bruxelles
vdke@fjusl.ac.be

I - RÉFLEXIONS ÉPISTÉMOLOGIQUES PRÉLIMINAIRES : LES BOUGÉS DE L'OBJET ET DU SUJET

Contrairement à de nombreuses approches doctrinales traditionnelles, les organisateurs de ces journées consacrées à la justice publique et à la justice privée ont eu la perspicacité d'évoquer d'emblée le caractère « mouvant » de la frontière qui les sépare. Or, toute forme de mouvance, de déplacement ou de « bougé » risque inévitablement d'atténuer, voire d'abolir, la netteté de cette frontière et, corrélativement, la précision des contours des deux formes de justice que cette frontière est censée séparer. Il en résulte inévitablement une impression de « flou » qu'un collègue avait très judicieusement mise en lumière, il y a un certain temps, à propos de l'État belge, en comparant celui-ci, dans sa forme complexe, à un « télescope qui, mal réglé en deçà, comme au-delà, ne donne jamais qu'une représentation sans netteté »¹.

Ayant personnellement plus l'habitude de manier un appareil de photo qu'un télescope, je me permettrai d'utiliser une autre métaphore qui me permettra d'illustrer une réflexion épistémologique préliminaire à cet exposé centré sur la justice pénale. Tout photographe, en effet, sait d'expérience que le flou d'une image peut résulter de trois facteurs différents. Le premier résulte évidemment d'une mauvaise mise au point et renvoie à l'image du télescope mal réglé que je viens d'évoquer. Il en est cependant deux autres sur lesquels je voudrais davantage attirer l'attention. L'un réside dans le fait que la personne ou l'objet représenté ont bougé ou ont été déplacés au moment où la photo a été prise. L'autre réside dans le fait que le photographe a lui-même bougé.

Ce que je voudrais dès lors retenir de cette métaphore, c'est que, si les flous de la justice pénale trouvent en partie leur source dans les « bougés » occasionnés par l'évolution de la réalité observée, on ne peut minimiser l'importance de la deuxième source de flou, celle qui réside dans les « bougés » opérés par l'observateur lui-même au travers des changements de paradigmes utilisés pour rendre compte de cette réalité². La prise en considération de cette deuxième dimension du problème n'entend évidemment pas abolir la première. Elle tend simplement à relativiser la part des incertitudes liée à l'évolution du phénomène lui-même et à reconnaître la part qui est imputable à l'évolution des théories qui tendent à en développer une certaine représentation. L'hypothèse défendue ici n'est donc pas que "rien ne bouge" dans la réalité et que seule change la représentation que l'on s'en fait. L'idée est que le changement se situe à ces deux niveaux et que, s'il n'est pas toujours aisé d'attribuer à chacun d'entre eux la part exacte qui lui revient, il n'en est pas moins nécessaire de reconnaître le principe d'un tel partage. C'est ce que je tenterai brièvement de faire.

¹ F. DELPEREE, « La Belgique, Etat fédéral ? », dans *Revue de droit public et de sciences politiques*, 1972, p. 660

² Pour le développement de cette idée, cf. notamment Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « D'où viennent les flous du pénal? Les déplacements de l'objet et du sujet », dans *Politique, police et justice au bord du futur. Mélanges pour et avec Lode Van Ostrive*, Textes réunis par Y. CARTUYVELS, Fr. DIGNEFFE, A. PIRES et Ph. ROBERT, Paris, L'Harmattan, 1998, pp. 131 et s.

A cet égard, je partirai de l'hypothèse qu'un des changements épistémologiques majeurs intervenus dans les dernières décennies, et qu'on associe parfois à l'éclosion de la pensée « post-moderne », réside dans la substitution du paradigme de la complexité à celui de la simplicité. Pour faire bref, on peut dire, à la suite d'Edgar Morin, que ce changement consiste à abandonner le principe de la science classique selon lequel « le rôle de la connaissance est d'expliquer le visible complexe par l'invisible simple » et à lui substituer au contraire l'objectif de « lire la complexité du réel sous l'apparence simple des phénomènes »³. Parmi les caractéristiques essentielles de la complexité, j'en retiendrai trois⁴ - l'incertitude, la récursivité et la dialectique -, dont l'application à l'étude du phénomène qui nous occupe peut trouver un certain nombre d'illustrations.

L'incertitude constitue une première dimension de la complexité, dont l'élimination aussi radicale que possible a sans doute formé le premier idéal de la pensée scientifique classique et de la dogmatique pénale en particulier qui consistait notamment dans l'idée selon laquelle les contours d'un phénomène seraient d'une netteté suffisante pour pouvoir l'identifier et le distinguer de manière tranchée par rapport à d'autres. Cette incertitude n'exclut sans doute pas la reconnaissance de « cas-standards » qui rentrent clairement dans l'extension d'un concept et correspondent à ce qu'on peut considérer comme la « notion de référence » ou le « paradigme » du phénomène considéré, mais il implique, en revanche, l'admission de nombreux « cas-limites » qui, tout en ne correspondant pas, à tous égards, à la notion de référence ou au paradigme du phénomène, en possèdent un certain nombre de traits essentiels et constituent ainsi une source inévitable d'incertitude relative à ses frontières⁵.

Une deuxième dimension de la complexité réside dans la *récursivité*. A la simplicité des modèles purement hiérarchiques ou purement circulaires, on peut ainsi opposer la complexité du modèle des « boucles étranges » ou des « hiérarchies enchevêtrées », selon l'expression de Hofstadter⁶, ou encore des « hiérarchies inversées », selon l'expression de M. Delmas-Marty⁷. A la différence des hiérarchies pures qui établissent des relations exclusives et continues de subordination entre les différents niveaux auxquels appartiennent les éléments - organes et normes - d'un même système, et à la lumière desquelles la pensée classique a toujours analysé le fonctionnement du système juridique en général, et du système pénal en particulier, les hiérarchies enchevêtrées se caractérisent par des phénomènes paradoxaux de violation de niveaux, à la faveur desquels des éléments censés occuper un niveau hiérarchique inférieur exercent, d'une manière récursive, une prééminence effective sur des éléments censés occuper un niveau supérieur⁸.

Enfin, on citera encore une troisième dimension de la complexité qui réside dans la reconnaissance de relations *dialectiques* entre des pôles que la pensée classique présente traditionnellement comme radicalement opposés et dissociables. C'est en ce sens qu'il convient de comprendre le fait que j'aie évoqué la justice pénale comme située « entre » justice publique et justice privée, c'est-à-dire non pas comme occupant une position statique « médiane » ou intermédiaire entre ces deux concepts, mais comme nouant de véritables liens dynamiques d'interaction entre eux⁹.

En conclusion, si l'on ne peut minimiser l'importance des « bougés » intervenus dans le phénomène étudié pour expliquer le « flou » qui l'affecte aujourd'hui, on ne peut ignorer non plus

³ E. MORIN, « Epistémologie de la complexité », dans *Revue de la recherche juridique. Droit prospectif*, 1984, n°1, p. 47.

⁴ Sur l'application de ces caractéristiques à l'étude du phénomène juridique en général, cf notamment M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le droit ou les paradoxes du jeu*, Paris, PUF, 1992, pp. 115-125.

⁵ Concernant le développement approfondi de cette idée, cf M. VAN DE KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales », dans *Normes, normes juridiques, normes pénales. Pour une sociologie des frontières*, Paris, L'Harmattan, 1997, t. II, pp. 77 et s.

⁶ D. R. HOFSTADTER, *Gödel, Escher, Bach. Les brins d'une guirlande éternelle*, trad. française, Paris, Interéditions, 1985, p. 799.

⁷ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 107.

⁸ A ce sujet, cf. notamment Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1987, pp. 213 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE et Fr. OST, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, pp. 105-111.

⁹ A ce sujet, cf notamment F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, « De la théorie de l'argumentation au paradigme du jeu. Quel entre-deux pour la pensée juridique ? », dans *Chaim Perelman et la pensée contemporaine*, Textes rassemblés par G. HAARSCHER, Bruxelles, BRUYLANT, 1993, pp. 127 et s.

l'importance des changements intervenus dans les paradigmes à la lumière desquels ce phénomène a été étudié. On pourrait même encore ajouter, sans développer davantage cette idée, que les représentations, aussi théoriques soient-elles, que l'on se fait de la réalité ne sont jamais sans influence sur l'évolution de la réalité elle-même, comme le suggère le concept d'« effets de théorie », au sens où l'entend Bourdieu. De la même façon, dès lors, que certains changements intervenus dans la réalité sont susceptibles de provoquer des changements de paradigmes, il apparaît que certains changements de paradigmes peuvent, indirectement, susciter des changements dans la réalité. L'incertitude, la récursivité et la dialectique se trouvent ainsi redoublées et ce redoublement ne peut que constituer une nouvelle source de flou du pénal.

II. LA JUSTICE PENALE, ENTRE JUSTICE PUBLIQUE ET JUSTICE PRIVEE

C'est sur base de ces considérations préliminaires que je voudrais situer la justice pénale, en évoquant successivement quatre critères possibles de démarcation entre justice publique et justice privée : celui des agents intervenant dans la résolution des conflits ; celui du mode d'intervention ; celui de l'intérêt protégé et, enfin, celui de la fonction remplie par la solution adoptée.

1. Agents intervenant dans la résolution des conflits

Le caractère exclusivement public des agents intervenant dans la justice pénale contemporaine paraît à première vue une évidence. Tant la recherche des infractions, que leur poursuite, leur condamnation et l'exécution des peines prononcées paraît en effet confiée à des organes étatiques. Sans perdre tout fondement, cette affirmation doit cependant être fondamentalement nuancée.

En ce qui concerne la *recherche* des infractions, sans doute existe-t-il souvent encore aujourd'hui des dispositions qui, comme la loi belge du 29 juillet 1934, « interdisent toutes milices privées ou toute autre organisation de particuliers dont l'objet est de recourir à la force, ou de suppléer l'armée ou la police, de s'immiscer dans leur action ou de se substituer à elles ». Ces dispositions, cependant, ne s'appliquent pas aux entreprises et aux services visés par la loi réglementant la sécurité privée, dont on connaît le développement sans cesse croissant, et qui se trouvent dorénavant autorisés, à certaines conditions, et dans certaines limites, à constater et dénoncer l'existence de certaines infractions. Par ailleurs, le rôle des particuliers, au niveau des investigations, est loin d'être négligeable sous la forme de témoignages ainsi que de dénonciations, interventions qui peuvent être favorisées, soit en les rendant obligatoires dans certaines circonstances, soit en les érigeant en causes d'excuse permettant d'atténuer, voire de supprimer la peine applicable à certaines infractions.

En ce qui concerne la *poursuite* des infractions, ensuite, si l'on excepte les systèmes juridiques qui consacrent un régime d'accusation privée ou d'accusation populaire, il semble une fois encore que le système d'accusation dite publique qu'ils connaissent consacre à cet égard un monopole étatique. Selon la formule consacrée par la loi belge du 17 avril 1878, « l'action pour l'application des peines ne peut être exercée que par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi ». On sait cependant qu'un tel monopole connaît à son tour des limites.

Tout d'abord, il existe des infractions -qualifiées de délits de plainte- pour lesquelles le législateur a subordonné le déclenchement des poursuites à l'existence d'une plainte de la victime. Dans de tels cas, la mise en mouvement de l'action publique est donc légalement tributaire de l'attitude qu'adopte la personne lésée par l'infraction. Bien que le ministère public demeure libre de poursuivre ou non, dans le cas où la victime porte plainte, celle-ci, inversement, dispose d'un pouvoir de blocage de l'action publique, au cas où elle décide de ne pas déposer plainte ou de se désister avant tout acte de poursuite.

Ensuite, il convient de rappeler l'existence du mécanisme de constitution de partie civile que connaissent un certain nombre de pays comme la France ou la Belgique. Consistant dans le procédé par lequel l'action civile est portée devant la juridiction pénale, la particularité la plus importante de la constitution de partie civile réside dans le fait que, à la différence de l'action civile introduite devant le juge civil, elle met l'action publique elle-même en mouvement, à condition que la victime d'un crime ou d'un

délict le fasse devant le juge d'instruction ou que la victime procède à une citation directe du prévenu devant le tribunal correctionnel ou devant le tribunal de police. Elle constitue ainsi un correctif important au pouvoir du ministère public de classer la plainte sans suite, faisant de la partie civile à la fois un concurrent et un auxiliaire du ministère public. Selon l'expression de Schuind, la partie civile agit en quelque sorte comme « ministère public en sa propre cause »¹⁰. Elle fait également obstacle au recours à des procédures extra-judiciaires de règlement de conflit, telles que la transaction pénale, la transaction administrative ou la médiation pénale. On ajoutera que si ce rôle peut être rempli par les individus qui ont été victimes d'une infraction pénale, il tend à être exercé de plus en plus souvent par des groupements ayant pour vocation la défense d'intérêts collectifs et constitués en véritables « ministères publics privés ». Si, traditionnellement, la législation belge a fortement limité les cas dans lesquels de tels groupements peuvent se constituer partie civile autrement que pour assurer l'intérêt propre du groupement lui-même, précisément parce qu'il risque de porter atteinte au monopole de l'Etat, des exceptions ont néanmoins été prévues, comme en matière de discrimination, de racisme et de xénophobie, et, en revanche cette consécration est beaucoup moins restrictive dans d'autres pays comme la France¹¹.

En ce qui concerne la *résolution* du conflit, par ailleurs, il est clair qu'elle relève en principe de l'intervention d'organes étatiques, tant dans ses modes de règlement judiciaire, si l'on excepte le cas particulier des jurés de la Cour d'assises, que dans ses modes de règlement extra-judiciaire qu'illustrent la transaction pénale, la médiation pénale et la transaction administrative. En ce qui concerne la médiation, cependant, on ne peut ignorer le poids des parties elles-mêmes dans la conclusion de l'accord intervenu entre elles, même si celui-ci est conclu avec l'aide d'un tiers. Par ailleurs, il n'est pas impossible, de concevoir, comme c'est le cas dans certains pays, que des particuliers jouent le rôle de médiateurs, soit à titre individuel, soit en tant que membres d'associations fournissant de type de prestation, avec ou sans contrôle judiciaire, aboutissant à ce que l'on a pu appeler tantôt une forme de « justice déléguée », tantôt une forme de « justice réappropriée ». Si la loi belge du 10 février 1994 organisant une procédure de médiation pénale a expressément rejeté cette possibilité, afin d'éviter ce qu'on a précisément appelé une « privatisation de la justice »¹², une loi du 22 juin 2005 a, en revanche, introduit de nouvelles dispositions relatives à une médiation dite « en réparation »¹³ qui « a pour objectif de faciliter la communication et d'aider les parties à parvenir d'elles-mêmes à un accord concernant les modalités et les conditions permettant l'apaisement et la réparation » (art.3ter nouveau de la loi du 17 avril 1978 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale). Or il est prévu que, dans cette nouvelle forme de médiation, les médiateurs font partie d'un service, ayant la forme juridique d'une association sans but lucratif, qui offre de la médiation et qui est agréé par le Ministre de la Justice (art. 554 C.I.cr.). Il ne s'agit donc plus d'un organe public, comme c'était le cas pour le ministère public et les agents de médiation, dans le cadre de la médiation pénale.

En ce qui concerne l'*exécution* des peines ou mesures consécutives à l'infraction, enfin, s'il n'est pas douteux que celle-ci est assurée, sur réquisition du ministère public, sous la responsabilité du pouvoir exécutif, il est important de souligner la diversité des agents privés qui peuvent se trouver légalement associés à l'exécution de peines de travail, de mesures de probation, de libération conditionnelle, de travaux d'intérêt général, de formations ou de mesures réparatrice, voire même, dans certains pays, à l'exécution de peines privatives de liberté.

2. Modes d'intervention

Le caractère apparemment public de la justice pénale renvoie à un deuxième critère, lié à son mode d'intervention¹⁴, qui est celui d'une justice *imposée*. Les organes, en principe exclusivement étatiques,

¹⁰ Cité par J. DU JARDIN, « La personne lésée dans l'action pénale », dans *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1968-1969, p. 680.

¹¹ Cf. notamment O. KUHNMUNCH, « La défense des intérêts collectifs et l'éclatement des poursuites », dans *Archives de politique criminelle.*, n°10, 1988, pp. 35 et s.

¹² Rapport fait au nom de la Commission de la Justice par M. ERDMAN, *Doc. parl.*, Sénat, 1992-1993, n°652/2, p. 19.

¹³ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n°51- 1562/1, p. 5.

¹⁴ A ce sujet, cf Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, « La justice pénale : justice imposée, justice

sont censés adopter leurs décisions de manière unilatérale et celles-ci s'imposent à leurs destinataires, sans que ceux-ci soient censés jouer un rôle actif et déterminant dans le déroulement du procès. A fortiori, aucun consentement de leur part n'est requis et aucune forme de négociation n'est concevable. Si le prévenu lui-même peut sans doute être considéré comme "partie" au procès, c'est dans un sens considérablement affaibli par rapport au procès civil, le contentieux qui l'oppose à la société ayant un caractère "objectif" et non "subjectif"¹⁵ et la place qu'il occupe étant davantage celle d'un "objet" d'accusation que d'un "sujet" de droits. Enfin, le caractère inquisitoire de la procédure pénale donne sans doute à ce modèle de justice imposée sa forme la plus achevée: exclusivement unilatérale, la procédure est censée produire la vérité en l'absence de toute participation active du prévenu, celui-ci étant réduit tout au plus à un "sujet passif du procès, sans accès à la parole autre qu'à l'aveu"¹⁶.

S'il est probable qu'aucun système pénal n'a jamais consacré un modèle de justice imposée à l'état pur, il est plus vraisemblable qu'il en ait combiné les traits essentiels avec ce qu'on pourrait appeler un modèle de justice *participative*. Selon ce deuxième modèle, la justice pénale perd son caractère exclusivement unilatéral, en admettant, à des degrés divers, la participation active d'agents privés dans le déroulement du procès, qu'il s'agisse du délinquant, de la victime ou d'une autre personne. Au niveau des poursuites, le système de l'accusation privée - émanant de la victime ou de ses héritiers - et de l'accusation populaire - émanant de tout citoyen quelconque -, en constituent l'illustration par excellence. A un degré moindre, cependant, le mécanisme de la constitution de partie civile, de même que l'existence de "délits de plainte" aboutissent également à reconnaître à la victime un rôle essentiel, qu'il s'exerce de manière positive ou négative. Au niveau de la preuve, la consécration partielle ou totale du caractère "accusatoire" de la procédure, et de son corollaire le caractère contradictoire, aboutit également à assurer la participation active, non seulement, le cas échéant, de l'accusateur privé, mais encore du prévenu sous la forme de l'exercice des droits de la défense.

Un troisième modèle de justice pénale accentue encore le rôle actif, tantôt de la victime, tantôt de l'auteur de l'infraction: celui d'une justice *consensuelle*¹⁷. Par là, je vise un modèle qui accorde une place plus ou moins importante au consentement des intéressés, que ce soit sous la forme positive d'une acceptation ou sous la forme négative d'une absence de refus. Sans doute, le mécanisme traditionnel des voies de recours judiciaires constitue-t-il déjà une forme minimale de consécration d'un tel modèle. L'absence d'exercice de ces voies de recours traduit en effet, dans le chef de la personne condamnée ou dans le chef de la partie civile, sinon l'acceptation du jugement prononcé, du moins l'absence de refus de celui-ci. Il est cependant frappant de constater que les systèmes pénaux contemporains ont tendance à multiplier les situations dans lesquelles un tel consentement se trouve requis¹⁸. Ainsi le recours à certaines procédures alternatives au procès pénal telles que la transaction, le prononcé de certaines mesures ou peines alternatives telles que la peine de travail ou les travaux d'intérêt général, ou encore certaines décisions

participative, justice consensuelle ou justice négociée ? », dans *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. GERARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996, pp. 529 et s.

¹⁵ Cf. notamment P. ROUBIER, *Droits subjectifs et situations juridiques*, Paris, 1963, p. 309 où l'auteur rappelle que l'action pénale ne tend pas à la sanction de la violation d'un droit subjectif, mais à la sanction de la violation d'un devoir.

¹⁶ D. SALAS, *Du procès pénal. Eléments pour une théorie interdisciplinaire du procès*, Paris, PUF, 1992, p. 76.

¹⁷ Voy. G.J.M. CORSTENS, *Consensualiteit*, dans *Delikt en Delinkwent*, 1994, pp. 8 et s. Nous tentons de distinguer ici davantage différents degrés de participation des particuliers au déroulement du procès pénal que ne l'ont fait d'autres travaux déjà publiés sur la question. Cf notamment M. CHIAVARIO, *La justice négociée : une problématique à construire*, dans *Archives de politique criminelle*, n°15, 1993, p.29 où les termes de "justice négociée" et de "justice consensuelle" sont utilisés indifféremment; Fr. TULKENS, *La justice négociée*, dans *Procédures pénales d'Europe*, sous la direction de M. DELMAS-MARTY, Paris, 1995, p. 55 et s., où les termes de "justice consensuelle", "justice contractuelle" et "justice négociée" sont utilisés comme synonymes. Par ailleurs, plusieurs études parlent de "consensualisme", en confondant l'intervention du consentement et l'existence d'une véritable négociation. En ce sens, cf. J. PRADEL, *Le consensualisme en droit pénal comparé*, dans *Estudo em homenagem ao Prof. Doctor Edouardo Correia, Boletim da Faculdade de direito de Coimbra*, numéro spécial, 1988, pp. 1 et s. ; J.-P. EKEU, *Consensualisme et poursuite en droit pénal comparé*, Paris, Cujas, 1993, p. 2-3. D'autres, enfin, parlent, en termes généraux, d'une "contractualisation" du droit pénal. En ce sens, cf. notamment Ph. SALVAGE, *Le consentement en droit pénal*, dans *Revue de sciences criminelles*, 1991, n°4, p. 699, pp. 702 et 715.

¹⁸ Cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « Le consentement dans le champ de la sanction pénale : portée et enjeux », dans *La responsabilité et la responsabilisation dans la justice pénale*, sous la direction de F. DIGNEFFE et Th. MOREAU, Bruxelles De Boeck et Larcier, 2006, pp.397 et s.

relatives aux modalités de la peine telles que le sursis à l'exécution, la suspension de la condamnation, la probation ou la libération conditionnelle, sont-ils généralement soumis au consentement de l'auteur de l'infraction.

Enfin, un dernier modèle de justice pénale ne se contente pas de reconnaître aux particuliers le pouvoir d'accepter ou de refuser des propositions dont le contenu échappe entièrement à leur maîtrise. Ce modèle, qu'on peut qualifier de justice *négociée*, reconnaît à ces mêmes particuliers un pouvoir de discussion dont l'exercice est susceptible, par le biais de concessions réciproques, d'affecter au moins partiellement le contenu de ces propositions et d'aboutir ainsi à un véritable accord négocié. Si ce modèle trouve déjà une illustration dans certaines formes de transaction qui ne se ramènent pas à de simples "contrats d'adhésion", il se concrétise plus clairement encore dans l'institution des procédures de médiation et dans celle du *plea bargaining* ou encore la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, introduite en France en 2004. Dans ce cas, comme dans le cas précédent, on peut parler d'une certaine forme de *contractualisation* de la justice pénale, étant entendu cependant que le degré d'autonomie de la volonté reconnu aux particuliers diffère évidemment dans les deux cas, comme il diffère dans un contrat d'adhésion par rapport à un contrat de gré à gré. Il est clair cependant qu'il ne s'agit pas pour autant d'une pure justice « contractuelle » qui l'assimilerait purement et simplement à une justice privée.

3. Intérêt protégé

Un troisième critère de démarcation possible réside dans le caractère public ou privé de l'intérêt protégé.

En ce qui concerne la justice pénale, le législateur n'a eu de cesse depuis la fin du XVIII^e siècle de consacrer l'idée que l'action publique dont la justice pénale est saisie « a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social », tandis que l'action civile dont la justice civile est saisie, lorsqu'une infraction pénale cause également un dommage à un particulier, a pour objet de statuer sur cet intérêt privé. La dualité des juridictions, corrélative à la dualité des intérêts protégés, paraît ainsi fournir une ligne de démarcation claire.

Une fois encore, cependant, la frontière perd sa netteté à la lumière d'au moins trois types de mécanismes.

Le premier, déjà cité, est celui de la *constitution de partie civile*. S'agissant d'un procédé par lequel la victime agit devant la justice pénale pour faire valoir ses droits à des dommages-intérêts, elle présente la particularité de tendre à la protection d'un intérêt privé, par une voie protectrice d'un intérêt public. Les auteurs ont donc, à juste titre, souligné la double nature à la fois publique et privée de la constitution de partie civile. On peut cependant aller plus loin et se demander dans quelle mesure le souci de protection de l'intérêt privé de la victime ne coïncide pas souvent avec le souci de défense de l'intérêt public¹⁹. Ceci est sans doute particulièrement évident lorsque la constitution de partie civile est le fait d'un groupement, soucieux de protéger l'intérêt collectif, souvent qualifié de « diffus », pour la défense duquel le groupement a été créé et où l'intérêt protégé ne se distingue plus véritablement de l'intérêt public, ou, à tout le moins d'une de ses composantes.

Si le mécanisme précédent illustre une certaine forme de « publicisation » de l'intérêt privé de la victime, en même temps qu'une forme de « privatisation » de l'action publique, un deuxième mécanisme illustre une forme spécifique de « privatisation » des intérêts protégés. Je songe ici tant aux pratiques du parquet qu'aux dispositions légales permettant d'aboutir à l'extinction de l'action publique moyennant le fait que le dommage causé à la victime ait été préalablement réparé. Tel est souvent le cas pour la pratique des classements sans suite. Tel est également le cas, légalement, lorsque le ministère public propose une transaction pénale ou une médiation pénale à l'auteur de l'infraction. Or, il est incontestable qu'un tel mécanisme traduit une forme paradoxale de subordination de la défense de l'intérêt général à la

¹⁹ A cet égard, Cf. notamment M. VAN DE KERCHOVE, « L'intérêt à la répression et l'intérêt à la réparation dans le procès pénal », dans *Droit et intérêt*, sous la direction de Ph. GERARD, Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, vol.3, pp. 83 et s.

protection de l'intérêt privé de la victime ou, si l'on préfère, une forme de réduction de l'un à l'autre. On assiste dès lors, cette fois, à une véritable « privatisation » de l'intérêt protégé

Enfin, la nouvelle forme de médiation consacrée par la loi belge du 22 juin 2005 qui est destinée à la « résolution des difficultés résultant d'une infraction » est censée se placer sur le terrain exclusivement civil de la protection des intérêts de toutes les personnes impliquées dans le conflit. Le fait, cependant, que la loi fasse référence, non pas seulement à un objectif de réparation, mais aussi à un objectif d'« apaisement » qui renvoie « tant au niveau de la relation entre les parties au procès qu'au niveau de la relation avec la société »²⁰ et qu'elle prévoit que le juge puisse tenir compte de la médiation dans son jugement pour la fixation de la peine, montre une fois encore l'incidence que la satisfaction d'un intérêt privé peut avoir sur la protection de l'intérêt public.

4. Fonction remplie par la solution adoptée

Un dernier critère de démarcation réside dans la fonction - essentiellement réparatrice ou répressive - remplie par la solution adoptée.

Ici encore, la plupart des textes légaux adoptés depuis la fin du XVIII^e siècle laissent entendre que la justice pénale statue sur l'action pour l'application des peines, c'est-à-dire remplit une fonction spécifiquement répressive, tandis que la justice civile statue sur l'action pour la réparation du dommage causé par une infraction, c'est-à-dire remplit une fonction spécifiquement réparatrice. On sait cependant que la démarcation est loin d'être nette, dans la mesure où, d'une part, la justice civile est susceptible de prononcer des sanctions répressives, telles que des astreintes ou des dommages-intérêts punitifs, et d'autre part, la justice pénale est susceptible non seulement d'octroyer des dommages-intérêts réparateurs à la victime, mais encore de prononcer des peines auxquelles on reconnaît de plus en plus souvent une fonction au moins partiellement réparatrice.

Si l'on ne retient que le deuxième aspect de cette question, il est évidemment possible de l'illustrer tout d'abord par les mêmes exemples que ceux que nous avons déjà évoqués à propos de l'intérêt protégé, dans la mesure où ils illustrent déjà le souci de réparation du dommage subi par la victime autant dans le chef du législateur que dans le chef du ministère public, dans la politique effectivement adoptée en matière de poursuites. Il convient cependant encore de rappeler que certaines peines, comme la peine de « restitution » aux Etats-Unis²¹ ou certaines mesures alternatives comme la médiation proprement dite remplissent une fonction clairement réparatrice, même si elle n'est pas nécessairement la seule. Quant à d'autres peines traditionnelles comme les peines privatives de liberté, ou d'autres mesures comme la probation ou la libération conditionnelle, le législateur tend de plus en plus à leur intégrer une dimension au moins partiellement réparatrice²².

CONCLUSIONS

L'examen des différents critères de démarcation possible entre justice publique et justice privée m'amène à conclure qu'aucun d'entre eux ne permet de réduire la justice pénale à l'une ou à l'autre de ces formes de justice. L'absence de netteté d'une telle démarcation est évidemment pour partie le fruit d'une évolution historique, dont les oscillations sont multiples, souvent fragmentaires et largement imprévisibles. Les illustrations que j'ai évoquées n'auraient cependant pas eu le même impact théorique si elles ne s'étaient pas accompagnées en même temps d'un véritable changement de paradigme au niveau de leur représentation, aboutissant à admettre l'idée même de complexité, dans ses composantes essentielles. Si l'incertitude est sans doute la dimension qui ressort le plus clairement, les deux autres dimensions

²⁰ Exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n°51-1562/1, p. 9.

²¹ Cf. notamment B. GALAWAY, « Use of restitution as a penal measure in the United States », dans *The Howard Journal*, vol. XXII, 1983, pp. 8 et s. ; M. VAN DE KERCHOVE, « Réparation et dépenalisation aux Etats-Unis », dans *Droit et cultures*, n°32, 1996, pp.161 et s.

²² Cf. Fr. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal. Aspects juridiques et criminologiques*, 7^e éd., Bruxelles, Kluwer, 2005, pp. 496-497.

évoquées me paraissent également illustrées. La récursivité, en effet, ressort notamment des rapports paradoxaux qui se nouent entre particuliers et ministère public au niveau des poursuites, de même qu'entre la protection de l'intérêt public et de l'intérêt privé. De même, l'existence de relations dialectiques se trouve bien illustrée par l'interaction qui se noue entre l'action civile et l'action publique, ainsi qu'entre les fonctions de réparation et de répression remplies par les peines et mesures suscitées par la commission de l'infraction pénale.

JEAN-CLAUDE FARCY
Chargé de recherches au CNRS
Centre Georges Chevrier – Dijon
Jean-Claude.Farcy@Wanadoo.fr

La notion de justice privée est rarement présente dans les travaux des historiens de la justice contemporaine. Il semble que depuis la Révolution française et la consécration de la justice publique, cette forme de règlement des conflits appartienne sans contestation possible aux époques anciennes. Les thèses de droit du XIX^e ou du premier XX^e siècle consacrées à ce thème le confirmeraient à la fois par leur rareté et par leurs conclusions. Pour A. Prost, conservée dans les justices seigneuriales abolies en 1789, la justice privée ne présente plus, en 1887, qu'un intérêt historique¹. Et si A. Vallimaresco, distingue, en 1926, « la justice privée anarchique qui n'a comme raison d'être que l'absence ou la faiblesse des pouvoirs publics » et une « justice privée subsidiaire », sa démonstration sur la non prohibition de cette dernière par le droit français repose sur un petit nombre d'exemples pris en matière civile, justifiés par les idées de nécessité, de simplification, de rapidité et d'économie de frais². Sa distinction recoupe partiellement celle que l'on fait aujourd'hui entre le droit de se faire justice soi-même (légitime défense et exercice de certains droits en matière civile en cas d'urgence) et modes alternatifs de justice, opposés à la justice étatique³.

Or c'est justement dans ce dernier sens - qui nous place donc du côté de la « justice privée anarchique », hors de la justice publique - que les historiens modernistes et contemporanistes ont été amenés à aborder cette question. Dans un premier temps, à partir d'études sur la criminalité, ils ont pris conscience des limites de l'emprise de la justice étatique et en ont recherché les raisons. Étonnés presque de leur découverte, ils ont multiplié les approches des diverses facettes de la justice privée dans ses modalités comme dans ses acteurs, concluant souvent à son importance décisive, reléguant parfois à une place secondaire l'appareil judiciaire de l'État. Plus récemment, l'amorce d'une réflexion sur le concept de l'infrajustice – dominant chez les historiens de lettres – conduit à mettre l'accent sur les rapports entre les deux justices, privée et publique, et sur l'évolution du rôle de l'État comme des différents modèles de justice répondant aux besoins des justiciables

LA PRISE DE CONSCIENCE DES LIMITES DE L'EMPRISE DE LA JUSTICE ETATIQUE

Quand les premières approches en matière d'histoire de la criminalité ont lieu dans les années 1960, les acquis historiques et sociologiques sur la montée en puissance de l'État et son monopole de la violence légitime allaient de soi. Au moins depuis les deux derniers siècles de l'Ancien régime, un État centralisé, disposant de la force publique et de l'appareil judiciaire, donnait l'image d'un contrôle social rigoureux, offrant aux historiens, par le biais de la répression exercée sur les déviances, les comptes du crime dans ses archives. C'est en faisant l'histoire du crime, à partir de ces sources, que les historiens vont prendre conscience et des limites de celles-ci et donc de l'influence de la justice qui les a produites. La mise en valeur des biais d'une lecture positiviste des chiffres du crime fait s'interroger sur les raisons du refus de la justice et conduit à nuancer dans sa chronologie le processus d'acculturation judiciaire des populations.

¹ A. PROST, *La justice privée et l'immunité*, Nogent-le-Rotrou, Impr. Daupeley-Gouverneur, 1887, 224 p.

² A. VALLIMARESCO, *La justice privée en droit moderne*, Paris, L. CHAUNY et L. QUINSAC, 1926, 472 p.

³ D. ALLAND, « Justice privée (Droit de se faire justice soi-même) », dans *Droits. Revue française de théorie juridique*, 2001, n° 34 [Mots de la justice], pp. 73-80.

LES MECOMPTES D'UNE LECTURE POSITIVISTE DU CRIME ET LA DECOUVERTE DE L'INFRAJUDICIAIRE

Les premières études sur l'histoire de la criminalité s'inscrivent dans le courant de l'histoire sérielle en vogue dans les années 1960. À l'encontre d'une histoire portant intérêt aux événements et aux personnalités ayant laissé une trace dans les chroniques officielles, on est persuadé que la recherche historique doit s'intéresser à tous les hommes et prendre en compte tous les aspects de leur vie. De plus, en mesurant les phénomènes étudiés – économiques, démographiques, sociaux ou les mentalités – on garantit la représentativité des corpus analysés tout en donnant une caution scientifique à la discipline. Dans ce contexte, le regard s'est rapidement porté sur la criminalité, avec le dépouillement des jugements des tribunaux des bailliages⁴. L'exercice a été prolongé pour l'époque contemporaine avec l'exploitation des statistiques criminelles du *Compte général de l'administration de la justice criminelle*⁵. Les grilles d'analyse reprenaient celle de la criminologie de la fin du XIX^e siècle, avec, par exemple, la conclusion d'une évolution vers une société moins violente, le vol devenant le délit majeur.

Pourtant, les travaux publiés ont été relativement peu nombreux - du moins pour l'époque contemporaine - car très tôt, les sociologues⁶ et quelques historiens⁷ ont mis en garde contre une lecture très positiviste des archives criminelles en soulignant que celles-ci portaient témoignage de l'activité des tribunaux et non de la réalité du crime, notamment parce que toute une partie du contentieux pénal s'évapore au fil des différentes étapes du processus pénal, du constat de l'infraction au jugement. Le premier colloque organisé à Dijon, en 1991, par le *Centre d'Études historiques sur la Criminalité et les Déviations*, animé par Benoît Garnot, sur « Histoire et criminalité de l'Antiquité au XX^e siècle. Nouvelles approches »⁸, même s'il s'inscrit dans les schémas classiques de l'étude de la criminalité (typologie des crimes et des peines) se fait l'écho de ces critiques des sources utilisées et de la conscience de ne pouvoir appréhender la criminalité réelle à travers l'activité des juridictions. Le bilan historiographique pour l'époque moderne se demande s'il faut « renoncer à faire l'histoire de la criminalité »⁹ et celui de l'époque contemporaine conclut sur la même question « convient-il d'abandonner complètement les études sérielles de la criminalité... »¹⁰.

Quelques années plus tard, en 1995, le 3^e colloque de Dijon allait justement placer au cœur de sa réflexion ce qui échappe à la justice, en le nommant « infrajudiciaire »¹¹. Au-delà même des critiques sur les biais introduits par le processus pénal dans les statistiques criminelles, on s'attaquait directement au « chiffre noir » du crime en déplaçant le regard vers les populations et leur manière de résoudre leurs conflits. Du crime défini par l'instance étatique, et dont l'étude laissait insatisfait, on partait à la découverte du « contentieux » traité en dehors de la justice. Telle est la première approche de la justice privée par les historiens. Elle allait à la fois s'interroger sur les raisons du refus de la justice officielle et sur l'ampleur de ce mode privé de résolution des conflits.

⁴ B. BOUTELET, « Études par sondages de la criminalité du bailliage de Pont de l'Arche (XVII^e-XVIII^e siècles) », dans *Annales de Normandie*, n° 4, 1962, pp. 235-262.

⁵ G. DESERT, « Aspects de la criminalité en France et en Normandie, Marginalité, Déviance, Pauvreté en France, XIV^e-XIX^e Siècles », dans *Cahier des Annales de Normandie*, n° 13, 1981, pp. 221-316.

⁶ R. LEVY, Ph. ROBERT, « Le sociologue et l'histoire pénale », dans *Annales E. S. C.*, mars-avril 1984, n° 2, pp. 400-422.

⁷ M. PERROT, « Criminalité et système pénitentiaire au XIX^e siècle : une histoire en développement », dans *Cahiers du Centre de recherches historiques*, Paris, 1988, n° 1, p. 3-20.

⁸ *Histoire et criminalité de l'Antiquité au XX^e siècle. Nouvelles approches. Actes du Colloque de Dijon-Chenove 3-4-5 octobre 1991*, sous la direction de B. GARNOT, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1992, 542 p.

⁹ « L'historiographie de la criminalité pour la période moderne », dans *Histoire et criminalité de l'Antiquité au XX^e siècle*, sous la direction de B. GARNOT, *op. cit.*, p. 29.

¹⁰ J.-Cl. FARCY, « L'historiographie de la criminalité en histoire contemporaine », dans *Histoire et criminalité de l'Antiquité au XX^e siècle*, sous la direction de B. GARNOT, *op. cit.*, p. 44.

¹¹ *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine. Actes du Colloque de Dijon 5-6 octobre 1995*, sous la direction de B. GARNOT, Dijon, Éditions universitaires de Dijon, 1996, 477 p.

LE REFUS DE LA JUSTICE ET SES RAISONS

Sur les facteurs de cette réticence à l'égard de la justice de l'État, on remarquait d'abord les insuffisances de l'appareil judiciaire et des agents chargés du constat des infractions au droit pénal. Pour l'époque moderne et jusqu'à l'amélioration du réseau routier et au développement des chemins de fer, les difficultés de transport rendent sensible l'éloignement des tribunaux par rapport au domicile des justiciables. De même, les faibles effectifs de la maréchaussée, des polices municipales rendent très aléatoire le constat des délits d'autant plus que les poursuites privilégient ce qui porte atteinte à l'ordre public et marquent une grande réticence à traiter les affaires internes aux communautés, soit le contentieux ordinaire des conflits interindividuels.

Ce dernier point soulève la question d'une différence de comportements, de valeurs entre populations et représentants de l'État. Les premières sont animées par une volonté de paix, de concorde au sein des différentes communautés, et pour ce faire écartent la sanction au profit de la réparation, de l'arrangement. Alors que la justice stigmatise un coupable et le punit (souvent sévèrement au temps des supplices, motif de plus pour ne pas y faire appel), les justiciables veulent rétablir l'équilibre et l'harmonie rompus par une transgression. Ces conceptions différentes reflètent le cadre de vie alors dominant, celui d'un monde rural prépondérant, où la vie sociale repose sur les communautés villageoises. La vie en petites communautés, sous le regard de l'autre, dans une société d'interconnaissance, fait privilégier, pour le règlement des conflits, le code de l'honneur au droit pénal national.

Très rapidement résumées, on a ainsi les grandes lignes d'un schéma expliquant le faible appel à la justice, et, dans l'esprit des auteurs traitant cette question, le fait que la criminalité jugée par les tribunaux ne soit que la petite partie émergée des faits criminels dont la majorité échappe au contrôle de l'État¹². Nombre d'auteurs, en particulier Benoît Garnot, ne sont pas loin de penser que, à l'époque moderne, même s'il ne faut pas faire de cette infrajustice une « panacée » et exagérer son importance, elle traite néanmoins la majorité du contentieux.

UNE ÉVOLUTION DIFFICILE A SAISIR : LA QUESTION DE L'ACCULTURATION JUDICIAIRE

Ce schéma souffre sans doute de ne pas être suffisamment nuancé en fonction de la nature des contentieux, de la géographie comme de l'évolution dans le temps et de ses facteurs.

On remarque en effet que l'immense majorité des études traitant de l'infrajustice portent sur le contentieux pénal, ce qui se comprend si l'on rappelle que la plupart de leurs auteurs ont commencé - et continuent - à travailler sur la criminalité. Mais la discrétion du contentieux civil est étonnante, et l'est d'autant plus qu'au XIX^e siècle, on a remarqué combien la litigiosité - mesurée par Bernard Schnapper à partir des statistiques de la justice civile¹³ - était forte dans le même temps où l'on trouve encore des indices sensibles d'un évitement de la justice pénale. Toute justice d'État n'est donc pas suspecte aux yeux des populations, et il est probable qu'au civil, malgré le coût impliqué par la représentation des parties, les justiciables s'estiment en position de relative égalité devant le juge civil, qui tranche certes le litige, mais sans que la décision ait valeur de sanction comme au pénal. C'est donc plus une forme de justice que la justice de l'État en elle-même qui est refusée.

Encore doit-on ajouter que l'on trouve très répandu, dans les premières décennies du XIX^e siècle, le désir de régler au pénal des conflits individuels mineurs avec torts réciproques (injures, diffamation, violences légères) et l'on sait que, sur directives de la Chancellerie, les parquets s'efforcent d'écarter les plaintes des parties civiles de cette nature.

¹² « Dans la France moderne, une grande partie des affaires criminelles, probablement la majorité, ne part pas en justice, parce que les populations concernées ne le veulent pas », B. GARNOT, « L'ampleur et les limites de l'infrajudiciaire dans la France d'ancien régime (XVI^e, XVII^e et XVIII^e siècles), dans *L'infrajudiciaire*, sous la direction de B. GARNOT, *op. cit.*, p. 70.

¹³ B. SCHNAPPER, « Pour une géographie des mentalités judiciaires : la litigiosité en France au XIX^e siècle », dans *Annales E.S.C.*, février-mars 1979, pp. 399-419.

Il reste cependant une méfiance importante à l'égard de la justice pénale. Mais il convient de nuancer selon les régions et le cadre de vie. Certaines provinces, plus éloignées du pouvoir central, rattachées plus tardivement à l'ensemble national ou plus attachées à leur autonomie, paraissent être davantage marquées par le refus des interventions du pouvoir central, notamment sous la forme de la justice. C'est le cas, par exemple, des Pyrénées dont on a pu dire qu'elles étaient en dissidence pendant le premier XIX^e siècle¹⁴. Plus généralement, les populations rurales – majoritaires jusqu'aux années 1930 – sont les plus réfractaires à l'intervention de la justice, et l'auteur de *la France des terroirs*, Eugen Weber a pu titrer son chapitre consacré à cette question par la prière « De la justice, Seigneur, délivrez-nous ! »¹⁵, en commençant par rappeler tous les récriminations sur le coût des hommes de loi pour les paysans et en continuant par la litanie des rapports administratifs sur les mœurs primitives et violentes d'une paysannerie qui échappe avec aisance aux mailles du filet judiciaire. La démonstration est d'autant plus aisée qu'elle prend appui sur les doléances de préfets, magistrats ou observateurs appartenant aux élites dont le système de valeurs est bien différent de celui des ruraux.

Et c'est probablement dans cette direction qu'il faut réfléchir en termes d'évolution. La question revient alors à se demander comment et quand les normes et valeurs des élites sont acceptées par les populations rurales ou celles restées en marge du pouvoir central. L'évolution de la justice privée et de son influence serait fonction de l'acculturation judiciaire des campagnes. À ce niveau, force est de constater que la chronologie est à peine esquissée dans les travaux réalisés, la tendance étant à dire que le changement s'opère après la période que l'on étudie... Les historiens de la violence rurale avancent des dates variées : pour certains elle tendrait à disparaître au profit d'un règlement judiciaire des conflits à partir des années 1860, sous le Second Empire ; pour d'autres, il faudrait reporter le tournant au dernier quart du XIX^e siècle, comme le pense également Eugen Weber dont l'ouvrage est entièrement construit autour de cette thèse de l'intégration des paysans dans la nation dans les débuts de la Troisième République. Mais dans la mesure où l'on associe infrajustice et petites communautés gardant une autonomie relative, ne faut-il pas reporter plus en aval encore le règlement des conflits en interne, en dehors de la justice ? Quand la France cesse d'être majoritairement rurale, dans les années 1930, et peut-être même, à suivre les sociologues du rural, quand, dans les années 1950-1960, la *fin des paysans*¹⁶ marquerait-elle le point ultime de l'évolution, lorsque l'emporte définitivement une régulation sociale entièrement dominée par l'État et sa justice ? Encore faudrait-il pointer les périodes de crise, de remise en cause du pouvoir central, pendant les révolutions et les guerres, où l'infrajustice prend certainement le relais d'un appareil judiciaire paralysé ou déficient : il suffit de penser, par exemple, aux règlements de compte et aux tribunaux populaires dans les premiers mois de la libération en 1944.

Évoquer ces nuances géographiques, sociales et chronologiques, c'est s'inscrire dans le fil directeur d'une appréhension nouvelle de l'État. Malheureusement peu étudié par les historiens pour la période contemporaine, son rôle dans l'organisation et le contrôle de la société apparaît remis en cause, ou du moins apparaît moins influent, moins dominateur qu'on ne l'imaginait auparavant. La centralisation à l'œuvre dans les derniers siècles de l'ancien régime et la fondation révolutionnaire n'auraient pas éradiqué aussi rapidement qu'on le pensait les modes concurrents d'organisation sociale, particulièrement en matière de règlement des conflits. Dans cette perspective, l'histoire de la justice privée témoignerait d'une résistance des populations à l'influence de l'État, résistance s'affaiblissant avec le temps, mais sur une longue durée. Mais les historiens n'ont pas encore travaillé sur le concret de cette évolution¹⁷, se contentant plutôt d'en faire le constat, la majorité des auteurs étant plutôt fascinés par les modalités d'exercice de ce qu'ils nomment l'infrajustice.

¹⁴ J.-Fr. SOULET, *Les Pyrénées au XIX^e siècle*, Toulouse, Eché, 1987, 2 vol., 478 et 713 p.

¹⁵ E. WEBER, *La fin des terroirs. La modernisation de la France rurale 1870-1914*, Paris, Fayard, 1983, chap. 5, pp. 84-107.

¹⁶ Pour reprendre le titre de l'ouvrage d'Henri MENDRAS, *La fin des paysans, innovations et changement dans l'agriculture française*, Paris, S.É.D.É.I.S., 1967, 361 p.

¹⁷ Premiers éléments de réflexion : F. CHAUVAUD, « La Justice en France, 1789-1939. Un modèle à l'épreuve ? », dans *Crime, Histoire & Sociétés*, 2002, vol. 6, n° 1, p. 105-125 ; et J.-G. PETIT, « La Justice en France, 1789-1939. Une étatisation modèle ? », dans *Crime, Histoire & Sociétés*, 2002, vol. 6, n° 1, pp. 85-103.

MODALITÉS, ACTEURS ET CONTOURS DE LA JUSTICE PRIVÉE

Les travaux réalisés permettent d'identifier aisément les modalités de règlement des conflits relevant de cette justice non officielle, d'en saisir les acteurs, la réflexion sur les contours et le sens de cette infrajustice en étant à ses débuts, symptôme clair d'un manque de conceptualisation, déjà noté avec l'absence de référence à la notion de justice privée.

MODALITES : VENGEANCE PRIVÉE ET ARRANGEMENT

La première modalité citée renvoie au système vindicatoire, à la vengeance privée dont la place dans le règlement des conflits en interne par les communautés rurales n'est pas propre à des régions particulières, comme la Corse où l'on connaît bien la prégnance de la vendetta¹⁸. On relève ce comportement dans la plupart des régions, qu'il s'agisse du Massif central¹⁹, des Pyrénées ou, plus près de la capitale, de l'arrondissement de Rambouillet²⁰. Il n'est sans doute pas de région rurale, voire de quartier ouvrier, où le conflit puisse se résoudre par la violence entre les personnes ou les atteintes aux biens des protagonistes, avec les risques d'enchaînement et de contagion aux parentèles. Frédéric Chauvaud parle ainsi des ruraux du Hurepoix comme des « êtres-en-compte » ayant en mémoire les conflits d'une vie avec leur cortège de coups portés ou reçus, d'avantages gagnés et perdus. Dans cette « conflictuosité » ambiante, la violence ponctue l'évolution des différends. D'une certaine façon, à l'exception des bagarres issues de la fréquentation du cabaret, sous l'emprise de l'alcool, on peut avancer que la violence du monde rural, stigmatisée pendant longtemps au fil du XIX^e siècle, témoigne bien d'une façon de régler entre soi ses différends. Ne dit-on pas, de façon usuelle, que le bâton équivaut à un bon juge de paix ? De fait, la violence, qui paraît barbare aux yeux des élites, est intégrée par les populations comme un des instruments utilisés - avec des degrés variables, de l'injure aux coups, voir jusqu'au meurtre - pour rétablir l'équilibre et la paix sociale au sein de la communauté. Le caractère souvent public des affrontements va bien dans le sens d'un retour à la concorde, en remettant les protagonistes à la place qu'ils avaient avant le conflit, façon de sanctionner ainsi tout écart aux normes communautaires et de maintenir les positions de chacun²¹. C'est donc une violence relativement contrôlée, car placée sous le regard public, alors que lorsqu'elle excède les normes villageoises elle est sans difficulté portée à la connaissance de la justice. Toutefois, reconnaissons que vengeance et violence sont souvent écartées, par les historiens, de l'infrajustice.

On assimile souvent celle-ci aux pratiques d'arrangement ou d'accommodement entre les parties en conflit, d'autant plus que ces pratiques apparaissent, dans les sources judiciaires, comme des tentatives de résolution de conflits antérieures à l'instance pénale. Leur échec conduisant logiquement à la justice d'État, la notion d'infrajudiciaire s'imposait. Toutefois, on constate que ces arrangements peuvent avoir lieu à tous les stades : avant le dépôt d'une plainte le plus souvent, mais également peu de temps après ce dépôt, pendant l'instruction ou même au niveau du procès. Elles ont la même finalité que l'usage précédemment évoqué de la violence : rétablir la paix sociale troublée en remettant chacun à sa place, et donc en faisant réparer les torts commis. Évitant une procédure judiciaire coûteuse et incertaine, l'arrangement met un terme au risque d'une vengeance prolongée et surtout permet à cette forme de justice en interne de tenir compte des valeurs de la communauté et des circonstances particulières à chacun des protagonistes, ce que ne peut faire, aux yeux des populations, une justice étatique attachée à

¹⁸ S. WILSON, *Fending conflict and bandity in XIXth century Corsica*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, IX-565 p.

¹⁹ E. CLAVERIE, P. LAMAISON, *L'impossible mariage. Violence et parenté en Gévaudan, 17^e, 18^e et 19^e siècles*, Paris, Hachette, 1982, 364 p.

²⁰ F. CHAUVAUD, *Les passions villageoises au XIX^e siècle, les émotions rurales dans les pays de Beauce, du Mantois et du Hurepoix*, Paris, Publisud, 1995, 272 p.

²¹ A. CORBIN, « L'histoire de la violence dans les campagnes françaises au XIX^e siècle. Esquisse d'un bilan », dans *Ethnologie française*, tome XXI, 1991, n° 3, pp. 224-236 ; F. CHAUVAUD, *De Pierre Rivière à Landru. La violence apprivoisée au XIX^e siècle*, Paris, Éditions Brépols, 1991, 271 p. ; P. VALLIN, « La violence au village à la Belle Époque. Questions de méthode », dans *Violences en Limousin à travers les siècles*, sous la direction de P. D'HOLLANDER, Limoges, PULIM, 1998, p. 235-253.

sanctionner un écart à la loi. D'où le refus de la sanction pour la réparation d'honneur ou la compensation financière, avec un aspect public, même lorsque ces arrangements se font entre les seules parties, la réconciliation se manifestant publiquement, au cabaret. Qu'il s'agisse de vols, de violences avec blessures entraînant une incapacité de travail ou de violences sexuelles - les viols sont fréquemment l'objet de tels arrangements -, ces pratiques d'accommodement font intervenir des tiers qui servent de médiateurs, voire d'arbitres si les parties ne peuvent trouver elles-mêmes un terrain d'entente.

LES ACTEURS

Leur typologie a été largement développée. Il peut s'agir de voisins, d'amis, mais semble-t-il davantage de notables du village, du curé au maire, en passant par les personnes influentes par leur métier ou leur réseau de relations (instituteurs, notaires, médecins), bien intégrées dans la société locale tout en disposant de ressources - notamment l'usage de l'écrit et une connaissance des usages et du droit - que la majorité des habitants ne possède pas. Nombre d'études se sont attachées au rôle particulier d'un de ces médiateurs. Plusieurs ont ainsi fait le portrait du curé ou du pasteur, prolongeant ainsi leur tâche de contrôle social - via la confession -, tout en pouvant, éventuellement, orienter vers l'appel à la justice de l'État quand ce n'est pas ce dernier qui les sollicite (monitoires sous l'Ancien régime). Le rôle des notaires en la matière, en particulier sous l'Ancien régime, est bien connu, les manuels reconnaissant d'ailleurs un rôle de médiateur aux intéressés dans l'adoption de transactions ou de compromis entre parties. Constituant une part plus ou moins notable de leur activité - un acte sur dix pour un notaire de Limoges²² au milieu du XVIII^e siècle -, cette forme de médiation semble concerner une population sinon relativement aisée, du moins d'une situation sociale supérieure à la moyenne.

François Ploux, qui a proposé une des meilleures études sur l'arrangement au XIX^e siècle, en prenant le cadre du Quercy²³, est le seul à tenter de suivre une évolution de la situation sociale de ces médiateurs. Prenant appui sur les travaux de Yves et Nicole Castan²⁴, qui ont été parmi les premiers à mettre en valeur cette forme de justice hors de l'État, il remarque ainsi que l'appel à des notables, déjà sur le déclin dans les dernières années de l'Ancien régime, ferait place, après la Révolution, à la sollicitation plus fréquente d'amis et de voisins, en tout cas de médiateurs appartenant au même milieu social que les protagonistes. Ce mouvement, en accord avec les modifications de l'organisation sociale introduites par la Révolution, pourrait signifier - hypothèse qui nous est propre - que les procédures d'accommodement seraient désormais davantage prises en compte dans les couches populaires, au détriment, peut-être, de l'usage de la violence.

Ajoutons que cette dernière peut avoir des modalités collectives, les groupes de jeunesse - même s'ils ont perdu leur encadrement ancien, tels les Bacheleries du Poitou²⁵ - ayant également, aux côtés de leur rôle dans l'organisation des loisirs du village, une fonction de justice coutumière²⁶ : *charivaris*, *paillades* et *asouades* stigmatisent les écarts de conduite en matière sexuelle, tels que mariages hors normes, adultère ou conduites jugées hors normes et portant atteinte à la réputation du village. Ils défendent également l'honneur du village contre le voisin et la région du Quercy, avec d'autres, donne un bel exemple de rixes villageoises, véritables guerres paysannes²⁷ auxquels participent, jusqu'aux années 1860, des centaines de combattants, guerres paysannes ponctuées de traités de paix signés entre protagonistes, conclus également via la médiation de tiers, mais hors de la justice qui s'avère incapable d'y mettre un terme. Des différends collectifs relèvent donc aussi de l'infrajustice, de même que des collectifs - le groupe des jeunes - peuvent

²² S. TRAYAUD, « Notariat et infrajustice : le rôle de médiation du notaire sous l'Ancien Régime à travers la pratique de Pierre THOUMAS DE BOSMIE, notaire royal à Limoges (1735-1740) », dans *Le Temps de l'histoire*, n° hors série, 2001, pp. 207-220.

²³ Fr. PLOUX, « L'"arrangement" dans les campagnes du Haut-Quercy (1815-1850) », dans *Histoire de la Justice*, année 1992, n° 5, pp. 95-115.

²⁴ N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, Flammarion, 1980, 313 p.

²⁵ N. PELLEGRIN, *Les Bacheleries, organisations et fêtes de la jeunesse dans le Centre-Ouest (XV^e-XVIII^e siècles)*, Poitiers, Société des antiquaires de l'Ouest, 1983, 400 p.

²⁶ J.-Cl. FARCY, *La jeunesse rurale dans la France du XIX^e siècle*, Paris, Éditions Christian, 2004, pp. 124-131.

²⁷ Fr. PLOUX, *Guerres paysannes en Quercy. Violences, conciliation et répression sociale dans les campagnes du Lot (1810-1860)*, Paris, la Boutique de l'Histoire, 2002, 376 p.

participer à son exercice dans un cadre élargi à toute la communauté, débordant ainsi le règlement de conflits purement individuels.

LE CONCEPT D'INFRAJUSTICE INTERROGÉ

C'est dire la mesure de l'infrajustice, à condition d'inclure sous cette notion les deux modalités que nous avons évoquées : vengeance privée et accommodement. Amorcée dans la conclusion du colloque de Dijon sur l'infrajudiciaire, la réflexion sur les contours et la définition de l'infrajustice a été récemment développée par Benoît Garnot dans un article au titre éloquent par ses variations sur les préfixes pouvant être associés au mot justice²⁸. Il distingue ainsi, aux côtés de la justice étatique – qui selon lui ne traiterait sans doute qu'une minorité des écarts aux normes sociales encore à la fin de l'Ancien régime -, l'*infrajustice* qu'il associe au traitement de conflits entre individus - susceptibles d'être traités par la justice officielle - par des « médiateurs-arbitres », dans un cadre public ou semi-public. À défaut de l'intervention de tiers et de caractère public, les règlements privés ou collectifs - sous la forme d'arrangements ou de vengeances -, même s'ils participent à la régulation sociale à l'égal de l'infrajustice, relèveraient de la *parajustice*. Enfin, une criminalité non régulée, subie ou tolérée, sans règlement du conflit rentrerait dans le cadre de l'*extra-justice*. Cette classification - s'inscrivant dans des études portant essentiellement sur la criminalité et la justice pénale - part du point de vue de l'État, la justice étatique restant le modèle de référence.

Nous avons suggéré, précédemment, en nous inspirant de l'anthropologie, d'adopter une position plus « neutre » en reprenant la notion de pluralisme judiciaire²⁹. D'une part, est fait le constat de l'existence d'une justice officielle valorisant les notions d'ordre et de sécurité au détriment de l'apaisement du conflit, privilégiant les normes par rapport aux comportements, mettant l'accent sur la répression et la sanction. D'autre part, aux côtés de cette justice conquérante s'il en est sur le long terme, existe une justice privée ayant pour finalité le rétablissement de l'harmonie, le jugement en équité, par voie de médiation, visant la réparation et non la répression.

Quelle que soit la position adoptée – et il nous semble que la réflexion en est à ses balbutiements chez les historiens – il est clair qu'un des enjeux important est celui des rapports entre les deux justices, publique et privée, et de leur évolution dans le temps.

LES RAPPORTS ENTRE JUSTICE PRIVÉE ET JUSTICE PUBLIQUE

Un survol de l'histoire de la période prise en compte pourrait se contenter de noter la progressive réduction et élimination des formes de justice privée repérées à l'époque moderne et alors dominantes si l'on suit l'avis des historiens de cette époque. Cette vision linéaire, associant le triomphe de la justice d'État au progrès – ce qui n'est pas forcément faux dans la mesure où cette justice développe des valeurs égalitaires et les met en pratique – masque les nombreuses interférences entre les deux justices, la justice privée pouvant utiliser l'appareil judiciaire de l'État, ce dernier pouvant adopter des modalités de règlements des conflits similaires à la première, soit par ses représentants, soit même dans certaines de ses institutions.

QUAND LA JUSTICE PRIVÉE UTILISE LA JUSTICE OFFICIELLE

On a déjà fait allusion à l'instrumentalisation de la justice officielle par les justiciables. La Chancellerie comme les magistrats en ont d'ailleurs une claire conscience : la première donne des directives, particulièrement dans le premier XIX^e siècle, pour faire écarter de la correctionnelle les parties civiles, le parquet jouant en ce domaine un rôle décisif en classant sans suite après enquête préliminaire, ce

²⁸ B. GARNOT, « Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime », dans *Crime, Histoire & Sociétés*, 2000, vol. 4, n° 1, pp. 103-121.

²⁹ J.-Cl FARCY, « Justice, paysannerie et Etat en France au XIX^e siècle », dans *Le pénal dans tous ses États. Justice, États et sociétés en Europe (XII^e-XX^e siècles)*, sous la direction de X. ROUSSEAUX et R. LEVY, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1997, pp. 191-207.

qui n'est pas pour rien dans la croissance de son pouvoir prétorien³⁰. Il s'agit d'éviter l'encombrement de l'audience par des conflits mineurs exprimés sous la forme d'injures ou de violences légères, les parties souhaitant poursuivre devant le tribunal leur différend plutôt que d'y mettre un terme. De même, dans les négociations en vue d'un arrangement, les parties peuvent utiliser la menace d'un appel à la justice comme moyen de pression pour amener l'adversaire à composer ou à accepter les conditions posées pour établir un accord. La manipulation continue lors de l'instruction et même au procès, via le faux témoignage qui est très répandu dans certaines campagnes³¹, ce qui rend par exemple impossible la répression des protagonistes des rixes intervillageoises dans la région du Quercy : on voit alors clairement que chaque camp poursuit au tribunal, par appel aux solidarités villageoises, le combat engagé à coups de bâtons et de pierres sur le champ de foire. Dans cette région, les lamentations des magistrats et des administrateurs sur l'impuissance de la justice sont des plus éloquents. D'une certaine manière, le fonctionnement du jury, particulièrement dans les premières décennies du XIX^e siècle, témoigne également du poids des valeurs de la justice privée. Ce que des magistrats dénoncent comme des « acquittements scandaleux »³² n'est bien souvent que l'expression de la prise en compte par les jurés notables des normes sociales de leur région : leur verdict traduit la prise en considération de l'ensemble des circonstances du crime, de son contexte local, et du souhait de rétablir l'harmonie au sein d'une communauté troublée quitte à s'écarter de la loi. Tout cela est bien connu, mais doit être rappelé pour montrer qu'on aurait tort de réduire l'influence de la justice privée aux seuls règlements des conflits qu'elle réalise hors des tribunaux.

QUAND LE PERSONNEL JUDICIAIRE PRATIQUE LA MEDIATION

Qui plus est, en se plaçant du côté de ces derniers, on trouve des procédures qui se rapprochent de celles valorisées par l'infrajustice. D'abord le personnel judiciaire, considéré au sens large, n'est pas sans être sollicité par les parties pour aboutir à un arrangement. Les auxiliaires de justice sont très représentés parmi les médiateurs arbitres. En répondant positivement, ces auxiliaires assument une fonction de juger dont ils sont légalement écartés, mais en s'inscrivant dans une « recherche de la concorde entre les parties », pour reprendre l'expression utilisée dans un colloque récent sur cette catégorie professionnelle aux contours multiples³³. Il est clair que leur compétence comme notaires, avocats, hommes de loi rassure les parties sur l'équité dans la recherche souhaitée de l'accord.

On peut avancer que l'implication du personnel judiciaire concerne même ceux qui sont le plus intégrés au fonctionnement de la justice, comme les policiers ou la magistrature. Pour cette dernière, le parquet, dans son travail de classement des plaintes, a ce rôle d'accommodement qu'on retrouve dans l'analyse des registres qu'il tient sur tous les faits venant à sa connaissance : non seulement il en oriente certaines vers la justice civile ou la simple police, mais on constate indirectement qu'il contribue à arranger certaines affaires, les différends étant abandonnés après « accord » ou « arrangement » pour reprendre les termes utilisés dans les registres³⁴. Les quelques témoignages dont on dispose sur la venue des parties à leur cabinet et leur travail concret de conciliation en la matière vont en ce sens. De plus, la procédure d'admonition préventive, pour les délits bénins commis par les jeunes, confirme cette fonction que quelques juristes du XIX^e siècle comme Bonneville de Marsangy valorisent³⁵.

³⁰ Dans *Parquet et politique pénale depuis le XIX^e siècle*, sous la direction de C. BRUSCHI, Paris, P.U.F., 2002, 381 p.

³¹ J.-Cl. FARCY, « La répression du faux témoignage en France au XIX^e siècle », *Les témoins devant la justice. Une histoire des statuts et des comportements*, sous la direction de B. GARNOT, Rennes, PUR, 2003, pp. 373-389.

³² E. CLAVERIE, « De la difficulté de faire un citoyen : les "acquittements scandaleux" du jury dans la France provinciale du début du XIX^e siècle », dans *Études rurales*, n° 95-96, juillet-décembre 1984, pp. 143-166.

³³ Dans *Entre justice et justiciables : les auxiliaires de la justice du Moyen âge au XX^e siècle*, sous la direction de C. DOLAN, Laval, Les presses de l'Université de Laval, 2005, 828 p.

³⁴ J.-Cl. FARCY, « Le procureur entre l'ordre public et les justiciables : plaintes, procès-verbaux et poursuites pénales à Dijon à la fin du XIX^e siècle », *Crime, Histoire & Sociétés*, 2005, vol. 9, n° 1, pp. 79-115.

³⁵ A. BONNEVILLE DE MARSANGY, *De l'amélioration de la loi criminelle en vue d'une justice plus prompte, plus efficace, plus généreuse et plus moralisante*, Paris, Cosse et Dumaine, 1865, 700 p. Chapitre VIII. De l'admonition répressive. Cf. également Chapitre VII. De la mission préventive de la justice, où l'auteur développe particulièrement l'importance des avertissements officiels adressés aux parties ou aux infracteurs par les magistrats du ministère public.

Les procureurs ne sont d'ailleurs pas les seuls à intervenir en ce sens en matière de délinquance juvénile : les commissaires de police parisiens, en partie sous la pression du mouvement philanthropique développé à la fin du XIX^e siècle (notamment par les comités de défense de l'enfance en justice), règlent à l'amiable une partie des conflits dans lesquels les jeunes sont impliqués et réprimandent une partie d'entre eux avant de les relâcher après une arrestation, sans transmettre au parquet. On ne comprendrait pas, autrement, la différence entre le nombre des arrestations et celui des affaires traitées par le petit parquet de la Seine³⁶. La pratique de la main courante dans les commissariats s'inscrit également dans une perspective de règlement à l'amiable des conflits et il n'est pas jusqu'au travail des gendarmes qui entre dans ce cadre. Une enquête sociologique³⁷ a pu ainsi montrer que « le gendarme tient plus du juge que de l'automate » : son « pouvoir discrétionnaire » se manifeste lors de la verbalisation - par sélection dans les infractions commises - et après celle-ci quand il s'agit de répondre favorablement aux demandes d'indulgence. Il s'agit là pourtant d'une matière éloignée du différend entre parties puisqu'elle touche directement à l'ordre public, et pourtant le représentant de la loi temporise avec l'application de celle-ci, pour des raisons variées, la principale étant de préserver son insertion dans le milieu local qui est l'atout majeur de la gendarmerie lors des enquêtes judiciaires.

En même temps le gendarme qui ne verbalise pas ou accepte de retirer le procès-verbal, exerce une fonction éducative, d'apprentissage au respect du droit. L'intervention des auxiliaires de justice ou même des procureurs peut être interprétée dans le même sens : en participant à la « médiation » souhaitée par les populations, ils font œuvre de propédeutique à la justice. Cette forme d'acculturation juridique trouve son efficacité dans la relation personnelle, un des points forts de la demande des justiciables, car, dans une société d'interconnaissance, la personne compte autant sinon plus que la fonction qu'elle exerce. Ce faisant, le personnel participant à la justice officielle peut aussi atténuer les préventions à l'égard de cette dernière.

DES INSTANCES JUDICIAIRES DE CONCILIATION

Cette voie d'acculturation judiciaire est renforcée par l'existence, au sein de la justice étatique, de procédures et d'instances qui se rapprochent des valeurs à l'œuvre dans la justice privée, soit la recherche d'une justice en équité plus qu'en droit, privilégiant l'arrangement entre les parties. C'est le cas de procédures comme la transaction et l'arbitrage, trop peu étudiées, du moins dans leur pratique, et dont la diffusion serait très intéressante à mesurer. À prendre un exemple dans le pénal, on sait combien la possibilité offerte de transiger en matière de délits forestiers, accordée en 1859, a joué un rôle décisif dans l'élimination de ce contentieux massif en correctionnelle.

Au niveau des juridictions même, on sait combien l'Assemblée constituante a privilégié cette justice de conciliation en cherchant à réduire l'influence des professionnels de la justice sans y réussir d'ailleurs : justice de paix avec son bureau de paix et de conciliation, tribunaux des famille, arbitrage étendu à nombreuses matières, tout cela est bien connu et a d'ailleurs fait l'objet de nombreuses études historiques à l'occasion du bicentenaire de la Révolution comme si ce que certains nomment l'utopie révolutionnaire redevenait d'actualité, alors que la réforme consulaire a éliminé la plupart de ces innovations, en gardant seulement la justice de paix. Les travaux récents sur cette dernière³⁸ ont souligné son importance au cours du XIX^e siècle, la conciliation sur billet d'avertissement connaissant son apogée sous le Second Empire : c'est vraiment alors la justice commune, plébiscitée par les populations rurales. Il est d'ailleurs possible que ce succès, en favorisant l'acculturation judiciaire des campagnes, soit à l'origine de son progressif déclin, le juge notable et paternel faisant place peu à peu au juge professionnel, le droit se substituant à l'équité.

³⁶ J.-Cl. FARCY, « Quelques problèmes d'analyse de la délinquance juvénile à la fin du XIX^e siècle. L'exemple parisien », dans *Trames. Revue d'Histoire et de Géographie de l'I. U. F. M. de l'Académie de Rouen*, n° 3-4, 1998, pp. 143-156.

³⁷ R. ZAUBERMAN, « La répression des infractions routières : le gendarme comme juge », dans *Sociologie du Travail*, 1998, n° 1, pp. 43-64.

³⁸ Dans *Une justice de proximité : la justice de paix 1790-1958*, sous la direction de J.-G. PETIT, Paris, PUF, coll. Droit et Justice, 2003, 332 p.

Prendre en compte toutes ces interactions entre justice privée et justice publique permettrait peut-être - à condition de développer des études prenant en compte la longue durée et s'efforçant de mesurer les pratiques - de mieux marquer les territoires de chacune et de marquer les étapes du déclin de la première au bénéfice de la seconde. Ce qui paraît aujourd'hui confirmé, c'est que la justice étatique était loin d'avoir l'exclusivité du règlement des conflits dans les derniers siècles de l'ancien régime comme on a pu le penser en exagérant l'influence de l'État en France. Mais de là à inverser les choses et à considérer que la justice privée exerçait l'essentiel de la régulation sociale encore au XVIII^e siècle, c'est probablement exagéré, d'autant plus que cette hypothèse repose sur des vues qui privilégient le pénal, comme on témoigne la réflexion autour de la notion d'infrajustice.

Évidemment, ces interrogations ont en arrière-plan les débats de ces dernières décennies autour des modes alternatifs de justice. Une justice publique, encombrée par les contentieux, dans un contexte d'affaiblissement de l'État et du politique, laisse une place à des formes variées de règlements des conflits (conciliateurs, médiations diverses, juges de proximité, etc.) dont l'esprit s'apparente à celui de la justice privée. La belle mise en perspective historique réalisée par Guillaume Métairie sur la justice de proximité³⁹, en suggérant une approche très éclairante sur notre sujet, nous donnera le mot de la fin : le pluralisme judiciaire n'est-t-il pas au fond le reflet de deux conceptions de la justice, conceptions qui recourent le clivage justice privée et justice publique mais traversent aussi la seconde ? C'est un peu à cette autre façon de poser le problème qu'aboutit ce rapide survol des travaux historiques sur justice privée et justice publique dans la France de la fin de l'Ancien régime à nos jours.

³⁹ G. METAIRIE, *La justice de proximité : une approche historique*, Paris, P.U.F., 2004, 160 p.

EVELYNE SERVERIN

Directeur de recherches au CNRS

Institut de recherches juridiques sur l'entreprise et les relations professionnelles

UMR 7029 CNRS, Université Paris X, Nanterre

eserveri@u-paris10.fr

INTRODUCTION : LA TRANSACTION, AU-DELÀ DE L'ALTERNATIVE

Sous quelque perspective qu'on se place, juridique, sociologique, économique, la transaction, ce contrat « par lequel les parties terminent une contestation née ou préviennent une contestation à naître », est présentée comme une heureuse *alternative* à la saisine des tribunaux. Le fondement théorique de cette appréciation varie selon les disciplines, mais ce qui est partagé, c'est l'idée que le recours à la transaction chasse le droit de l'Etat : là où la transaction apparaît, le droit, et le tribunal, chargé de l'appliquer, reculent. Derrière ce constat partagé, chaque discipline prête à la transaction des vertus spécifiques : pour les juristes, la transaction préserve l'appareil judiciaire ; pour les économistes, la transaction est seule à même de produire des arrangements efficaces ; pour les sociologues, la transaction garantit la pacification des rapports sociaux. Mais à louer ainsi les vertus de la transaction comme pur évitement, ne manque-t-on pas de comprendre ce qui fait sa force, et ce que cette force doit à la garantie de l'Etat ?

DES TRANSACTIONS QUI ALLEGENT LA CHARGE DES TRIBUNAUX ?

L'engouement des juristes réformateurs pour les procédés non étatiques de règlement des litiges ne s'est jamais démenti depuis plus de deux siècles. Cet engouement s'est traduit pendant une quinzaine d'années par une multitude de propositions de réforme, petites ou grandes, portées par des rapports promouvant les formes "consensuelles" de règlement, qui ont trouvé leur traduction en droit positif¹.

Depuis la loi d'organisation judiciaire des 16/24 août 1790, instaurant l'arbitrage et la conciliation obligatoires, l'imagination juridique n'a jamais été prise au dépourvu dans l'invention de procédures visant à constituer autant "d'alternatives" au recours au juge étatique.

Cette loi mettait d'abord en place une structure juridictionnelle qui abolissait la distinction entre juge et justiciable : après des débats passionnés, où la volonté de "paralyser l'esprit de corps"² s'était manifestée en permanence, elle plaçait en tête des institutions juridictionnelles l'*arbitrage*, et instituait l'*élection* des juges. Les deux procédés visaient à réaliser une forme de justice que l'on pourrait dire "horizontale", où les différends entre citoyens seraient réglés par les citoyens eux-mêmes, sans recours aux professionnels du droit. L'arbitrage occupait naturellement le titre 1 de la loi, comme le "moyen le plus raisonnable de

¹ Parmi ces rapports, on citera : le rapport de P. ESTOUP, "Commission sur la conciliation", Paris, Ministère de la Justice, Sept-nov. 1982 ; celui de P. TAILHADES "La modernisation de la justice", Paris, La documentation française, janvier 1985 ; celui de la commission HAENEL et ARTHUIS, remis en 1994 en réponse à une mission du garde des sceaux, intitulé "Propositions pour une justice de proximité", ainsi que le rapport de MM. Ch. JOLIBOIS et P. FAUCHON, "Quels moyens pour quelle justice?", pour la mission d'information de la commission des lois du Sénat chargée d'évaluer les moyens de la justice (1996), enfin le rapport au Garde des sceaux en décembre 1996 par J.-M. COULON, magistrat "Réflexions et propositions sur la procédure civile", qui consacre un chapitre aux "modes alternatifs de règlement des conflits".

² Selon l'expression de Bergasse en août 1789, rapportée par F. CHAUVAUD, *Histoire de la carte judiciaire*, Rapport pour le Ministère de la Justice, 1994, t. 1, p. 19

terminer les contestations entre les citoyens”, avec interdiction faite aux législateurs futurs de prendre aucune disposition qui tendrait à diminuer la faveur ou l’efficacité du compromis. Cette procédure était rendue obligatoire dans les différends qui opposaient les membres d’une même famille. Plus tard, sous la Convention, la Constitution de l’An I ira jusqu’à faire disparaître les juges, pour les remplacer par des arbitres publics et des arbitres privés. A côté de l’arbitrage obligatoire, la même loi développait l’institution du “juge de paix”, aux attributions essentiellement conciliatoires, devenu depuis la figure emblématique de toute justice de proximité : réunis avec deux assesseurs en bureaux de paix et de conciliation, les juges de paix recevaient en préliminaire de conciliation toutes les demandes adressées aux tribunaux de district, constituant ainsi un “filtre” non juridictionnel pour l’ensemble des litiges. Le décret du 14 avril 1806 portant code de procédure civile, maintenait ce filtre conciliatoire, en reliant clairement conciliation et transaction. Selon l’article 48 de ce code, “aucune demande principale introductive d’instance entre parties capables de transiger, et sur des objets qui peuvent être la matière d’une transaction, ne sera reçue dans les tribunaux de première instance, que le défendeur n’ait été préalablement appelé en conciliation devant les juges de paix, ou que les parties n’y aient volontairement comparu”. Outre cette conciliation, le juge de paix se voyait adjoindre une mission conciliatoire dans les matières dont la connaissance lui était attribuée (loi du 25 mai 1838, rendue obligatoire par la loi du 2 mai 1855³). Ce rôle de filtre du juge de paix sera maintenu avec ses traits essentiels jusqu’au décret du 22 décembre 1958, et la « petite conciliation » ne disparaîtra qu’avec le décret du 5 décembre 1975, portant nouveau code de procédure civile. Mais depuis la suppression du préliminaire de conciliation obligatoire, les réformateurs n’ont eu de cesse de multiplier les incitations à des règlements transactionnels, jamais assez nombreux à en croire leur lecture alarmiste des statistiques judiciaires⁴.

DES TRANSACTIONS QUI EFFECTUENT DES REGLEMENTS PLUS EFFICIENTS ?

Les tenants de l’analyse économique du droit (*Law and Economics*) ne sont pas en reste sur les vertus des arrangements privés. Cette fois, ce sont des motifs d’efficacité qui sont avancés. Dans son article de référence, *The Problem of Social Cost*, Coase a multiplié les exemples de conflits sur l’attribution des droits en matière de nuisances, et s’est attaché à étudier les précédents issus des tribunaux⁵. De cette étude, il conclut à l’inefficacité de l’action des tribunaux dans l’allocation des droits. Pour lui, les agents sont *a priori* les mieux à même de trouver des arrangements efficaces, l’intervention du tribunal ne se justifiant que lorsque des arrangements privés sont trop coûteux. Une alternative est ainsi posée entre deux modes de règlement des litiges : le jugement ou l’arrangement direct entre les parties.

Plus qu’à une économie centrée sur les règles et les précédents, l’approche coasienne a ouvert la voie à une théorie de la négociation et des arrangements sur les droits. Cette dernière orientation sert aujourd’hui de point d’appui à un corpus important de travaux néo-classiques sur la justice, nord-américains et européens, qui appliquent aux tribunaux leur critère habituel d’efficacité. Landes et Posner (1979)⁶, affirment ainsi que la fonction de règlement des conflits pourrait être plus efficacement assurée par un marché privé et concurrentiel des services de justice (l’arbitrage), que par des tribunaux financés sur budget de l’Etat. Dans leur sillage, les micro-économistes de la justice, principalement nord-américains, partagent la conviction que le recours aux tribunaux est une solution non coopérative, et tentent de modéliser les motivations individuelles du recours à la justice en vue de définir les politiques qui permettraient de développer les règlements amiables. Ces modèles peuvent être grossièrement classés selon qu’ils se situent antérieurement ou postérieurement à l’action en justice, les premiers étudient les

³ L’article 17 de la loi du 25 mai 1838 modifié par la loi du 2 mai 1855 disposait que « Dans toutes les causes, excepté celles qui requièrent célérité, et dans celles dans lesquelles le défendeur serait domicilié hors du canton et des cantons de la même ville, il est interdit aux huissiers de donner aucune citation en justice, sans qu’au préalable le juge de paix n’ait appelé les parties devant lui, au moyen d’un avertissement sur papier non timbré, rédigé et délivré par le greffier (...) ». Le terme de conciliation ne figure pas dans ce texte, la procédure d’avertissement étant davantage conçue comme une mise en demeure judiciaire que comme une tentative de conciliation. En son dernier état, l’institution de la conciliation connaîtra une pérennité exceptionnelle.

⁴ E. SERVERIN, « De la statistique judiciaire et de ses usages », *Revue Internationale de Droit Economique*, 2, 1999, pp. 281-293.

⁵ R. COASE, « The Problem of Social Cost », dans *The Journal of Law and Economics*, oct. 1960, vol. III, pp. 1-4

⁶ W. LANDES, et R. POSNER, « Legal Precedent : a theoretical and Empirical Analysis », dans *Journal of Law and Economics*, 1976, XIX (2).

circonstances qui contribuent à influencer la décision *d'aller au tribunal*, les seconds étudiant les circonstances de *l'abandon* des procédures⁷. Mais tous sont orientés vers une interprétation négative de l'intervention du tribunal dans le règlement final du litige.

DES TRANSACTIONS QUI EFFECTUENT DES RÉGLEMENTS PLUS JUSTES ?

En sociologie, ce sont les théories de la "procéduralisation" soutenues par le sociologue allemand Jürgen Habermas, qui cherchent, au travers des accords transactionnels, à rétablir le lien supposé perdu entre la société et le droit⁸. Tenant pour acquis le développement d'un droit rationnel, Habermas recherche les nouveaux fondements de la justesse des normes dans un accord intersubjectif, venant se substituer à l'autorité étatique. Cette théorie revêt une double dimension, descriptive et normative⁹. Dans sa dimension descriptive, la théorie veut rendre compte du modèle de rationalité à l'œuvre dans les droits modernes. Selon Habermas, une science du droit qui se coule dans le moule des sciences positives échoue à fonder un droit qui devrait répondre aux exigences d'une conception éthique purement "procéduralisée". En réalité, "il y a une articulation du droit avec la morale", une morale qui se fonde non sur un droit naturel, mais sur la prise en compte des nécessités d'un "échange argumenté" qui établisse la justesse des normes¹⁰. On ne peut comprendre la signification d'une norme qu'en se référant à l'acte de langage par lequel un individu l'énonce. Par cette énonciation, l'individu en assume la validité, ce qui permet de relier le monde de l'action et celui des règles.

Sous l'angle normatif, la thèse en appelle à une forme de résistance à la tendance à l'instrumentalisation du droit. Selon Habermas, l'observation des droits modernes montre une dérive vers la production de réglementations qui sont liées exclusivement à des considérations de justice matérielle, au sens d'une justice qui prend en compte les différences de positions et de statuts pour en corriger les effets. Or cette justice, qui en appelle à des considérations concrètes, ne devrait pas passer par le *medium* du droit. Plus exactement, ce procédé est considéré comme inadéquat pour assurer cette forme de justice, dans la mesure où le droit étatique suppose le recours à des normes impersonnelles, alors que le règlement des litiges requiert la référence à des contextes vécus. En cela, le droit interférerait, de manière indue, avec le monde de la vie quotidienne, lequel est (et devrait demeurer) sous la dépendance exclusive du *medium* du langage. De manière générale, la critique de Habermas porte sur les prétentions de l'Etat à coloniser le monde vécu, notamment par l'intermédiaire de l'action de la bureaucratie.

Cette critique de la prédominance d'un droit imposé, complétée par l'aspiration à un droit négocié, rencontre un succès certain parmi certains philosophes et sociologues aspirant à une nouvelle fondation des normes¹¹. Sous le terme de "procéduralisation" se trouvent aujourd'hui rassemblées différentes observations qui cherchent à lire dans les droits modernes les indices de la venue de ce droit négocié¹². Sous leur apparence libertaire, ces thèses apparaissent tributaires d'une lecture très étriquée du droit. La manière dont la médiation et la négociation sont traitées sont révélatrices de cette lecture. En effet, pour Habermas comme pour les tenants de la "procéduralisation", la négociation n'a pas de place au sein du droit. Si elle y entre, "c'est comme alternative aux insuffisances tant de la législation et de l'administration traditionnelle qu'à celles de l'adjudication classique"¹³. Le rabattement dans le monde vécu des faits et valeurs relevant de certains domaines de la vie (sociale, familiale et éducative), revient à opposer une nature sociale auto organisée à un monde juridique artificiel. Le pluralisme des ordres juridiques inspiré de Gurvitch n'est pas loin, qui accentue la rupture entre la société et son droit¹⁴.

⁷ M. DORIAT-DUBAN, « Alternative Dispute resolution in the french Legal System : an empirical study », *Law and Economics in civil Law Countries*, B. DEFFAINS et Th. KIRAT EDS, « The Economics of legal relationships », Vol. 6, JAI, Elsevier Science, 2001, pp 183-199.

⁸ J. HABERMAS, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, tr. française Lacoste, Payot, 1978.

⁹ J. LENOBLE, « Droit et communication », *La force du droit, Panorama des débats contemporains*, P. BOURETZ dir., 1991, coll. Philosophie, éd. Esprit, p. 163 -190.

¹⁰ F. OST, " Le droit comme pur système ", *La force du droit, ibid.*, p. 139-162.

¹¹ F. OST, Ph. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE eds, *Droit négocié, droit imposé ?*, Bruxelles, 1996, publications des Facultés universitaires Saint-Louis.

¹² J. DE MUNCK, M. VERHOEVEN (dir.), *Les mutations du rapport à la norme. Un changement dans la modernité ?*, De Boeck Université, coll. Ouvertures sociologiques, 1997.

¹³ DE MUNCK, *op. cit.*, p. 25.

¹⁴ G. GURVITCH, *Eléments de sociologie juridique*, Paris, Aubier, 1940.

Au delà de leur diversité, ces analyses partagent le présupposé d'une éradication du conflit par un acte qui ne doit rien au droit de l'Etat, et tout à l'esprit de conciliation des parties, éventuellement incité par des tiers "faiseurs de paix". Or cette vision irénique manque la dimension juridique, donc, *contentieuse* de la transaction. Le contrat de transaction est à la fois le « motif et la solution » des conflits, pour reprendre la formule de Julien Freud¹⁵. C'est la dimension contentieuse de ce contrat qu'il est nécessaire d'affronter.

À LA RECHERCHE DES SOURCES DE LA FORCE DE LA TRANSACTION

Que la transaction soit commandée par le droit de l'Etat, sa présence dans le Code civil en atteste : la transaction est un contrat dont l'objet est de « terminer une contestation née ou prévenir une contestation à naître » (article 2044). Mais ce n'est pas tout. La transaction est encore l'objet de multiples dispositions, relevant bien sûr du droit des obligations, mais aussi de dispositions spécifiques à certains contentieux, du droit processuel, du droit public. Les racines de ce contrat plongent profondément dans l'histoire, et ses prolongements semblent infinis. Les plus anciennes dispositions remontent au droit romain du bas empire, les plus récentes aux réformes de procédure civile de la fin des années 90, sur fond d'une permanente interprétation jurisprudentielle. Il serait hors de proportion d'en faire ici un bilan, fût-il succinct. Ce qui sera retenu pour ce propos, c'est la spécificité qui, mieux que tout autre, révèle la dépendance de la transaction du droit étatique : la *force particulière* dont elle est assortie, et qui présente deux dimensions complémentaires : la force obligatoire, qui fait obstacle au retour des litiges qu'elle a réglés ; la force exécutoire, que l'Etat lui accorde de manière privilégiée.

LA FORCE OBLIGATOIRE DU CONTRAT DE TRANSACTION

L'article 2044 du Code civil l'affirme : la transaction est un contrat. L'article 2052 du Code civil ajoute : « Les transactions ont entre les parties *l'autorité de la chose jugée* en dernier ressort ». L'alinéa 2 poursuit : « Elles ne peuvent être *attaquées* pour cause d'erreur de droit ni pour cause de lésion ». Ces trois énoncés sont l'aboutissement d'une longue évolution de l'institution, qui va de l'ancien droit romain jusqu'au Code civil, pour allouer toujours plus de *force obligatoire* à cette convention, en vue d'en faire un outil puissant d'extinction des litiges.

LA TRANSACTION EST UN CONTRAT

1- Pourquoi le Code civil énonce-t-il que la transaction est un contrat ? C'est qu'elle n'en a pas toujours été un. Dans le droit romain classique, elle relevait de la catégorie des *pactes nus*, dépourvus de toute action. Le pacte nu était le pacte isolé, qui ne pouvait être rattaché à aucune autre opération juridique. Les prêteurs avaient inventé une protection particulière pour les défendre, non pas une action, mais une exception, dont le mécanisme différait selon l'effet de l'obligation. Si le pacte était créateur d'une obligation, l'*exceptio pacti* permettra de repousser la réclamation de celui qui l'aurait exécutée et voudrait agir en indu. Si le pacte tendait à éteindre une obligation, (pacte *ad liberandum*), la réclamation du créancier pouvait être paralysée. On pouvait également la rendre exécutoire par l'adjonction d'une stipulation. La transaction était un de ces pactes, qui permettait à celui qui avait exécuté de s'opposer au retour de la réclamation initiale.

2- Puis les byzantins (V^e-VI^e siècles), généralisent la catégorie des contrats innomés, contrats synallagmatiques qui ne sont pas sanctionnés par le droit civil, mais qui reçoivent une action en raison du fait qu'ils ont été exécutés par une des parties, et seulement au profit de celui qui a exécuté¹⁶. Parmi ces

¹⁵ J. FREUND, « Le droit comme motif et solution des conflits », *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, n° 8, 1974, pp.47-62.

¹⁶ Trois catégories d'actions sanctionnent les contrats innomés. L'action en exécution est l'action *praescriptis verbis*, du nom de la technique consistant à faire apparaître l'opération juridique au début de la formule. Deux actions en

contrats innomés, on trouve l'échange, le précaire (remise d'une chose avec obligation de restitution), l'estimatoire (contrat de remise de marchandises par un fabricant ou un marchand à un revendeur), le partage amiable, et enfin, la transaction. Sous Justinien, la transaction trouve sa définition : c'est un contrat innomé « par lequel chaque partie renonce à un droit contesté par la promesse d'un équivalent ». Sous le règne des empereurs Dioclétien et Maximien (284-286)¹⁷, elle trouve sa loi : un rescrit sur la transaction, qui sera repris par Justinien dans la deuxième édition de son code en l'an 534 : c'est la loi 20, De transactionibus, dans laquelle tous les auteurs puiseront jusqu'au Code civil et au-delà.

3- Pothier avait promis de rédiger un ouvrage spécialement dédié à la transaction, mais n'en a pas eu le temps. Suivant Pothier jusque dans ses lacunes, les rédacteurs du Code civil avaient d'abord omis de prévoir un titre sur ce sujet. C'est sur la réclamation des cours d'appel qu'il fut finalement inséré, formant le titre XV du livre III Code civil, et c'est la loi sur les transactions qui fournira directement la matière nécessaire à la rédaction de ce titre.

LA TRANSACTION A ENTRE LES PARTIES L'AUTORITE DE LA CHOSE JUGEE EN DERNIER RESSORT

1- L'article 2052 du Code civil donne aux transactions l'autorité d'un jugement. Cet article est généralement mal accepté par les juristes, qui hier comme aujourd'hui, refusent d'y voir autre chose qu'une variante de la force obligatoire assortissant les contrats, et que l'article 1134 exprimerait avec une clarté suffisante : les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Pourtant, dire que la transaction a la portée d'un jugement ne signifie pas seulement que les parties doivent s'y conformer. Cela signifie surtout que les parties ne seront pas admises à revenir aux droits litigieux qui y sont compris. *Si tout contrat est la loi des parties, seule la transaction vaut jugement entre elles.*

2- Cette idée remonte au rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien, et a été reprise dans le Code de Justinien : « *non minorem auctoritatem transactionum quam rerum judicatarum esse recta ratione placuit* ». Bigot de Préameneu rappelle la formule dans sa présentation du titre au Conseil d'Etat : « Les transactions se font sur une contestation née ou à naître, et les parties ont entendu y balancer et régler leurs intérêts. C'est donc en quelque sorte un jugement que les parties ont prononcé entre elles ; et lorsqu'elles mêmes se sont rendu justice, elles ne doivent plus être admises à s'en plaindre. C'est l'irrévocabilité de ce contrat qui le met au rang de ceux qui sont les plus utiles à la paix des familles et à la société en général ». Comme un jugement, la transaction fait obstacle à l'examen par le juge de ce qui en a fait l'objet : « Les transactions comme les jugements ne peuvent donc point être attaquées à raison des dispositions par lesquelles les parties ont terminé leur différend ». Les recours ne peuvent donc être qu'exceptionnels : les rédacteurs se fondent sur cette autorité pour justifier le régime particulièrement restrictif des causes de nullité, énoncé par l'article 2052 dans son alinéa 2.

3- Les commentateurs du code n'acceptaient pas de voir dans cet article autre chose qu'un vestige du droit romain, sans réelle portée¹⁸. Les points le plus souvent soulignés étaient que la transaction ne peut faire l'objet des voies de recours (appel, opposition), ouvertes contre les décisions ; que, contrairement au jugement, la transaction forme un tout indivisible ; enfin, qu'elle n'emporte pas l'hypothèque judiciaire.

Ces critiques ne seraient pertinentes que si la prétention de cet article avait été d'assurer une identité parfaite entre la transaction et le jugement. Or le texte ne le pouvait, ni ne le voulait. L'article 2052 se

résolution permettent d'obtenir la restitution de ce qui a été livré ou le versement d'indemnités. Dans l'ancien droit, avec la renaissance du droit romain, on retrouve la catégorie des contrats innomés. Mais elle a perdu son ancienne fonction. On continuera à parler de contrats innomés jusqu'au XVIII^{ème} siècle, simplement pour marquer le rôle désormais dévolu à la volonté des parties. La distinction entre pactes et contrats disparaît dans le droit intermédiaire, au profit d'une définition unique du contrat : « une convention par laquelle les deux parties réciproquement, ou seulement l'une des deux, promettent et s'engagent envers l'autre à lui donner quelque chose, ou à faire, ou à ne pas faire quelque chose ».

¹⁷ Ce règne est marqué par la disparition de la procédure formulaire (qui comprend un magistrat disant le droit et un juge qui tranche) au profit de la procédure extraordinaire (qui réunit les deux fonctions).

¹⁸ Voir par exemple DURANTON, *Cours de droit français suivant le code civil*, quatrième édition, tome dix huitième, Paris, 1844, pp. 443-445.

borne à « emprunter » au jugement un seul effet, la chose jugée, et sa portée est purement procédurale : doter la partie qui a exécuté de « l'exception » de chose jugée, lointain rappel de *l'exceptio pacti*. Comme la chose jugée, la chose transigée s'évalue dans les termes de l'article 1351 du Code civil : même objet, mêmes parties, procédant en la même qualité.

Cet effet ne se confond pas avec l'obligation d'exécuter, qui s'attache à la transaction comme à tout contrat. C'est devant le tribunal que cette disposition prend son sens : celui qui voudra réclamer ses droits initiaux se verra opposer l'autorité de chose jugée, et si le juge admet la prétention de l'adversaire, sa demande sera déclarée irrecevable.

4- Ce même effet se retrouve de nos jours, sur le fondement de l'article 122 du nouveau code de procédure civile qui définit les fins de non recevoir : « Constitue une fin de non-recevoir tout moyen qui tend à faire déclarer l'adversaire irrecevable en sa demande, sans examen au fond, pour défaut de droit d'agir, tel le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Et une réforme récente est venue étendre les pouvoirs du juge en la matière. Le décret du 20 août 2004 a modifié le dernier alinéa de l'article 125 pour ajouter la chose jugée à la liste des fins de non recevoir que le juge peut relever d'office¹⁹.

Aujourd'hui, on ne compte plus les arrêts dans lesquels la Cour de cassation vise l'article 2052 pour opposer l'autorité de chose jugée aux demandes concernant des litiges compris dans la transaction. Pour écarter la transaction, et obtenir d'un juge qu'il statue sur les prétentions initiales, il faut en obtenir la nullité, action qui a toujours conçue de manière restrictive.

LES TRANSACTIONS NE PEUVENT ÊTRE ATTAQUEES POUR CAUSE D'ERREUR DE DROIT NI POUR CAUSE DE LESION

Le contrat de transaction a été conçu dès l'origine pour résister à toute velléité de retour contentieux, tant pour protéger les parties qui l'auront exécutée que pour préserver l'appareil judiciaire.

1- Sous l'ancien régime, pour échapper à l'exécution des transactions, et pour revenir sur les obligations qu'elles comportent, les parties tentaient de se faire délivrer par la Chancellerie des lettres de rescision. Ces lettres étaient ensuite remises au juge pour lui « mander de casser, annuler et rescinder un contrat ou un quelconque autre acte, en cas de lésion, de dol, ou de violence ». Le juge ne pouvait qu'entériner ces lettres, sans prononcer la nullité, en déclarant « remettre les parties en pareil état qu'elles étaient avant le contrat ou l'acte », ce qui correspondait à une restitution en entier²⁰. En cas de transaction, l'obtention de lettres de rescision permettait de faire revivre les droits éteints. Pour éviter ces retours, une ordonnance de Charles IX du 5 décembre 1560, portait « défense aux juges d'avoir aucun égard aux lettres de rescision prises contre les transactions passées entre majeurs »²¹. Une ordonnance d'avril 1561 réitérait l'interdiction: « *Comme il soit utile, besoing et nécessaire retrancher et diminuer le grand nombre des procez qui sont entre nos subjects, et qui par le moyen des sinistres intentions d'aucunes personnes désirans plus la contention et discord entre les hommes que l'union et tranquillité, sont tous les jours prolongez et multipliez, et presque rendus immortels : et que le plus prompt et moins dommageable expédient d'iceux procez amortir, soit la voye d'accord et de transaction, laquelle met fin tant aux procez commencez qu'à commencer : toutefois il advient chaque jour que les parties qui ont transigé, après la transction d'elles mesmes ou par conseil d'autruy obtiennent lettres pour casser et rescinder icelles transactions, disant avoir esté deceuz outre moitié de juste prix et valeur, ou autre plus grande lésion, font revivre les procez et différens ja amortis, et remettent les choses en l'estat auquel elles estoient auparavant lesdites transactions.*

Pour à quoy obvenir et remédier (...), avons par ces présentes confirmé et autorisé, confirmons et autorisons toutes transactions, qui sans dol et force, seront faites et passées entre nos sujets majeurs d'ands des choses qui sont en leur commerce et dispositions ».

¹⁹ Décret n° 2004-836 du 20 août 2004 art. 3 Journal Officiel du 22 août 2004 en vigueur le 1er janvier 2005. « Le juge peut relever d'office la fin de non-recevoir tirée du défaut d'intérêt, du défaut de qualité ou de la chose jugée ».

²⁰ LANGE, *Le nouveau praticien français*, Paris, chez Jean Guignard, 1699, p. 460.

²¹ Ajoutons qu'un édit du 6 août 1560 procédait de même en ce qui concerne l'arbitrage. Cet édit « confirmait et autorisait » tous les jugements « donnez sur les compromis, voulans qu'ils ayent telle force et vertu que les sentences données par nos juges, et que contre iceux nul soit receu appelant, que préalablement ils ne soient entièrement exécutez, tant en principal et despens (...) ».

Le but de ces confirmations était de faire obstacle aux actions en nullité qui pourraient être intentées : « *Voulons et nous plaist, que contre icelles nul ne soit après rece sous pretexte de lésion d'oultre moitié de juste prix, ou autre plus grande quelconque, et ce qu'on dit en latin dolus re ipsa : mais que les juges à l'entrée du jugement, s'il n'y a autre chose alléguée contre icelle transaction, déboutent les impétrans des lettres de l'effect et enterinement d'icelles et les déclarent non recevables* ». La restitution était admise seulement pour les mineurs lésés par une transaction conclue par leur tuteur, ou par une transaction qui aurait déchargé le tuteur sans reddition de compte. Là encore, la portée de la règle est procédurale: interdiction est faite au juge « d'entendre » les parties qui allégueraient ces causes de nullité.

2-Cette défense se retrouve dans le Code civil, à l'alinéa 2 de l'article 2052. D'une part, l'erreur de droit n'est pas admise. D'autre part et surtout, la lésion ne peut être une cause de rescision, en raison de l'incertitude qui s'attache aux droits impliqués dans la transaction. Telle était du moins la justification qui en était donnée dans l'exposé des motifs : « *C'est surtout sur le pretexte de la lésion que les tentatives pour revenir contre les transactions ont été le plus multipliées. Cependant, il n'y a pas de contrat à l'égard duquel l'action en lésion soit moins admissible. Il n'est point en effet dans la classe des contrats commutatifs ordinaires, dans lesquels les droits ou les obligations des parties sont possibles à reconnaître et à balancer par la nature même du contrat. Dans la transaction, tout était incertain avant que la volonté des parties l'ent réglé. Le droit était douteux, et on ne peut pas déterminer jusqu'à quel point il était convenable à chacune des parties de réduire sa prétention ou même de s'en désister. Lorsqu'en France on a négligé de se conformer à ces principes, on a vu revivre des procès sans nombre qu'aucune transaction ne pouvait plus amortir. Il fallut qu'une ordonnance fut rendue pour confirmer toutes les transactions passées entre majeurs sans dol ni violence* »²².

La volonté de préserver les transactions de tout repentir était si forte qu'on a envisagé de leur donner une autorité supérieure à celle d'un jugement. C'est ce que montre la discussion de l'article 2057 du Code civil, à propos de la recevabilité de l'action en rescision motivée par la découverte de titres. Dans une première version, cet article prévoyait que « Lorsque les parties ont transigé généralement sur toutes les affaires qu'elles pouvaient avoir ensemble, les titres qui leur étaient alors inconnus et qui auraient été postérieurement découverts ne sont point une cause de rescision ». Or ce cas donnait lieu, pour les jugements rendus en dernier ressort, à ouverture à requête civile. Au cours de la discussion devant le Conseil d'Etat, le Premier consul avait demandé pourquoi cette règle ne s'appliquait pas à la transaction. Maleville répondit en se fondant sur les lois romaines observées dans tout le royaume, et le Premier consul observait que « les transactions ont donc un caractère plus sacré que le jugement ». Tronchet justifiait la solution en indiquant que « ce principe est notoire, qu'il est fondé sur ce que, dans les transactions, les parties se jugent elles-mêmes ». Berlier trancha le débat en rappelant que la requête civile n'était ouverte en fait que si les pièces décisives avaient été celées par une partie. Le régime de la transaction et celui de la requête civile étaient donc alignés, par l'adjonction de la phrase suivante « à moins que ces titres n'aient été retenus par le fait de l'une des parties »²³.

Protégée par la chose jugée, préservée des causes de nullité qui contreviennent à sa finalité, la transaction a été juridiquement construite comme un « rempart » contre la chicane.

Certes, aujourd'hui, les procès ne se transmettent plus de génération en génération, comme sous l'ancien régime. Mais le souvenir des anciennes craintes est restée vivace, qui fait résonner jusqu'à nos jours la vieille interdiction, lancée aux juges il y a près d'un demi millénaire, d'entendre ceux qui voudraient défaire ce que l'esprit de concorde avait construit.

LA FORCE EXÉCUTOIRE DES TRANSACTIONS

Si sa force obligatoire est grande, la transaction ne bénéficie pas *a priori* d'une portée exécutoire plus étendue qu'un simple contrat. Là se trouve la limite de l'analogie avec le jugement. La transaction permet de se défendre efficacement contre le retour des droits litigieux, mais elle ne constitue pas par elle-même un acte authentique. Comme pour tout contrat, la partie qui doit en passer par l'exécution forcée

²² Procès verbaux du conseil d'Etat contenant la discussion du projet de code civil, Paris, An XII (1804), Livre III, Titre des transactions, Exposé des motifs.

²³ Conférence du code civil, Tome sixième, Paris, Firmin Didot, an XIII (1805), pp. 323-324.

devra saisir le tribunal pour l'obtenir. Plus récemment, d'autres voies procédurales ont été aménagées, qui permettent d'assortir la transaction de la force exécutoire en dehors de tout litige sur son exécution.

L'INEXÉCUTION DES TRANSACTIONS DEVANT LE TRIBUNAL

Comme tout contrat, la transaction emporte obligation, de faire, de ne pas faire, ou de donner, et l'exécution de ces obligations peut être source de nouveaux litiges. Les parties se retrouvent alors dans la situation classique de tout contractant qui se plaint d'une inexécution, avec cependant des particularités liées à la nature du contrat.

1- La transaction est rangée habituellement dans la catégorie des contrats synallagmatiques, en raison de l'exigence de « concessions réciproques » dont doctrine et jurisprudence considèrent, comblant le silence des textes, qu'elle constitue une condition de validité du contrat. Au regard de l'exécution, la transaction connaît le même régime que tout contrat synallagmatique. En cas d'inexécution, elle peut donner lieu, au choix du demandeur, soit à une action en résolution, suivie de dommages intérêts, soit à une action en exécution forcée (art. 1184 du Code civil). Après des hésitations, les auteurs ont reconnu qu'on pouvait appliquer l'article 1184, et que la transaction pourra être annulée si l'une des parties se refuse à exécuter ses engagements²⁴. Et la Cour de cassation fait de même aujourd'hui²⁵. Cependant, l'application de cette action à la transaction conduit à des résultats qui lui sont propres. En cas de résolution, la disparition de la transaction n'oblige pas seulement à restituer ce qui a été versé, mais permet de réactiver les droits initiaux, qui peuvent alors être réclamés devant le juge²⁶.

2- L'article 2047 précise que « On peut ajouter à une transaction la stipulation d'une peine contre celui qui manquera de l'exécuter ». Cette disposition est généralement considérée comme un simple rappel de l'article 1226 autorisant la prévision d'une clause pénale pour assurer l'exécution d'une convention. Mais la singularité de l'effet de la transaction, qui emporte renonciation de chaque partie à revenir à ses prétentions initiales, donne à ce texte une dimension particulière. En effet, si « exécuter » une transaction signifie d'abord donner, faire ou ne pas faire quelque chose, pour les deux parties, cela signifie également s'abstenir de saisir un tribunal. A priori donc, si une clause pénale a été prévue dans une transaction, elle devrait pouvoir être appliquée par un tribunal qui déclarerait irrecevable l'action d'un demandeur fondée sur ses droits initiaux en dépit de la transaction. Si la question n'a pas de réponse en jurisprudence, on peut douter cependant qu'il puisse en être ainsi. En effet, sanctionner le demandeur dans cette hypothèse reviendrait à faire obstacle au droit dont dispose toute personne de saisir un tribunal. On doit donc admettre que l'obligation spécifique de *ne pas saisir un tribunal*, ne peut donner lieu à sanction contractuelle, et que l'incitation à l'exécution de la transaction prévue par l'article 2047 vise les seules obligations de faire, de ne pas faire, ou de donner qui ont été prévues.

La transaction ne fait donc pas obstacle à la saisine d'un tribunal dès lors qu'il s'agit d'en sanctionner l'inexécution. Rien de plus naturel au regard du droit commun des contrats. Mais rien de moins admissible pour une conception alternative de la transaction. En inventant des formes anticipées d'allocation de la force exécutoire à la transaction, les réformateurs contemporains ont voulu éviter une telle confrontation.

²⁴ V. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon contenant l'analyse critique des auteurs et de la jurisprudence, Traité des petits contrats et de la contrainte par corps*, par P. PONT, continuateur de V. MARCADE. - Cotillon, 1863-1867, t. II, n° 461.

²⁵ Soc., 21 janvier 2004, n°01-47279, inédit : « l'existence dans la transaction d'une clause prévoyant sa résolution de plein droit après une mise en demeure restée infructueuse, n'interdi[t] pas au créancier de solliciter du juge la résolution de la convention pour manquement de l'employeur à ses obligations en application de l'article 1184 du Code civil ».

²⁶ C'est la voie choisie par le demandeur dans l'arrêt précité. Après avoir obtenu du conseil de prud'hommes la résolution de la transaction demeurée inexécutée, il a formé une demande en paiement des salaires et indemnités de rupture, objet de la transaction.

LE TRIBUNAL POURVOYEUR DE FORCE EXÉCUTOIRE

Lorsque le tribunal est saisi d'une demande liée à l'inexécution de la transaction, c'est le *jugement*, et non le contrat de transaction, qui est exécutoire. Mais lorsque la force exécutoire est allouée au contrat de transaction avant tout litige sur son exécution, c'est le *contrat* qui est exécutoire. Les procédures se sont multipliées dans cette direction, qu'il s'agisse de transactions conclues en cours d'instance, ou en dehors de toute procédure.

L'ALLOCATION DE LA FORCE EXÉCUTOIRE AUX TRANSACTIONS CONCLUES DEVANT LE TRIBUNAL

La question de la force exécutoire de la transaction se posait depuis le code de procédure civile de 1806, mais elle n'a reçu un accueil favorable qu'au début du X^e siècle, avant de connaître de nouveaux développements au cours des années récentes.

1- C'est devant le juge de paix, dans l'exercice de ses multiples missions conciliatoires, que les transactions avaient vocation à être conclues entre parties capables de transiger (article 48 du code de procédure civile). Mais ces transactions étaient-elles exécutoires? La question s'était posée devant le Conseil d'Etat, et avait reçu une réponse négative. Ce refus devait beaucoup à l'influence des notaires de Paris, qui craignaient la concurrence des tribunaux dans la production d'actes authentiques : les particuliers pouvaient en effet simuler un procès pour obtenir du juge de paix un procès verbal, ayant même portée qu'un acte notarié. D'où la formule figurant dans l'article 54 al. 2 : « Les conventions des parties insérées au procès verbal ont force d'obligation privée ».

2- Il faudra attendre un décret-loi du 30 octobre 1935 pour voir modifier cette solution : « S'il y a conciliation, le juge de paix, sur la demande de l'une des parties, peut dresser un procès verbal des conditions de l'arrangement ; ce procès verbal aura force exécutoire ». Le nouveau code de procédure civile, issu du décret du 5 décembre 1975, généralisera ce principe en consacrant à la conciliation un Titre VI dans le Livre I relatif aux dispositions applicables à toutes les juridictions. L'article 131 pose de manière générale que « Des extraits du procès verbal constatant la conciliation peuvent être délivrés : ils valent titre exécutoire ». Le nouveau code ira au-delà du procès verbal de conciliation dans son article 384 dernier alinéa, applicable à toutes les juridictions : « il appartient au juge de donner force exécutoire à l'acte constatant l'accord des parties, que celui-ci intervienne devant lui ou ait été conclu hors sa présence ».

3- Le droit processuel multiplie les incitations à la production d'accords devant les tribunaux en les confiant à des tiers. L'invention d'une mission de médiation par la loi du 8 février 1995 et le décret du 22 juillet 1996 (articles 131-1 à 131-15 du nouveau code de procédure civile) est emblématique à cet égard²⁷. Les possibilités croissantes de dévolution aux conciliateurs de justice des missions de conciliation appartenant au juge d'instance ou de proximité, sont plus significatives encore²⁸.

Lorsque le juge d'instance (et également le juge de proximité depuis le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003), est saisi sur tentative préalable de conciliation, il tient de l'article 21 de la loi du 8 février 1995 le pouvoir, après accord des parties, « de procéder aux tentatives préalables de conciliation prescrites par la loi ». L'article 831 du nouveau code de procédure, issu du décret du 22 juillet 1996, lui donnait la possibilité de confier à un conciliateur de justice le soin de la mener. Le conciliateur établit un constat d'accord signé par les parties (article 832-7 du nouveau code de procédure civile²⁹), et si les parties le demandent, il transmettra la demande d'homologation de cet accord au juge avec copie du constat (art. 832-8 du nouveau code de procédure civile).

Le décret 98-1231 du 28 décembre 1998 étendait ces dispositions à toutes les procédures intentées devant le juge d'instance (ou de proximité depuis 2003), que ce soit sur assignation à toutes fins (art. 840),

²⁷ E. SERVERIN, « Le médiateur civil et le service public de la justice », *Revue Trimestrielle de Droit civil*, avril -juin 2003, pp. 229-246.

²⁸ Instaurés par le décret n°78-381 du 20 mars 1978.

²⁹ Décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 art. 17, Journal Officiel du 25 juin 2003, en vigueur le 15 septembre 2003.

sur requête conjointe ou présentation volontaire des parties (art. 847), sur déclaration au greffe (art. 847-3). Dans tous les cas, le juge qui décide de procéder à une tentative de conciliation dans son cabinet peut la faire conduire par un conciliateur de justice, désigné sans formalité particulière, mais avec l'accord des parties.

Le décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 a franchi une étape dans l'incitation en modifiant l'article 829 pour autoriser le juge, faute d'accord des parties pour procéder à une tentative de conciliation, et par décision insusceptible de recours, à « leur enjoindre de rencontrer un conciliateur qu'il désigne à cet effet, chargé de les informer sur l'objet et le déroulement de la mesure de conciliation ».

Et le mouvement atteint le tribunal de grande instance. L'article 768 du nouveau code de procédure civile, dans sa version issue du décret du 28 décembre 2005³⁰, autorise le juge de la mise en état à constater la conciliation, même partielle, des parties, et à homologuer, à leur demande, l'accord qu'elles lui soumettent.

Bref, tout est fait pour inciter les parties qui saisissent le tribunal à mettre fin à l'instance par un accord que les juges rendront exécutoires, avec ou sans homologation préalable.

LA SAISINE DU TRIBUNAL AUX FINS D'OBTENTION DE LA FORCE EXECUTOIRE

Ce n'est pas tout. Des dispositifs se créent toujours plus près du moment de la formation du contrat, pour en assurer l'"exécutabilité" à l'égal d'un acte notarié.

1- Une procédure d'allocation de la force exécutoire a d'abord été mise en place pour les transactions conclues devant un conciliateur de justice, lorsque ce dernier est saisi hors de toute instance. L'article 9 du décret 78-381 instaurant les conciliateurs, modifié par le décret n°96-1091 du 13 décembre 1996, prévoit la rédaction d'un constat d'accord, obligatoire lorsque la conciliation a pour effet la renonciation à un droit. Si les parties « en expriment la volonté dans l'acte constatant leur accord » le juge d'instance peut donner force exécutoire à l'acte exprimant cet accord.

2- Puis une autre procédure d'allocation de la force exécutoire était introduite, sous l'article 1441-4 du nouveau code de procédure civile, par le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 1998, lui même issu des propositions du rapport remis en 1996 par J-M. Coulon. Cet article est inséré dans un nouveau chapitre du nouveau code de procédure civile intitulé « La transaction », et prévoit que : « Le président du tribunal de grande instance, saisi sur une requête par une partie à la transaction, confère force exécutoire à l'acte qui lui est présenté ». L'objectif revendiqué de cette proposition était d'éviter que les signataires d'une transaction intentent une procédure uniquement pour obtenir l'exécution forcée de leur accord. Si la fréquence de ces cas n'était étayée par aucune statistique (qu'on serait du reste bien en peine d'établir!), la volonté était bien là : éviter la confrontation de la transaction avec le tribunal dans un contexte contentieux.

Pour autant, toute dimension contentieuse n'est pas évacuée. Tout d'abord parce que le tribunal de grande instance est saisi par voie de requête, ce qui implique, aux termes de l'article 813 du nouveau code de procédure civile, l'intermédiation d'un avocat³¹. Ensuite parce que lorsqu'une partie vient seule demander la formule exécutoire, on peut penser que le litige n'est pas loin. Tel était le cas de ce protocole d'accord devenu exécutoire par ordonnance délivrée dans les conditions de l'article 1441-4, et sur le fondement duquel la partie qui l'avait demandée entendait poursuivre une expulsion. Saisie pour avis, la Cour de cassation se déclarait défavorable à cette interprétation, considérant qu'un tel protocole ne constituait aucun des deux titres prévus par l'article 61 de la loi du 9 juillet 1991 relatif à l'expulsion (décision de justice ou procès-verbal de conciliation exécutoire)³². A l'évidence, la considération que le titre

³⁰ Décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 art. 24, Journal Officiel du 29 décembre 2005 en vigueur le 1er mars 2006.

³¹ Question du 29 janvier 2001, AN, 9 avril 2001, p. 2157.

³² Cass. Civ., demande d'avis, 20 octobre 2000, Bulletin civil.

avait été délivré à la demande d'une seule partie a joué un rôle essentiel dans cette interprétation stricte du texte.

L'institution ne semble pas avoir une très grande portée pratique, si ce n'est de dispenser les parties qui le demandent de recourir aux services d'un notaire. C'est en tout cas ce qui ressort d'un arrêt du 16 mai 2004, cassant un arrêt d'appel qui avait refusé de conférer la force exécutoire à une transaction valant cession de droits réels immobiliers, au motif qu'il existerait un monopole des notaires pour recevoir les contrats devant revêtir un caractère authentique³³. Si les juges du fond semblent répugner à accomplir une telle mission, la Cour de cassation y est au contraire favorable: qu'ils le veuillent ou non, les tribunaux sont aujourd'hui enrôlés au service de la production de transactions efficaces.

LE CONTRAT, AU-DELA DE LA TRANSACTION

L'alternative entre transaction et procès, que nous avons tenté de dépasser, présente une évidente homologie avec l'alternative, tout aussi répandue dans la littérature, entre le contrat et l'Etat. L'histoire de la transaction nous ramène en définitive à celle du contrat et de ses transformations. L'objet n'a rien de nouveau, mais la recherche sociologique sur le contrat a été ralentie par des décennies de pensée pluraliste toute occupée à démontrer l'irréductibilité du contrat à l'Etat. C'est à Emile Durkheim, et à sa sociologie des contrats, que l'on empruntera trois observations valant programme de recherche.

D'une part, le contrat moderne est fondateur d'attentes légitimes : « Le contrat, comme le louage ou la vente, « suscite un état mental » de « certitude légitime ». « Vous comptez, et vous pouvez légitimement compter sur la prestation promise : vous êtes en droit de la considérer comme devant avoir lieu et vous agissez ou vous pouvez agir en conséquence »³⁴. D'autre part, pour garantir ces attentes, l'Etat doit fournir un appareil de justice. « L'organe même de la justice qui est très simple dans le principe va de plus en plus en se différenciant ; des tribunaux différents se forment, des magistratures distinctes se constituent, le rôle respectif des uns et des autres se détermine ainsi que leurs rapports »³⁵.

Enfin, l'histoire moderne du contrat montre le poids des législations spécifiques visant à établir entre les parties un équilibre que leur seule volonté permet pas d'atteindre: « Nous tiendrons plus fermement la main à ce que le régime contractuel tienne les entre les uns et les autres la balance égale. Nous exigerons plus de justice dans les contrats (...). Nul ne peut fixer un terme à ce développement »³⁶. Au rebours de J. Habermas, Durkheim voit dans ce droit contractuel, appuyé sur la justice matérielle, le véritable fondement du droit social.

Et la transaction, qui va vers toujours plus de réciprocité dans les concessions, plus de sûreté dans les résultats, et plus d'efficacité procédurale, pourrait devenir l'emblème de cette nouvelle figure du contrat.

³³ Civ. 1ère, 16 mai 2006. Pourvoi n° 04-13.467, Bull. civ., bull. d'information.

³⁴ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, Quadrige, PUF, 1950, p. 218.

³⁵ E. DURKHEIM, *De la division du travail social* [1898], PUF 1978, p. 200.

³⁶ E. DURKHEIM, *Leçons de sociologie*, *op. cit.*, p. 236.

JACQUES FIERENS

Avocat au barreau de Bruxelles,
Professeur extraordinaire aux Facultés
universitaires Notre-Dame de la Paix à Namur
jacques.fierens@fundp.ac.be

"La destinée des hommes est au Sud. Le moment est venu de donner au vieux monde cet avertissement : il faut être un nouveau monde. Le moment est venu de faire remarquer à l'Europe qu'elle a à côté d'elle l'Afrique".

Victor Hugo, *Discours sur l'Afrique*, 1879.

L'Afrique a tout à nous apprendre. Bien sûr, elle est multiple. Les différences apparentes entre la mentalité dominante au Burkina Faso et en Tanzanie sont sans doute aussi prononcées que celles qui ont cours au Danemark et en Italie. Des traits culturels communs sont cependant discernables, notamment entre les pays dits de la Région des Grands Lacs, spécialement le Rwanda, le Burundi et la République démocratique du Congo. Surtout, outre une histoire commune, ces Etats ont vécu dans un passé récent des expériences comparables de douleur, de guerre, de recherche de la paix. Après, la région a été le théâtre absurde, depuis une décennie, de despotismes sanguinaires et souvent stupides, de l'appauvrissement constant de la population au bénéfice de quelques dirigeants politiques et économiques sans scrupules, de guerres civiles qui ont fait environ quatre millions de morts dont le monde se soucie si peu qu'il ignore l'existence même de ces atrocités.

Le droit est revenu, dans la région, à l'Etat préalchimique. Tout est à faire à partir de ses composantes les plus élémentaires : des femmes, des hommes, des enfants ; l'eau, le soleil et les maladies qui frappent là-bas plus durement que partout ailleurs ; une tradition juridique orale en déclin, des tentatives de régulation par la règle écrite qui ne trouvent pas leur chemin ; plusieurs communautés culturelles et politiques qui voudraient se donner des normes effectives et se constituer en Etats, après quelques siècles d'esclavage, de colonisation et de dictatures soutenues par l'Occident. Aujourd'hui, la communauté internationale n'hésite pas à adresser à l'Afrique l'injonction subite et cynique de réaliser la démocratie le plus vite possible.

Pourtant, c'est vrai, la construction de l'État de droit est la seule alternative à la guerre et à la pauvreté.

Ces quelques lignes voudraient montrer que l'Afrique relève le défi et que ses traditions comme ses innovations sont pleines de potentialités méconnues, que le reste du monde devrait examiner avec sérieux. La souffrance des peuples et leurs efforts de justice, même partiels, ne peuvent se contenter de recopier le droit des autres, ils sont appelés à le transformer. Dans la tradition occidentale, Homère déjà stigmatisait avec mépris le "barbare", pensant qu'il ne se définit pas par lui-même, ne se donne pas de lois propres, mais adopte celles des autres ; qu'il n'accède pas à l'autarcie, à l'autonomie au sens premier du mot, qui est de se donner à soi-même sa propre loi¹. Il faut redire que les Africains ne sont pas des barbares, parce que certains n'en sont pas convaincus.

Ainsi, une réflexion à propos de la frontière mouvante entre justice publique et justice privée peut se nourrir des expériences tirées de l'espoir de construire la paix en puisant au confluent du droit traditionnel et du droit moderne.

¹ HOMÈRE, *Odyssée*, IX, 112-115.

Il ne s'agit pas de sacraliser le passé ou le présent de l'Afrique des Grands Lacs. Les innovations politiques et juridiques qu'elle produit ne sont pas dépourvues d'ambiguïté, loin s'en faut. Le droit et les institutions qu'il engendre servent aussi à conforter le pouvoir de ceux qui l'occupent actuellement, et il n'y a pas encore beaucoup de régimes démocratiques en Afrique. L'Occident, toutefois, devrait davantage reconnaître la puissance de l'imagination africaine dans de multiples domaines.

Deux de ceux-ci sont ceux que nous appelons la médiation et la justice restauratrice. Le juge occidental applique le droit en tranchant, et c'est ce que les constitutions et les lois lui demandent. Toutefois, trancher fait mal et fait saigner. Les praticiens savent que les parties sortent rarement réconciliées des procès, qu'elles demeurent frustrées, surtout si elles ont perdu, mais aussi si elles ont gagné. Le juge africain tente traditionnellement de renouer la relation sociale compromise, quitte à considérer la norme en principe obligatoire comme seulement indicative. Les juristes occidentaux auraient tort de se scandaliser. Ne sont-ils pas aujourd'hui à la recherche de procédures de médiation parce qu'ils constatent que leur droit est souvent trop coupant et que la rupture de la relation sociale peut interdire d'espérer la fin des litiges ? Pourquoi alors négliger l'expérience d'un continent qui, à travers de constantes épreuves, explore cette voie depuis des siècles ?

La tradition est mouvante. Il ne s'agit pas d'espérer ressusciter ou exporter une normativité ou une régulation des litiges ancienne, issue de visions du monde et de l'humain sur bien des points radicalement différentes des nôtres, mais de considérer la possibilité d'insérer des mécanismes de médiation dans le droit écrit moderne dont l'Afrique ne pourra pas davantage se passer que le reste du monde.

Nous évoquerons les exemples du *Gacaca* au Rwanda et de l'*Ubushingantabe* au Burundi, en comparant les institutions traditionnelles et ce que tentent d'en faire le droit actuel.

A. LE GACACA

1. Le GACACA traditionnel

La tradition, en Afrique des Grands Lacs, ne connaît pas de distinction entre le droit privé et le droit public. Cette dichotomie est un héritage du droit romain – les juristes avaient d'ailleurs intérêt, pour leur sécurité, au moins à partir de l'Empire, à se préoccuper davantage de droit privé – et est aujourd'hui accentuée davantage par le système universitaire français que par d'autres.

Le partage de l'ordonnement juridique entre la sphère privée et publique présuppose en effet l'apparition de l'État, inexistant dans la tradition de l'Afrique subsaharienne. L'État est une personne juridique distincte de la personne du chef de l'État. Bien que l'on traduise habituellement *Mwami* par "roi", la fonction de ce chef coutumier au Rwanda ou au Burundi était, avant la colonisation, politique et religieuse et ne peut être comparée à l'institution royale au sens forgé par le Moyen Âge européen, ni surtout à l'exercice d'une souveraineté au sens exploré plus tard par un Jean Bodin. Le *Mwami* était une sorte de médium entre les vivants et les forces surnaturelles (*umwami* signifie littéralement "celui qui est fécond"). Le droit n'était ni privé, ni public. Il était surtout religieux, au sens où il concernait d'abord le lien entre les hommes vivants, d'une part, les ancêtres et les dieux, d'autre part².

L'Afrique des Grands Lacs ignorait également la séparation entre le droit civil et le droit pénal. Les actions considérées comme nuisibles étaient celles qui mettaient en cause l'unité de la famille ou du groupe, ce qui explique qu'une distinction entre infraction pénale et faute civile n'aurait pas eu de sens. Les conflits devaient être résolus pour ramener cette unité. On rapporte ainsi, au Rwanda, l'histoire d'un fils qui s'était protégé de la gifle de son père en arrêtant son bras. Le conflit avait été porté devant le *Mwami*

² Cette communication doit beaucoup à la lecture de l'ouvrage de Ch. NTAMPAKA, *Introduction aux systèmes juridiques africains*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2005. Voy. aussi, du même, "Le retour à la tradition dans le jugement du génocide rwandais : le gacaca, justice participative", *Bulletin de l'Académie royale des sciences d'Outre-mer*, (Bruxelles, 2002, n° 48 (4), 419-455) ; du même encore, "Le gacaca rwandais, une justice répressive participative", *Actualité du droit international humanitaire*. Les dossiers de la Revue de droit pénal et de criminologie (2001, 211-225).

qui avait condamné l'enfant à mort, malgré l'apparente banalité de son geste. C'est que la remise en cause de l'autorité du père avait été jugée particulièrement grave, parce que la famille constituait le cadre fondamental de la protection de tous.

Cette protection donnée par le groupe était la contrepartie du respect des règles de vie en société. Il était donc logique que la fonction de juger soit une attribution sacrée du patriarche, non électorale. En principe, seul ou avec d'autres, le chef de famille réglait tous les conflits, sous réserve de son droit d'en appeler au *Mwami*, considéré d'ailleurs comme patriarche suprême.

Le *gacaca* traditionnel, qui signifie littéralement le "gazon", par allusion au fait que le débat a lieu en quelque sorte sur la pelouse devant la maison, est encore à ce jour une institution active au Rwanda. Il s'agit d'une instance de type familial ou interfamilial de prévention et de règlement des conflits³. Son rôle est avant tout celui de la conciliation des parties plutôt que leur humiliation. Celle-ci en effet peut nuire à tout le groupe, parce qu'elle constitue une diminution de la force vitale de ceux qui la subissent. Or, dans les représentations métaphysiques, anthropologiques ou éthiques propres à la culture rwando-burundaise, la compréhension de tout étant et les relations qui les unissent s'expriment en "force vitale" des êtres, variable selon les moments et les circonstances, mais appelée en principe à être préservée ou augmentée⁴.

Les "sanctions" prononcées par les *gacaca* traditionnels sont des "amendes", en nature plus souvent qu'en espèce, des restitutions ou des dédommagements. Si l'offense est grave, l'intervention d'un purificateur est possible. Exceptionnellement, la décision peut aller jusqu'à l'exclusion de la famille d'un membre insoumis, privé de ce fait également des biens familiaux qu'il occupe. Cette sorte de mort civile est d'une particulière gravité.

2. Le GACACA administratif

La colonisation belge du Rwanda, postérieure à l'occupation allemande, a, on le sait, établi une administration et introduit le pluralisme juridique dans lequel se débattent toujours les États africains. Le droit écrit fut déclaré en principe supérieur aux coutumes. Par ailleurs, l'influence de la culture européenne provoqua l'insistance sur les droits individuels et l'évolution de l'organisation familiale vers des unités plus restreintes. L'ensemble de ces transformations entraîna, en cas de conflit, un recours plus systématique de la population à l'autorité administrative, au détriment du *gacaca* de type familial. Petit à petit, le recours aux responsables administratifs s'est ainsi imposé comme un préalable obligé à la saisine des juridictions établies par la Belgique, spécialement les tribunaux de canton.

À partir de l'indépendance et surtout après 1975, le *gacaca* devint une juridiction arbitrale sous la direction des responsables de la cellule administrative ou du secteur administratif. Elle était compétente en matière de conflits mineurs suite à des vols, des injures, la destruction de biens. Des témoins étaient entendus et un procès-verbal dressé en cas de refus de conciliation, pour permettre au juge du tribunal de canton de statuer.

Le *gacaca* administratif n'était plus une instance de recherche des voies de retour à l'harmonie sociale et familiale, mais un tribunal administratif de niveau inférieur.

³ Voy. F. REYNTJENS, "Le gacaca ou la justice du gazon au Rwanda", *Politique Africaine*, n° 40, décembre 1990, pp. 31-41 ; du même, "Het recht van het grasveld: statelijk en niet-staatelijk strafrecht in Rwanda", *Liber Amicorum Jules D'Haenens*, Gand, Mys & Breesch, 1993, pp. 269-275.

⁴ Le premier à avoir tenté de rendre compte de cette rationalité a été P. TEMPELS, *La philosophie bantoue*, tr. fr. A. RUBBENS, Elisabethville, Ed. Lovania, 1945.

3. Les "juridictions GACACA" contemporaines

Le Rwanda n'a malheureusement pas le monopole de la violence, de la guerre civile, des crimes contre l'humanité ou des génocides. Les événements qui se sont déroulés d'avril à juillet 1994 ont cependant pris place dans un contexte dramatiquement exceptionnel. La majorité de la population avait été progressivement embrigadée par le pouvoir en vue d'exterminer la minorité, jusqu'à ce qu'à être poussée à la violence la plus abjecte et la plus extrême. Les nazis eux-mêmes n'avaient pas mobilisé le peuple allemand dans son ensemble pour assassiner les millions de juifs qui ont péri pendant la seconde guerre mondiale, laissant cette tâche à des spécialistes. La spécificité rwandaise a eu pour conséquence que les auteurs du génocide sont innombrables, difficiles à identifier, et que les rescapés doivent jusqu'à aujourd'hui vivre au jour le jour, sur les collines, en compagnie des tueurs, excepté là où le génocide a tellement bien abouti que les familles *tutsi* n'existent simplement plus.

L'appareil judiciaire, déjà bien fragile avant la guerre civile, avait été réduit à néant. Au terme du génocide et des combats, les moyens humains aussi bien que matériels faisaient complètement défaut. La loi elle-même était totalement inadaptée à la situation. Comme dans beaucoup d'autres pays, la Convention pour la prévention et répression du génocide du 9 décembre 1948, ratifiée par le Rwanda, n'avait pas provoqué d'adaptation du droit interne, en sorte qu'aucune peine spécifique n'était prévue pour la répression des infractions qu'elle prévoit. C'est dans ce contexte que fut promulguée la loi organique du 30 août 1996 sur l'organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises à partir du 1^{er} octobre 1990. La loi créait des "chambres spécialisées" au sein des tribunaux ordinaires. Les nouveaux dirigeants ayant pour la plupart vécu en Ouganda, cette législation était influencée par des principes de *common law*, comme la procédure d'aveu et le plaidoyer de culpabilité que l'on retrouvera dans le *gacaca* moderne. Au dualisme classique droit coutumier-droit écrit s'ajoutait le dualisme *civil law-common law*.

La tâche des tribunaux était à l'évidence disproportionnée par rapport aux faibles moyens disponibles. Malgré certaines pratiques imaginées, comme les audiences "en itinérance" et les "procès groupés", et alors que les prisons ne cessaient de se remplir, seules 7.181 personnes furent jugées en six ans. L'idée de constituer des "juridictions gacaca", déjà évoquée en 1994 mais à l'époque écartée, fut remise en avant⁵.

La loi organique n°40/2000 du 26 janvier 2001 portant création des juridictions *gacaca* et organisation des poursuites des infractions constitutives du crime de génocide ou de crimes contre l'humanité, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, était destinée à la mise en place d'une justice "participative", prétendument inspirée de la justice coutumière. Elle fut modifiée et complétée six mois plus tard par la loi organique n° 33/2001 du 22 juin 2001, puis, vraisemblablement en raison des difficultés de mise en œuvre, et avant même qu'un seul jugement soit prononcé, révisée et remplacée par la loi organique n° 16/2004 du 19 juin 2004 portant organisation, compétence et fonctionnement des juridictions *gacaca* chargées des poursuites et du jugement des infractions constitutives du crime de génocide et d'autres crimes contre l'humanité, commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994.

Pour résumer outrageusement une législation complexe et un système très particulier, notons d'abord que les accusés sont classés en trois catégories par les juridictions *gacaca* de la cellule. Aux termes de l'article 51 de la loi 16/2004,

« Selon les actes de participation aux infractions visées à l'article premier de la présente loi organique et commises entre le 1^{er} octobre 1990 et le 31 décembre 1994, la personne poursuivie peut être classée dans l'une des catégories suivantes :

Catégorie 1 :

1° la personne que les actes criminels ou de participation criminelle rangent parmi les planificateurs, les organisateurs, les incitateurs, les superviseurs et les encadreurs du crime de génocide ou des crimes contre l'humanité, ainsi que ses complices ;

⁵ Pour plus de détails sur la genèse du *gacaca* contemporain, voy. F. DIGNEFFE et J. FIERENS (éds.), *Justice et gacaca. L'expérience rwandaise et le génocide*, Namur, Presses universitaires de Namur, 2003.

2° la personne qui, agissant en position d'autorité : au niveau national, au niveau de la préfecture, au niveau de la sous-préfecture ou de la commune, au sein des partis politiques, de l'armée, de la gendarmerie, de la police communale, des confessions religieuses ou des milices, a commis ces infractions ou a encouragé les autres à les commettre, ainsi que ses complices ;

3° le meurtrier de grand renom qui s'est distingué dans le milieu où il résidait ou partout où il est passé, à cause du zèle qui l'a caractérisé dans les tueries ou la méchanceté excessive avec laquelle elles ont été exécutées, ainsi que ses complices ;

4° la personne qui a commis les actes de tortures quand bien même les victimes n'en seraient pas succombées, ainsi que ses complices ;

5° la personne qui a commis l'infraction de viol ou les actes de tortures sexuelles ainsi que ses complices ;

6° la personne qui a commis les actes dégradants sur le cadavre ainsi que ses complices ;

Le Procureur Général de la République publie, au moins deux fois par an, la liste des noms des personnes classées dans la première catégorie lui adressée par les juridictions *gacaca* des cellules.

Catégorie 2 :

1° la personne que les actes criminels ou de participation criminelle rangent parmi les auteurs, coauteurs ou complices d'homicides volontaires ou d'atteintes graves contre les personnes ayant entraîné la mort, ainsi que ses complices ;

2° la personne qui dans l'intention de donner la mort, a causé des blessures ou commis d'autres violences graves mais auxquelles les victimes n'ont pas succombé, ainsi que ses complices ;

3° la personne ayant commis d'autres actes criminels ou de participation criminelle à la personne sans l'intention de donner la mort, ainsi que ses complices.

Catégorie 3 :

La personne ayant seulement commis des infractions contre les biens. Toutefois, l'auteur desdites infractions qui, à la date d'entrée en vigueur de la présente loi organique, a convenu soit avec la victime, soit devant l'autorité publique ou en arbitrage, d'un règlement à l'amiable, ne peut plus être poursuivi pour les mêmes faits. »

Dans un premier temps, quatre niveaux de juridictions avaient été créés. Seules demeurent à présent la juridiction *gacaca* de la cellule, la juridiction *gacaca* de secteur et une juridiction *gacaca* d'appel au niveau de chaque secteur.

Les personnes accusées des crimes les plus graves, visés par la "catégorie 1" de l'article 51 de la loi actuelle relèvent des juridictions ordinaires. La juridiction *gacaca* de la cellule connaît en premier et en dernier ressort des affaires concernant les personnes poursuivies uniquement des infractions contre les biens. La juridiction *gacaca* du secteur connaît de l'appel formé contre des jugements rendus par les juridictions *gacaca* de la cellule et du jugement des personnes relevant de la deuxième catégorie. La juridiction *gacaca* d'appel connaît de l'appel formé contre les jugements rendus par les juridictions *gacaca* du secteur.

Chaque juridiction est composée d'une assemblée générale, d'un siège comprenant neuf "personnes intègres" faisant office de juges et d'un comité de coordination, sorte de secrétariat⁶.

Le rôle attribué à l'assemblée générale de la juridiction *gacaca* de la cellule doit être souligné : il est censé faire de celle-ci une juridiction "populaire" et "traditionnelle". L'assemblée générale est composée de tous les habitants âgés d'au moins dix huit ans. Elle est notamment chargée d'aider à la confection de la liste des personnes qui ont été victimes du génocide, soit qu'elles habitaient la cellule, soit qu'elles y ont été tuées, ainsi que la liste des victimes qui ont vu leurs biens endommagés et celle des auteurs présumés des infractions visées par la loi organique. Il revient aussi à la population de présenter au niveau de la cellule les moyens de preuve et les témoignages à charge ou à décharge.

⁶ La loi organique n°40/2000 du 26 janvier 2001 prévoyait un siège composé de 19 personnes intègres, qui ne se réunissait valablement que si au moins 15 de ses membres étaient présents. La pratique a rapidement révélé qu'il était souvent difficile de réunir le quorum. Les juges ne sont pas rémunérés, et le temps qu'il faut consacrer à la fonction considérable.

La procédure est précisément détaillée par les articles 64 à 70 de la loi⁷. Il n'y a pas de ministère public ni de défenseur, avocat ou non.

Chaque fois qu'elles en ressentent le besoin, les juridictions *gacaca* peuvent s'assurer du concours de conseillers juridiques désignés par le Service national chargé du suivi, de la supervision et de la coordination des activités des juridictions *gacaca*. On peut toutefois se demander s'il existe, au Rwanda, suffisamment de juristes pour assister les milliers de juridictions ainsi créées.

Participer aux activités des juridictions *gacaca* est une obligation. Toute personne qui omet ou refuse de témoigner sur ce qu'elle a vu ou sur ce dont elle a connaissance, de même que celle qui fait une dénonciation mensongère, est en outre poursuivie par la juridiction *gacaca* qui en a fait le constat. Quiconque exerce ou tente d'exercer des pressions sur les témoins ou sur les membres de la juridiction *gacaca* est passible d'une peine d'emprisonnement de trois mois à un an.

Les accusés ont le droit de recourir à la procédure d'aveu, de plaider de culpabilité, de repentir et d'excuses.

Les jugements doivent être motivés.

En ce qui concerne les peines, et sans mentionner les peines accessoires :

I. A) Les prévenus relevant de la première catégorie qui n'ont pas recouru valablement à la procédure d'aveu encourent la peine de mort ou d'emprisonnement à perpétuité⁸.

B) Les prévenus relevant de la première catégorie qui ont recouru valablement à la procédure d'aveu encourent une peine d'emprisonnement allant de vingt cinq à trente ans au maximum.

II. A) Les prévenus relevant de la 2ème catégorie reconnus coupables d'homicides volontaires ou d'atteintes graves contre les personnes ayant entraîné la mort, ainsi que leurs complices, ou coupables d'avoir, dans l'intention de donner la mort, causé des blessures ou commis d'autres violences graves mais auxquelles les victimes n'ont pas succombé, ainsi que leurs complices,

1° s'ils n'ont pas recouru valablement à la procédure d'aveu, encourent la peine d'emprisonnement allant de vingt cinq à trente ans ;

2° s'ils ont valablement présenté leurs aveux après que la juridiction *gacaca* de la cellule ait dressé la liste des auteurs des infractions liées au génocide, ils encourent une peine d'emprisonnement allant de douze à quinze ans. La moitié de la peine est commuée en prestation de travaux d'intérêt général.

3° s'ils ont recouru valablement à la procédure d'aveu avant que la juridiction *gacaca* de la cellule ait dressé la liste des auteurs des infractions liées au génocide encourent une peine d'emprisonnement allant de sept à douze ans. La moitié de la peine est commuée en prestation de travaux d'intérêt général.

B) Les prévenus relevant de la 2ème catégorie reconnus coupables d'autres actes criminels sans l'intention de donner la mort, ainsi que leurs complices,

1° s'ils n'ont pas recouru valablement à la procédure d'aveu, encourent la peine d'emprisonnement allant de cinq à sept ans. La moitié de la peine est commuée en prestation de travaux d'intérêt général.

2° s'ils ont valablement présenté leurs aveux après que la juridiction *gacaca* de la cellule ait dressé la liste des auteurs des infractions liées au génocide, ils encourent une peine d'emprisonnement allant de trois à cinq ans au maximum. La moitié de la peine est commuée en prestation de travaux d'intérêt général.

3° s'ils ont recouru valablement à la procédure d'aveu avant que la juridiction *gacaca* de la cellule ait dressé la liste des auteurs des infractions liées au génocide encourent une peine d'emprisonnement allant de un à trois ans au maximum. La moitié de la peine est commuée en prestation de travaux d'intérêt général.

III. Les prévenus accusés d'avoir commis des infractions contre les biens, sont condamnés à la réparation des dommages causés aux biens d'autrui.

⁷ Les textes légaux actuels peuvent être consultés à l'adresse <<http://www.inkiko-gacaca.gov.rw>> (janvier 2007).

⁸ Vingt-deux condamnés à mort sous l'empire de la loi organique de 1996 ont été exécutés publiquement par balles, à Kigali, le 24 avril 1998. Il ne semble pas que d'autres condamnations à la peine capitale aient été exécutées depuis.

On voit notamment à quel point l'aveu, le plaidoyer de culpabilité et la présentation d'excuses publiques sont encouragés.

Enfin, toujours pour se limiter à l'essentiel, il y a lieu de souligner comment sont choisis les juges intègres. Aux termes de l'article 14 de la loi 16/2004,

« Les membres des sièges des juridictions *gacaca* sont des Rwandais intègres élus par les assemblées générales des cellules dans lesquelles ils résident.

Est intègre, tout Rwandais remplissant les conditions suivantes :

1° n'avoir pas participé au génocide ;

2° être exempt d'esprit de divisionnisme ;

3° n'avoir pas été condamné par un jugement coulé en force de chose jugée à une peine d'emprisonnement de six mois au moins ;

4° être de bonne conduite, vie et mœurs ;

5° dire toujours la vérité ;

6° être honnête ;

7° être caractérisé par l'esprit de partage de la parole. »

Ces dispositions montrent cette fois à quel point la loi est idéaliste, voire, sous certains aspects, naïve. L'expérience, pour ce qu'on n'en connaît, a révélé que dans de nombreux cas, des juges intègres se sont retrouvés rapidement dans la position d'accusés⁹.

B. L'UBUSHINGANTAHE

1. L'Ubushingantaha traditionnel

Les *bashingantabe*¹⁰, que l'on pourrait traduire très approximativement par les "notables"¹¹, sont traditionnellement, au Burundi, des personnes de sexe masculin exclusivement éduquées et investies par la communauté en tant que sages.

Leur institution provient sans doute historiquement de la volonté de créer un contre-pouvoir à celui du *Mwami*. Leur fonction n'avait bien sûr jamais été codifiée dans un texte. Selon une enquête effectuée récemment au Burundi sur le rôle traditionnel qui leur est attribué, il appert que la population les charge notamment de "réconcilier", de "soigner le bien commun", d'"être un bon Pasteur pour tout le monde", d'"empêcher les animaux de dévaster les champs", de "mettre de l'ordre dans les choses", de "porter secours à tout le monde", de "ne pas dire n'importe quoi", de "faire preuve de retenue" ou d'"être capable de pitié"¹².

Contrairement donc aux chefs de famille investis du rôle de conciliateurs au Rwanda, à travers le *gacaca* traditionnel, les *bashingantabe* sont éduqués dès leur jeune âge au rôle d'intermédiaires et de pacificateurs, qu'ils ne rempliront que si la population leur conserve sa confiance au terme de leur formation.

⁹ Pour plus de détails sur le système mis en place et des considérations critiques plus générales, voy. J. FIERENS, "Gacaca Courts : Between Fantasy and Reality", *Journal of International Criminal Justice* 3 (2005), pp. 896-919.

¹⁰ Le mot kirundi *ubushingantabe* vise le système, les *bashingantabe* sont les personnes dont il va être question. Pour une personne au singulier, on dit *umushingantabe*.

¹¹ Come on le verra, la loi fera cependant une distinction entre les *bashingantabe* et les notables au sens large.

¹² Voy. A. NTABONA, "L'institution des *bashingantabe* : de la tradition à la modernité", dans Ph. NTAHOMBAYE, A. NTABONA, J. GAHAMA et L. KAGABO (dir.), *L'institution des Bashingantabe au Burundi. Etude pluridisciplinaire*, Bujumbura, 1999, pp. 42-66.

2. L'Ubushingantaha instrumentalisé par le pouvoir

Selon un phénomène comparable à celui qui a pris place au Rwanda, la tutelle belge a fait des *bashingantaha* des agents de la colonisation. S'ils n'obéissaient pas aux autorités de tutelle, les notables étaient publiquement humiliés. Des jeunes ou des fonctionnaires qui n'avaient pas été investis par la population ont été désignés *bashingantaha* par les Belges, uniquement parce qu'ils avaient obtenu des diplômes, ou parce qu'ils parlaient le français ou le swahili.

Après l'indépendance, les administrateurs communaux ont été nommés d'office *bashingantaha* par le nouveau pouvoir.

L'institution en a été gravement affaiblie.

3. La disparition de l'Ubushingantaha de la législation burundaise

Plus récemment encore, selon la loi n° 1/004 du 14 juillet 1987 portant réforme du code de l'organisation et de la compétence judiciaires, récemment abrogée, les "notables" devaient tenter de concilier les parties en conflit si les litiges leur étaient soumis.

L'*ubushingantaha* institutionnalisé était sans doute comparable à une autre institution rwandaise récemment officialisée, les conciliateurs ou *abunzi*, dont le nom signifie littéralement "ceux qui réduisent la fracture", au sens orthopédique du terme¹³. Les *abunzi* sont élus, constitués en comité de douze personnes et exercent des compétences mineures en matière civile et en matière pénale. Ils tranchent les différends mineurs en cas de non-conciliation.

Dans une partie rejetée du projet de loi burundais qui devait aboutir à la loi n° 1/08 du 17 mars 2005 portant code de l'organisation et de la compétence judiciaires, et qui devait reprendre en substance le système précédent, un "conseil des notables" aurait dû être institué au niveau de chaque colline. Pour être nommé membre de ce conseil, il n'aurait pas été requis d'être *umushingantaha*. Le conseil aurait été chargé d'entendre les parties dans toutes les affaires civiles relevant de la compétence des tribunaux de résidence, comparables *grosso modo* aux tribunaux d'instance en France ou aux justices de paix et aux tribunaux de police en Belgique. À l'issue de cette procédure préalable, que le projet n'hésitait pas à appeler "procès", les notables ou les *Bashingantaha* auraient remis aux parties une copie du procès-verbal de l'instance comprenant la mention de l'identité des parties, de l'objet du litige, des témoins entendus avec le résumé de leurs dépositions et de l'arrangement proposé. Devant le tribunal, les parties auraient dû se munir d'un procès-verbal contenant les opinions exprimées par le conseil. Le tribunal n'aurait pas été lié par l'arrangement proposé, sauf à vérifier la valeur des déclarations des partis et des dépositions des témoins. S'il s'en était écarté, il aurait cependant été tenu d'en indiquer les raisons. L'arrangement arrêté par les notables ou les *bashingantaha* n'aurait pas été revêtu de l'autorité de la chose jugée ni n'aurait pu être exécuté par voie forcée, sauf si au préalable les parties en avaient demandé l'exequatur au tribunal de résidence territorialement compétent. Le jugement d'exequatur aurait été rendu comme en matière gracieuse. Il n'aurait été susceptible ni d'opposition, ni d'appel. Il aurait pu être attaqué par un pourvoi en cassation.

L'Accord de paix d'Arusha du 28 août 2000 rappelle que "l'existence des *Bashingantaha* issus des *Baganwa*, des *Babutu* et des *Batutsi* et qui étaient des juges et des conseillers à tous les niveaux du pouvoir constituait, entre autres éléments, un facteur de cohésion" du pays¹⁴. La Constitution de transition du 1^{er} juin 1998 avait prévu en son article 150 la création du "Conseil des *Bashingantaha* pour l'unité nationale et la réconciliation", organe consultatif chargé notamment de mener des réflexions et de donner des conseils sur toutes les questions essentielles relatives à l'unité, à la paix et à la réconciliation nationale, en particulier celles ayant trait aux missions prioritaires des institutions de transition ; de suivre régulièrement l'évolution de la société burundaise du point de vue de la question de l'unité nationale et de la réconciliation ; de produire de façon périodique un rapport sur l'état de l'unité nationale et de la réconciliation et de le porter

¹³ Loi organique n° 17/2004 du 20 juin 2004 portant organisation, compétence et fonctionnement du comité des conciliateurs.

¹⁴ Protocole n° 1, art. 1^{er}, 1^o.

à la connaissance de la nation ; d'émettre des propositions en vue de l'amélioration de la situation de l'unité nationale et de la réconciliation dans le pays ; de concevoir et d'initier les actions nécessaires en vue de réhabiliter l'institution d'*ubushyantaba* pour en faire un instrument de paix et de cohésion sociale ; d'émettre des avis et propositions sur d'autres matières intéressant la nation. Le Conseil des Bashingantaba pouvait être consulté par le Président de la République, le Gouvernement et l'Assemblée Nationale. Sur sa propre initiative, il pouvait également émettre des avis et les rendre publics.

La Constitution post-transition du 20 octobre 2004 n'a pas renouvelé ce Conseil. Elle se borne à préciser qu'une autre instance, le Conseil national pour l'unité nationale et la réconciliation, est chargée notamment de concevoir et d'initier les actions nécessaires en vue de réhabiliter l'institution d'*ubushyantaba* pour en faire un instrument de paix et de cohésion nationale (art. 246).

Il est probable que les réticences qui se dévoilent ainsi sont d'ordre ethnique : la majorité des *bashingantaba* étaient et sont *tutsi*.

RÉFLEXIONS FINALES

Le Rwanda et le Burundi ont chacun tenté, dans un contexte différent, de valoriser, dans leur droit écrit récent, des institutions traditionnelles qui semblent avoir fait dans le passé la preuve de leur efficacité en termes de résolution pacifique et non judiciaire des conflits. Ces tentatives sont intervenues après les horreurs de la guerre civile et des génocides. Aucun des deux Etats n'a cependant aujourd'hui abouti dans cette entreprise.

Le *gacaca* a été utilisé et transformé, jusqu'à en être totalement défiguré, en un ensemble d'instances chargées de tenter de juger les auteurs du génocide ou des infractions qui l'ont accompagné. On cherche en vain les traits communs à l'institution traditionnelle et au *gacaca* contemporain, sous la seule réserve que dans les deux cas les juges ne sont pas des magistrats professionnels, ce qui constitue une ressemblance bien réduite. Le droit du *gacaca* moderne ne concerne que le droit pénal au sens occidental du terme, il vise des infractions très spécifiques et en principe très graves, il est confié à des juges élus, la procédure est formalisée dans les détails, en tout cas sur papier, et semble utilisé comme instrument de renforcement du pouvoir politique central. Même du point de vue de ses objectifs propres, le *gacaca* actuel risque d'aboutir à un échec, mais ce n'est pas ici le lieu d'en discuter¹⁵. Le *gacaca* traditionnel ne recourt à aucune élection. Ni le droit appliqué, ni la procédure ne sont écrits et il n'a évidemment jamais été question, dans la tradition, d'infliger des peines au sens du droit moderne comme l'emprisonnement ou les travaux d'intérêt général. Il semble cependant que le *gacaca* traditionnel puisse espérer survivre, voire ressusciter, à travers ou après l'interminable crise politique que traverse le Pays des mille collines.

En ce qui concerne l'*ubushyantaba*, les critiques ne concernent guère sa pertinence en tant que mode de résolution des conflits. Les difficultés rencontrées tiennent aux modalités incertaines de la désignation des *bashingantaba* et aux problèmes de corruption qui les concernent aussi, comme toute autorité dans ces régions où la séparation des pouvoirs n'est pas assurée. Surtout, la polarisation ethnique de la vie politique au Burundi, qui est loin d'être résolue, empêche la concrétisation de l'Accord d'Arusha qui entendait renforcer l'institution.

Ces échecs n'empêchent pas que le *gacaca* traditionnel et l'*ubushyantaba* méritent le plus haut intérêt, tant de la part de l'Occident que des pouvoirs en place au Rwanda et au Burundi. Ce n'est pas sans

¹⁵ A l'heure où ces lignes sont écrites, hormis les observations d'Avocat sans frontières, partielles et parfois subjectives (*Monitoring des juridictions gacaca. Phase de jugement. Rapport analytique. Mars-septembre 2005*, <www.asf.be>), il est malaisé de savoir comment se déroulent les procès dans l'ensemble du pays. Les moyens d'une analyse précise font en tout cas défaut. Des incidents comme ceux de l'affaire *Theunis* ne sont guère rassurant. Le Père Theunis, père blanc de nationalité belge, a été appréhendé en 2005 lors d'un transit à l'aéroport de Kigali, puis accusé d'incitation au génocide et emprisonné. Il a comparu devant une juridiction *gacaca* manifestement incompétente *ratione temporis* et classé en 1^{ère} catégorie sur la base de témoignages fantaisistes. La voie diplomatique a permis sa libération. Quant aux difficultés que pose le système au regard des droits fondamentaux et des standards internationaux de la justice impartiale, voy. J. FIERENS, "Gacaca Courts : Between Fantasy and Reality", cité.

raison que la Déclaration de Libreville a estimé que "la reconnaissance et la valorisation des institutions, des mécanismes, des valeurs traditionnelles de prévention de résolution des conflits (*Bashingantabe* au Burundi, *gacaca* au Rwanda) comme patrimoine matériel et immatériel des peuples de l'Afrique centrale et de la Région des Grands Lacs"¹⁶.

L'approche de la justice traditionnelle au Rwanda et au Burundi, et la constatation des mutations qu'elle subit, souvent dans la difficulté, ont le mérite de reposer spécialement une question essentielle aussi bien pour l'Afrique que pour le reste du monde : quel est le rôle du juge ? Lui revient-il de dire le droit ou de rétablir la relation sociale ? La tradition juridique européenne se heurte depuis longtemps à la même question et l'opposition culturelle mentionnée plus haut, entre le juge occidental qui tranche et le juge africain qui relie, pourrait, tout compte fait, être moins marquée qu'il n'y paraît. Platon et Aristote, à qui l'Occident doit sa vision de la justice, ne disaient-ils pas "Le but auquel visent fondamentalement nos lois, c'est, nous le savons, de rendre les citoyens le plus heureux possible et, au plus haut point, amis les uns des autres"¹⁷, ou "Quand les hommes sont amis, ils n'ont plus besoin de justice"¹⁸ ?

Une expression est née il y a bien longtemps au Rwanda, à propos d'une cause jugée avec indépendance, la preuve ayant été parfaitement administrée. Par allusion à un *mwami* demeuré célèbre pour son sens de la justice, qui séjournait en un lieu appelé Mutakara, on dit : "Ce procès a été jugé comme à Mutakara"¹⁹.

Où est donc Mutakara, en ce début de XXI^e siècle ?

¹⁶ La Déclaration de Libreville a clôturé la conférence internationale sur le dialogue interculturel et la culture de la paix en Afrique centrale dans la Région des Grands Lacs, tenue du 19 au 20 novembre 2003 au Gabon.

¹⁷ PLATON, *Les lois*, tr. fr. par L. ROBIN, Paris, Gallimard [bib. de la Pléiade], 1950, V, 743c.

¹⁸ ARISTOTE, *Éthique à Nicomaque*, tr. fr. J. Tricot, Paris, Librairie philosophique J. Vrin, 1979, 1155a, 27.

¹⁹ A. KAGAME, *Un abrégé de l'ethno-histoire du Rwanda, Butare, éditions universitaires du Rwanda*, 1972, p. 123.

« La résolution des conflits en matière pénale, entre pacification, répression et réparation »

L'affirmation de la puissance étatique comme moyen d'assurer la paix intérieure est passée par une prise en charge directe par l'autorité publique de la résolution du conflit violent, alors analysé comme un trouble à l'ordre social ou aux principes fondamentaux de la morale. S'est ainsi mis en place un système totalement étatisé tendant à exclure les parties (particulièrement les victimes) du procès. Il ne s'analyserait plus comme un processus de résolution de conflit, pacificateur ou réparateur, mais comme la mise en œuvre d'une « vengeance publique » ou d'une « répression » inexorable et nécessaire au rétablissement de l'ordre public.

Toutefois, cette tendance de la justice du système juridique romaniste n'a jamais totalement étouffé l'idée d'un règlement des conflits faisant participer les parties au procès. C'est sur la complémentarité de ces procédures et sur le rôle de acteurs de ces différentes formes de résolution des conflits que s'orientent les thèmes de cette journée d'étude, envisagée dans une perspective historique et comparative.

L'existence de modes de résolution des conflits ou même de véritables procédures judiciaires favorisant la réparation voire la conciliation ou la médiation publique ou privée, en parallèle au procès inquisitoire ou en remplacement de celui-ci, est en effet avérée pour l'époque médiévale ou moderne. Il conviendrait alors de s'interroger non pas sur l'opposition entre ces procédures, reflet d'une concurrence entre l'Etat et la société, individus ou communautés, mais plutôt sur leur complémentarité dans le règlement des conflits. La négociation s'inscrit alors dans une réponse pénale participant au maintien de l'ordre. L'actuel regain d'intérêt pour les procédures négociées (médiation, composition pénale, "plaider coupable") traduit sans doute une préférence de la société libérale pour une résolution contractualisée des conflits pénaux. Mais elle révèle peut-être aussi une nouvelle forme de contrôle étatique sur la transgression, dans un système où l'initiative de la démarche négociatrice revient à l'autorité publique et où la négociation se fait entre parties inégales. Il conviendrait donc de revenir sur la réalité de leur concurrence ou à l'inverse sur leur complémentarité voulue et acceptée par l'autorité publique, en fonction des matières, des époques, des circonstances précises du conflit et des buts poursuivis.

Enfin, le rôle des parties dans le choix de la procédure nécessiterait aussi d'être envisagé en fonction de leurs intérêts et des buts qu'elles poursuivent : pacification, répression ou réparation.

LA TRANSACTION DEVANT LA CHAMBRE CRIMINELLE DU PARLEMENT DE PARIS AU DEBUT DU XV^E SIECLE : L'EXEMPLE DE L'AFFAIRE BROQUEL¹

RAPHAËL ECKERT

Doctorant,

Université Robert Schuman de Strasbourg III

Raphael.Eckert@urs-u.strasbg.fr

L'émergence d'une justice pénale publique à la fin du Moyen Âge est traditionnellement associée, dans l'historiographie des XIX^e et XX^e siècles, à un reflux des règlements extrajudiciaires des litiges pénaux². L'autorité publique aurait alors combattu avec succès les résolutions privées des différends, en particulier les transactions – ces contrats par lesquels les parties terminent un litige au moyen de concessions réciproques³ – conclues en matière pénale. Dans une telle perspective, cette pratique est, en effet, analysée comme une persistance archaïque du système des compositions pécuniaires⁴.

Ce modèle est aujourd'hui profondément remis en cause. Il est certes établi que, dès le XIII^e siècle, les auteurs du droit savant ont contesté, au nom de l'intérêt public, qu'une transaction conclue avec la victime pût faire échapper le délinquant à l'infliction d'une peine⁵. Toutefois, des études convergentes ont montré

¹ Nous tenons à exprimer notre gratitude à M. Louis de CARBONNIERES, Professeur à l'Université de Lille 2, qui a eu la bienveillance de porter l'affaire Broquel à notre connaissance. Cette recherche a pu être menée à bien grâce aux ressources du Centre d'Etude d'Histoire Judiciaire, dorénavant rattaché à l'Institut d'Histoire du Droit de l'Université de Paris 2. Que son directeur, Monsieur Guillaume LEYTE, Professeur à l'Université de Paris 2, soit vivement remercié de nous y avoir accueilli. Nous nous saurions, enfin, omettre de remercier Mmes Monique BONNET et Sylvie DAUBRESSE pour leur constante disponibilité et leur bienveillance. Nous devrions prolonger la réflexion entamée ici dans la thèse que nous préparons sous la direction de Monsieur Yves JEANCLOS, Professeur à l'Université de Strasbourg 3, sur le thème de : « *La transaction pénale du XII^e au XV^e siècles à travers les auteurs du droit savant et la pratique judiciaire* ».

² Voir, sur ce point : J.-M. CARBASSE, « *Ne homine interfecitur*. Quelques remarques sur la sanction médiévale de l'homicide », dans *Auctoritates Xenia R.C. Van Caenegem*, Bruxelles, 1997, p. 166, qui mentionne, à titre d'exemple, les *Eléments de droit pénal* d'ORTOLAN.

³ Sur ce point, voir : G. CHEVRIER, « Recherches sur la transaction dans la doctrine des romanistes et dans la pratique des XIII^e, XIV^e et XV^e siècles », dans *Conférence à l'Institut de Droit romain du 5 février 1954*, polycopié, 44 p., qui montre que cette définition du contrat de transaction, posée dès le droit romain, est transmise par le droit médiéval au Code civil de 1804 (article 2044). Sur les spécificités de la transaction dans le droit du Moyen Âge, voir : G. D'AMELIO, *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia*, Milan, 1972, 189 p. Pour une définition de la transaction pénale et de ses enjeux, on peut se reporter à : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, pp. 17-18. *Adde*, pour une distinction des différents modes de règlement des litiges : Y. JEANCLOS, *L'arbitrage en Bourgogne et en Champagne du XII^e au XV^e siècle. Etude de l'influence du droit savant, de la coutume et de la pratique*, Dijon (Publications du Centre de Recherches historiques de la Faculté de Droit et de Science politique - III), 1977, pp. 8-11.

⁴ Cf. G. CHEVRIER, « Recherches sur la transaction dans la doctrine des romanistes et dans la pratique des XIII^e, XIV^e et XV^e siècles » (cité *supra*, n. 3), pp. 2-3 : « L'habitude de la composition pécuniaire, favorisée par l'extension de la poursuite privée en raison du déclin de l'action publique, sévit dans le champ du droit pénal où elle supplante la peine véritable ».

⁵ Voir : A. PADOA-SCHIOPPA, « Delitto et pace privata nel pensiero dei legisti bolognesi. Brevi note », dans *Studia Gratiana*, XX (*Mélanges Fransen*), 1976, pp. 271-287 ; J.-M. CARBASSE, « *Ne homine interfecitur*. Quelques remarques sur la sanction médiévale de l'homicide », art. cit. ; ID., « Note sur les fondements civilistes du *factum pacis* médiéval », dans *Auctoritas. Mélanges offerts au Professeur Olivier GUILLOT*, études réunies par G. Constable et M. ROUCHE, Paris, Presses de l'Université de Paris - Sorbonne (Cultures et civilisations médiévales - 33), 2006, p. 385-396. Sur le rôle joué par la notion d'intérêt public dans la formation du droit pénal public au cours du XII^e siècle, nous nous permettons de renvoyer à notre mémoire pour le Diplôme de l'Ecole Pratique des Hautes Etudes préparé sous la direction de M. le Prof. Laurent MAYALI, *La peine en droit canonique du Décret de Gratien (vers 1140) au IV^e Concile de*

la fréquence, en pratique, des règlements extrajudiciaires des litiges pénaux, non seulement à la fin du Moyen Âge, mais encore en pleine époque moderne⁶. Elles ont conduit à réinterpréter la persistance des résolutions privées des litiges pénaux à la fin du Moyen Âge, que l'on n'analyse plus, désormais, comme un signe de l'incapacité de l'autorité publique à assurer leur disparition. Le modèle qui postule l'incompatibilité d'une justice pénale publique et des règlements extrajudiciaires des litiges en matière pénale a donc dû être révisé. On a ainsi avancé que l'autorité publique avait pu préférer, un temps, l'exercice d'un contrôle sur la pratique des transactions pénales, plutôt que sa répression, dont la mise en œuvre se serait révélée délicate. Règlements judiciaires et extrajudiciaires des litiges pénaux, loin de s'opposer, seraient, à la fin du Moyen Âge, des modes complémentaires de résolution des différends⁷.

C'est à une illustration de cette problématique que les lignes qui suivent sont consacrées, à travers la présentation d'un exemple extrait de la jurisprudence de la chambre criminelle du Parlement de Paris du début du XV^e siècle. Il permet de mettre en évidence une phase de transition au cours de laquelle la transaction pénale, qui ne peut encore être réduite à un contrat purement civil portant indemnisation du préjudice de la victime, n'empêche toutefois plus la justice criminelle de connaître du litige.

Au début du XV^e siècle, une transaction pénale peut être conclue dans le cadre d'une procédure engagée devant le Parlement selon deux modalités. Les parties peuvent, tout d'abord, transiger avec l'autorisation du Parlement. La transaction relève alors de la procédure de l'accord en Parlement, qui permet aux parties de solliciter l'autorisation de se retirer d'un procès en cours pour transiger, à charge pour elles de présenter l'accord, une fois conclu, aux juges afin qu'ils en contrôlent le contenu avant de l'homologuer⁸. Le procès est alors suspendu en attendant l'issue de la négociation entre les parties⁹.

Il se peut également que les parties transigent sans l'autorisation des juges. L'analyse de cette hypothèse dépend du moment auquel intervient la transaction. Soit, en effet, les parties s'entendent alors que l'affaire est pendante devant le Parlement, soit elles ont transigé avant le déclenchement de la procédure.

Dans le premier cas, l'appelant peut renoncer à son appel sans encourir d'amende s'il en exprime le souhait dans les huit jours suivant la sentence dont il fait appel¹⁰. Toute renonciation ou désertion de l'appel ultérieure entraîne l'infliction d'une amende de 60 livres parisis, du moins pour les appels des pays

Latran (1215), Paris, 2007, spécialement pp. 65-79.

⁶ Pour une synthèse de l'historiographie récente sur cette question, voir : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal...*, *op. cit.*, pp. 187-189 et 222-223. Voir aussi les remarques de Cl. GAUVARD dans *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, Paris (Publications de la Sorbonne, Série Histoire ancienne et médiévale – 62), 2001, spéc. pp. 7-8 et 369 et s. Par ailleurs, on préférera l'expression de « règlement *extrajudiciaire* des litiges » aux termes d'*infrajudiciaire* ou d'*infrajustice* parfois employés par les historiens des Facultés des lettres (Cf., par exemple, le recueil publié sous la direction de B. GARNOT, *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*. Actes du colloque de Dijon 5-6 octobre 1995, Dijon, 1996, 471 p.). Cf. J.-M. CARBASSE, « Note sur les fondements civilistes du *pactum pacis* médiéval », art. cit., p. 385 ; ID., *Histoire du droit pénal*, *op. cit.*, p. 19.

⁷ Voir, sur ce point : Cl. GAUVARD, « Les juges jugent-ils ? Les peines prononcées par le Parlement criminel vers 1380-vers 1435 », *Penser le pouvoir au Moyen Âge (VIII^e-XV^e siècle)*, *Études d'histoire et de littérature offertes à Françoise Antrand*, Paris, 2000, pp. 69-87, repris dans *Violence et ordre public au Moyen Âge*, Paris, Picard (Les médiévistes français – 5), pp. 116-130 ; ID., dans *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, *op. cit.*, pp. 369 et s.

⁸ Pour une présentation de la procédure de l'accord en Parlement, voir : F. AUBERT, *Histoire du Parlement de Paris de l'origine à François I^{er}, 1250-1515*, tome 2, *La procédure*, Paris, Picard, 1894, pp. 172 et s. Cette procédure est commune aux chambres civile et criminelle. L'ensemble des accords homologués par le Parlement de Paris constitue la série X^{1C} des Archives nationales. Pour une présentation de cette série, voir : Cl. GAUVARD, « *De grace especial* ». *Crime, état et société en France à la fin du Moyen Âge*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1991, tome 1, pp. 17-26 ; M. LANGLOIS, « Les archives criminelles du Parlement de Paris », *La faute, la répression et le pardon*. Actes du 107^e congrès national des sociétés savantes (Section de philologie et d'histoire jusqu'à 1610), Paris, 1984, p. 7-14.

⁹ Cf. F. AUBERT, *op. cit.*, p. 175. Il faut encore noter que la procédure devant le Parlement permet aux parties de s'accorder sans autorisation préalable si la transaction est conclue « sous réserve du consentement de la Cour », auquel elle doit alors être présentée. Cf. F. AUBERT, *ibid.*, p. 173.

¹⁰ Cf. L. DE CARBONNIERES, *La procédure devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au XIV^e siècle*, Paris (Histoire et Archives), 2004, p. 94. Toutefois, les mentions d'une telle renonciation sont extrêmement rares dans les archives du Parlement. Cf. *ibid.*, p. 96.

coutumiers¹¹. En outre, le Parlement peut, dans tous les cas, imposer la continuation du procès et procéder au jugement de l'affaire¹². La procédure de l'accord en Parlement, bien qu'elle implique un contrôle de la transaction par les juges, semble ainsi offrir aux parties une meilleure garantie du respect de leur volonté de résoudre le litige à l'amiable.

Dans le second cas, les parties ont déjà transigé lorsque le litige parvient en appel devant le Parlement. Quelle est alors l'incidence de la transaction sur le déroulement de la procédure ? Comment les juges analysent-ils le contrat conclu par les parties ? L'affaire Broquel permet d'illustrer les réponses apportées par le Parlement à ces questions. Elle nous est connue par deux actes recueillis dans les archives de la chambre criminelle : un mandement d'enquêter du 5 juin 1409 et un arrêt du 18 juin 1412¹³.

Le conflit qui en est à l'origine est d'une relative banalité à la fin du Moyen Âge¹⁴. Nicolas Broquel, tailleur à Senlis, a été agressé à son domicile par Pierre de Poix, André Bassin et Gilles Compère. Les coups portés à cette occasion lui ont infligé des blessures graves, particulièrement aux membres¹⁵. Si, selon Broquel, c'est sans raison que ses agresseurs l'ont attaqué¹⁶, telle n'est pas la version de ses adversaires : selon eux, Pierre de Poix, prévôt forain de Senlis, et Broquel étaient voisins et entretenaient des relations de confiance. C'est pourquoi Poix, devant partir en tournée dans le cadre de sa fonction, avait confié à Broquel la garde de sa femme et de ses biens. A son retour, il constata que Broquel avait non seulement détourné une partie de ses biens mais également séduit sa femme. C'est donc sous l'effet d'une colère légitime que Poix, rejoint par quelques amis, a agressé Broquel, d'abord verbalement, avant que l'explication ne devienne plus sévère¹⁷. Des médecins ont été appelés au chevet du blessé, après quoi, et sans doute dans un bref délai, Broquel, Poix, Bassin et Compère ont conclu une transaction, dont la teneur précise n'est pas rapportée. Les agresseurs ont par la suite obtenu des lettres de rémission dont ils ont

¹¹ Cf. L. DE CARBONNIERES, *op. cit.*, pp. 89-92, pour la désertion et p. 93-96, pour la renonciation. La solution est commune aux chambres civile et criminelle. On trouve dans le recueil rédigé par Jean le Coq mention d'une affaire dans laquelle les parties, qui avaient transigé sans l'accord du Parlement, avaient souhaité abandonner le procès en cours pour injures verbales. De manière quelque peu surprenante, seul le prévenu, dont l'avocat a admis l'existence d'un accord, est condamné à l'amende de 60 livres parisis. Cf. *Questiones Johannis Galli*, éd. M. BOULET, Paris, 1944, pp. 143-144, *Questio* 119 : « Item nota quod Egidius Seart fuit condemnatus per arrestum curie in LX libris parisiensium, eo quod magister Johannes Filleul advocatus suus, confessus est placitando quod unacum parte sua adversa, videlicet religiosus de Sancto Pharone de Meldis, concordiam fecerat, lite in Parlamento pendente, et absque curia licentia. Et tamen quia dicti religiosi non fuerunt hoc confessi, nec fuit hoc probatum contra eos, non fuerunt in emenda condemnati ».

¹² Cf. L. DE CARBONNIERES, *op. cit.*, p. 93.

¹³ Le mandement d'enquêter figure au registre X²A15, f^o270-270v^o. Les enquêteurs chargés par le Parlement d'éclaircir les faits sont Guillaume Buset, procureur du Roi dans le bailliage de Senlis, et Nicolas Bauliart, avocat, Cf. A.N., X²A15, f^o270 : « Karolus etc. Magistro Guillermo Buset procuratori nostro in baillivia Silvanectensi et Nicolao Bauliart advocato salutem, vobis committimus et mandamus... ». L'enquête devait originellement être remise au Parlement le 26 juillet 1409. L'arrêt du 18 juin 1412 figure au registre X²A16, f^o188v^o-189v^o. Les archives du Parlement ne contiennent, à notre connaissance, aucun autre acte concernant cette affaire. Par ailleurs, il n'a pas été possible de retrouver les lettres de rémission, mentionnées par l'arrêt, dans les archives de la Chancellerie.

¹⁴ Voir, par exemple : Cl. GAUVARD, « *De grace especial* » ..., *op. cit.*, tome 2, chapitre 16, "L'honneur blessé", p. 705-752 et chapitre 17, "La vengeance", p. 753-788.

¹⁵ A.N., X²A16, f^o188v^o : « Cum racione vel occasione certarum verberacionum vulnerationumque et mutilacionum in personam Nicolai Broquel sartoris seu custurarii apud Silvanectum quondam commorantis, presertim in altero pedum manue et aliis membris ipsius Broquel ut dicebat per Petrum de Pisis Andream Bassin et Egidium Compere insidiose et cum portu armorum commissarum... ». Notons toutefois que d'après le mandement d'enquêter, Broquel se prénomme Colin. Cf. A.N., X²A15, f^o270. De même, le nom de Bassin y est orthographié *Basini*.

¹⁶ A.N., X²A16, f^o188v^o : « propositum fuisset inter alia quod dictus Broquel probus et fidelis cum suis uxore et liberis predicto custurarii ministerio honeste vivens semper fuisset ac esset, nec uni quam alicui et presertim dictis de Pisis Bassin et Compere aut alteri eorum forefecisset vel iniuriam intulisset ».

¹⁷ A.N., X²A16, f^o189 : « Ex adverso vero [...] dictusque de Pisis seruiens noster et postmodum prepositus foraneus silvanectensi ob sua merita extiterat et in dicto Broquel vicino suo tantam fiduciam habuerat quod a domo sua pro exercicio sui officii abiens, dictus de Pisis domum suam huiusmodi cum uxore sua que iuvenis erat in custodiam commendabat, sed dictus Broquel [...] in dicta custodia seu commenda se gesserat infideliter quod dictam prefati de Pisis uxorem seducens adulterium cum eadem uxore commiserat et plura de bonis eiusdem de Pisis consumpserat, unde non mirum turbatus dictus de Pisis associatis secum dictis Bassin et Compere sive consanguineis dictum Broquel aggressus fuerat, et de verbis ad verbera prorumpentes idem Broquel forsitan in femore et manu lesus fuerat ».

sollicité l'entérinement¹⁸. Nonobstant l'accord, Broquel les a attrait devant le bailli de Senlis, peut-être parce qu'ils ne se sont pas entièrement acquittés des obligations portées à la transaction¹⁹. L'affaire parvient devant la chambre criminelle du Parlement en appel de jugement du bailli, dont la teneur nous est inconnue²⁰. Il faut encore noter que Broquel est décédé au cours de la procédure devant le Parlement, entre l'appointement des parties en faits contraires et le mandement d'enquêter de juin 1409²¹.

Les demandes de Broquel, auquel est joint le procureur du roi, sont reprises, après son décès, par ses ayant droits²². Elles sont rapportées par l'arrêt de 1412 : Broquel sollicite tout d'abord l'annulation de la transaction, qu'il considère n'avoir acceptée que sous la contrainte, ainsi que la reconnaissance du caractère subreptice des lettres de rémission obtenues par ses agresseurs²³. Il demande ensuite que les prévenus soient condamnés à la prestation d'une amende honorable, au paiement d'une amende à partie de mille livres parisis et d'une amende au roi de deux mille livres parisis. Enfin, Broquel exige le versement d'une somme destinée à assurer la subsistance de sa famille, ce dont il ne peut plus lui-même s'acquitter en raison des séquelles de son agression²⁴. Il faut encore noter qu'à la suite du décès de Broquel, sa femme et ses ayant droits ont introduit des demandes complémentaires tendant à faire reconnaître que sa mort a été la conséquence des blessures infligées par les prévenus²⁵.

¹⁸ *Ibid.* : « et super huiusmodi lesione rapporto medicorum seu chirurgicorum facto ac lite suborta certam concordiam sive accordum quittance importanter fecerant ad invicem [...] et postmodum litteras venie seu remissionis et gracie a nobis impetrauerant et integrari pecierant ».

¹⁹ A.N., X²A16, f°188v° : « ... evocati vero super hoc dicti de Pisis Bassin et Compere coram baillivo prefato ». On peut supposer, d'après la mention suivante, que les agresseurs ne se sont pas acquittés de la totalité de la somme qu'ils s'étaient engagés à payer, *ibid.*, f°189 : « super huiusmodi lesione [...] certam concordiam [...] fecerant ad invicem quam dicti de Pisis Bassin et Compere compleverant saltem in parte ».

²⁰ *Ibid.*, f°188v° : « Cum [...] certa lis seu causa inter dictum Broquel et procuratorem nostrum ei adiunctum ex parte una, et eosdem de Pisis Bassin et Compere prout quemlibet eorum tangebatur altera coram baillivo nostro Silvanectensi mota fuisset, ac deinde certa mediante appellatione pro parte dicti Broquel a dicto baillivo seu eius locumtenente interiecta... ». Le jugement dont il est appelé devait soit rejeter une action de Broquel contre ses agresseurs, soit entériner les lettres de rémission obtenues par Poix, Bassin et Compère.

²¹ Broquel est déjà décédé au jour du mandement d'enquêter. Marguerite Broquel y est, en effet, déjà désignée comme veuve. Cf. A.N., X²A15, f°270 : « Margaretam relictam defuncti Colini Broquelli » ; de même, le Parlement demande que l'on enquête sur la mort de Broquel, Cf. *Ibid.* : « necnon super quibusdam aliis articulis, per dictas partes [...] occasione mortis dicti defuncti Colini propositis ». En revanche, le décès est postérieur à l'appointement des parties en faits contraires, Cf. A.N., X²A16, f°189 : « auditisque dictis partibus memorata curia nostra eas in factis contrariis et in inquesta appunctasset et deinde predictus Broquel ab hac luce migrasset ». Sur la notion d'appointement en faits contraires, voir : L. DE CARBONNIERES, *op. cit.*, pp. 434 et s.

²² Outre Marguerite Broquel, veuve de Nicolas Broquel, qui agit en son nom propre, deux autres personnes, Briet Broquel et Oudard Gonthier, agissent au nom des enfants mineurs de Broquel, qui sont les véritables ayant droits du défunt. Cf. A.N., X²A16, f°189 : « et deinde predictus Broquel ab hac luce migrasset, post cuius obitum, Margareta eius relicta nomine suo, necnon Brietus Broquel et Oudardus Gonterii tutores et curatores liberorum annis minorum eiusdem defuncti et dicte Margarete, loco ipsius arramenta huiusmodi cause seu processus resumpsissent ».

²³ A.N., X²A16, f°188v° : « non obstante concordia seu quittance pretacta quam deceptivam et fraudulentam censerit postulabat » ; *ibid.*, f°189 : « litteris remissionis aut gratie [...] ac concordie aut quittance pretacte non obstantibus que minime integrarentur sed [...] adnullaventur vel rescinderentur ».

²⁴ *Ibid.*, f°188v°-189 : « concludendo ad finem seu fines quod dicti de Pisis Bassin et Compere et quilibet eorum in solidum aut pro tali parte seu porcione quam ratio suaderet ad reparandum pretactos excessus verberationesque et mutilaciones emendis scilicet honorabilibus in dicta curia nostra et apud silvanectum predictum in loco ubi excessus predicti extiterunt commissi die mercati aut alio solemni in camisiis suis nudi pedes et sine capucio et zona unam torchiam incensam seu ardentem in manu sua tenentes et dicentes quod dampnabiliter et sine causa dictos excessus seu verberationesque et mutilaciones commiserant (sic) veniam [...] petendo [...] utilibus vero quod quilibet dictorum de Pisis Bassin et Compere in duabus mille libris parisiensis erga nos et in mille erga dictum Broquel, necnon ad assidendum bene et condecener dicto Broquel eius uxori et liberis saltem ad eorum et superviventis ipsorum vitam, ducentas libras parisiensis reddituales aut in talibus aliis emendis aut summus prout dicta curia ordinaret dicti de Pisis Bassin et Compere et quilibet eorum in solidum necnon ad tenendum prisonem usque ad plenam satisfactionem emendarum huiusmodi ». Notons également, quoique cela ne concerne pas la question de la transaction pénale, que Broquel demande encore au Parlement d'obtempérer à des lettres de relief qu'il lui présente, ce qu'il obtient.

²⁵ *Ibid.*, f°189 : « post cuius obitum Margareta eius relicta nomine suo, necnon Brietus Broquel et Oudardus Gonterii tutores et curatores liberorum annis minorum eiusdem defuncti et dicte Margarete, loco ipsius arramenta huiusmodi cause seu processus resumpsissent et deinde articulis seu scripturis dictorum defuncti Nicolai Broquel et procuratoris nostri addendo quod ex verberacionibus et lesionibus ac mutilacionibus pretactis dictus Broquel obierat ».

Dans leur réponse, Poix, Bassin et Compère défendent, à l'inverse, la validité de la transaction et des lettres de rémission qu'ils ont obtenues, dont ils sollicitent l'entérinement. Ils se contentent d'affirmer que Broquel a renoncé, par la transaction, à toute poursuite contre ses agresseurs, qu'il ne peut par conséquent faire condamner par la justice royale. En outre, les lettres de rémission empêchent, selon eux, que le procureur du roi se joigne aux poursuites²⁶. Leur réponse aux demandes complémentaires tendant à les rendre responsables de la mort de Broquel est classique : ce ne sont pas les blessures qui en sont la cause mais le mauvais « régime » suivi par Broquel, c'est-à-dire sa mauvaise conduite postérieurement à l'agression²⁷.

Les arguments avancés par les parties sont riches d'enseignements. Ils éclairent, tout d'abord, les raisons pour lesquelles elles ont recouru au mécanisme de la transaction pour régler leur litige, lesquelles sont liées aux circonstances de l'affaire. Celle-ci, en effet, met aux prises des voisins, dont l'un au moins est un notable. En outre, les faits reprochés aux agresseurs ne sont pas d'une particulière gravité pour la société de la fin du Moyen Âge²⁸. Enfin, la nature des événements qui sont à l'origine de l'affaire, en particulier l'adultère, a vraisemblablement incité les parties à donner à l'affaire la publicité la moins grande possible. C'est ainsi naturellement que Broquel et ses agresseurs se sont rapprochés, semble-t-il par l'intermédiaire des médecins venus soigner le blessé²⁹. Si l'affaire a finalement été portée à la connaissance de la justice, ce n'est que parce que Poix, Bassin et Compère n'ont pas entièrement rempli les obligations portées à la transaction³⁰.

L'argumentation des parties montre également que la transaction conclue entre Broquel et ses agresseurs n'est pas un simple contrat d'indemnisation mais qu'elle tend, plus largement, à la pacification des rapports entre les parties. Elle s'inscrit ainsi dans la tradition des accords de paix médiévaux, dont l'objet est d'éviter le recours à la vengeance³¹. Les obligations portées à la transaction, telles que les demandes des parties permettent de les entrevoir, laissent transparaître le rôle pacificateur de l'accord. En effet, les agresseurs se sont engagés à verser à Broquel une somme d'argent³², qui devait vraisemblablement correspondre au remboursement des frais médicaux, peut-être au dédommagement des journées de travail perdues par la victime. Tel est, en tout cas, le contenu de transactions conclues pour des faits similaires à la même époque en Bourgogne³³ ou dans la même région, au siècle suivant³⁴. Pour sa

²⁶ *Ibid.*, f°189 : « concludentes ad finem seu finis quod litterae sive remissionis et gratie predictae ac alie moderative ipsarum ut rationabiles et juste integrarentur eisdem et super hoc silencium perpetuum dicto procuratori nostro imponetur, concordiaque seu quittance pretacta teneret, et ad ipsam integrandam seu complendam et tenendam dictus Broquel [...] compelleretur, dictosque Broquel et procuratorem nostrum premissas suas conclusiones et demandas faciendi causam non habere neque actionem diceretur, et si causam haberent vel actionem dicti de Pisis Bassin et Compere et quilibet ipsorum ab eorumdem Broquel et procuratoris nostri impetitionibus et demandis absolverentur et in eorum expensis dictus Broquel condemnaretur ».

²⁷ *Ibid.*, f°189-189v° : « dicti vero de Pisis Bassin et Compere responsiones dictis articulis addicionalibus seu addicionalibus tradendo quod non ex dictis verberacionibus sed suo malo et inepto regimine dictus Broquel decesserat proposuissent ». Sur ce type d'argumentation, qui revient régulièrement dans des cas similaires, voir : L. DE CARBONNIERES, *op. cit.*, pp. 524-526.

²⁸ Cf. Cl. GAUVARD, « *De grace especial* », *op. cit.*, tome 2, chapitre 17, « La vengeance », pp. 753-788.

²⁹ *Ibid.*, f°188v° : « ad concordandum cum eis quittanceque eos [...] ipsum Broquel induxerant seu per medicos et chirurgicos qui eum visitaverant et visitabant induci fecerant ».

³⁰ Cf. *supra*, note 19.

³¹ Les formulaires de notaires médiévaux comprennent de nombreux exemples de tels accords de paix. Voir, par exemple : *Formularium Florentinum artis notariae (1220-1242)*, éd. G. MASI, Milan (Orbis romanus, Biblioteca di testi medievali – XVII), 1943, *passim*.

³² A.N., X²A16, f°188v° : « ad concordandum cum eis quittanceque eos pro summa LXV librarum turonensium [...] ipsum Broquel induxerant ».

³³ G. CHEVRIER, « Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducale du XIV^e au XVI^e siècle », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 1960, pp. 128-137. L'auteur rapporte ainsi, p. 131, note 2, un acte de 1391 qui prévoit la prise en charge des frais médicaux par l'agresseur, ainsi qu'un acte de 1372 dans lequel est prévu le remboursement du salaire d'un valet embauché pour pallier l'incapacité de travail de la victime. Voir aussi les exemples mentionnés par G. VALAT, *Poursuite privée et composition pécuniaire dans l'Ancienne Bourgogne*, Dijon, 1907, 250 p. De nombreuses coutumes médiévales prévoient que l'auteur de coups et blessures est tenu de rembourser les frais médicaux engagés pour soigner la victime et le salaire des journées de travail perdues. Sur ce point, voir : O. DESCAMPS, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, Paris, LGDJ (Bibliothèque de droit privé, t. 436), 2005, pp. 218-220 ; J.-M. CARBASSE et B.

part, Broquel s'est engagé à tenir quittes ses agresseurs, ce qui, pour Poix, Bassin et Compère, implique de ne pouvoir se plaindre en justice. Le terme de « quittance », employé pour désigner la transaction, semble pourtant indiquer que celle-ci a une portée plus large qu'une simple renonciation à agir en justice : l'accord aurait ainsi pour objet de rétablir la paix entre les parties et d'éviter tout recours ultérieur à la violence³⁵.

Les arguments avancés par les parties permettent enfin de mesurer la diffusion de l'idée selon laquelle la poursuite des crimes ne saurait dépendre de la seule volonté de la victime, de sorte qu'une transaction entre la victime et le délinquant n'empêche pas l'infliction d'une peine. Dans quelle mesure cette conception, dont les fondements sont posés par le droit savant dès la fin du XIII^e siècle, a-t-elle été reçue en pratique ? Il semble que les parties considèrent que la transaction, si elle devait être valide, empêcherait la victime d'agir. C'est ainsi, du moins, que l'on peut comprendre le fait que Broquel sollicite l'annulation de la transaction, tandis que Poix, Bassin et Compère s'appuient sur l'accord, dont ils entendent faire reconnaître la validité, pour dénier à Broquel son droit d'agir à leur rencontre³⁶. Toutefois, de même qu'il paraît réducteur de comprendre la transaction conclue dans l'affaire Broquel comme un simple contrat d'indemnisation, il semble qu'elle ne puisse pas non plus s'analyser comme un accord uniquement destiné à soustraire le litige à l'examen d'une juridiction. Pour bien en comprendre la portée, il se révèle nécessaire de la replacer dans le cadre de la rémission royale, dont le développement est l'une des caractéristiques du droit pénal du XIV^e siècle³⁷. Les parties ont, en effet, conscience qu'une transaction ne saurait à elle seule empêcher les juges d'infliger une peine. Aussi n'est-ce pas uniquement pour pacifier leurs relations qu'elles ont conclu un accord mais également pour que les agresseurs puissent obtenir des lettres de rémission. Leur obtention implique en effet que l'on ait au préalable indemnisé la victime – on parle de « satisfaction à partie » – ou que l'on ait promis de le faire, ce qui doit être le cas lorsque l'on sollicite leur entérinement³⁸. L'affaire Broquel témoigne ainsi d'une parfaite connaissance des mécanismes de la justice royale³⁹ comme des progrès de la justice publique. Les prévenus – ou leurs avocats – savent en effet que la transaction conclue avec la victime ne suffit pas à « imposer le silence⁴⁰ » au procureur du roi. C'est pourquoi ils s'appuient, pour ce faire, sur les lettres de rémission dont ils sollicitent l'entérinement⁴¹.

On constate ainsi qu'il est délicat d'interpréter la transaction passée par Broquel et ses agresseurs comme un simple contrat portant sur les intérêts civils, de même que l'on ne peut plus guère l'envisager uniquement comme un rachat de la vengeance⁴². Le début du XV^e siècle semble, sur ce point, marquer une étape de transition, au terme de laquelle la responsabilité civile à l'égard de la victime sera dégagée de la responsabilité pénale, dont la mise en œuvre sera entièrement indépendante de la volonté de la victime⁴³. L'affaire Broquel illustre le rôle important joué par la rémission royale dans cette évolution⁴⁴.

AUZARY-SCHMALTZ, « La douleur et sa réparation dans les registres du Parlement médiéval (XIII^e-XIV^e siècles) », *La douleur et le droit*, Paris, 1997, p. 435. La même solution prévaut pour Philippe de Beaumanoir. Cf. *Contumes de Beauvaisis*, éd. Am. SALMON, tome premier, Paris, 1970, pp. 433-434, §841 et 842.

³⁴ Cf. I. PARESYS-DEGORGE, *Pardonner et punir. Justice criminelle et construction de l'obéissance en Picardie et en Ile-de-France sous François Ier* (Thèse lettres), Paris, 1995, p. 259.

³⁵ Le terme de « quittance » est également employé dans les actes signalés par G. CHEVRIER, art. cit., p. 131, n. 2.

³⁶ Cf. *supra*, notes 23 et 26.

³⁷ Cf. Y.-B. BRISSAUD, *Le droit de grâce à la fin du Moyen Âge (XIV^e-XV^e siècles) : contribution à l'étude de la restauration de la souveraineté monarchique*, thèse droit dactyl., Poitiers, 1971 ; P. TEXIER, *La rémission au XIV^e siècle, genèse et développement*, thèse droit dactyl., Limoges, 1991. Pour une présentation générale des lettres de rémission, voir : J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal*, *op. cit.*, pp. 166-167.

³⁸ Sur ce point, voir notamment : Y.-B. BRISSAUD, *op. cit.*, p. 449 ; P. TEXIER, *op. cit.*, p. 311 ; O. DESCAMPS, *op. cit.*, p. 182.

³⁹ La parfaite maîtrise par les parties de la procédure judiciaire et le profit qu'il est possible de tirer des lettres de rémission sont illustrés par L. DE CARBONNIERES, « Les lettres de rémission entre Parlement de Paris et chancellerie royale dans la seconde moitié du XIV^e siècle », *R.H.D.*, 2001, pp. 179-195.

⁴⁰ Selon les termes mêmes des demandes de Poix, Bassin et Compère. Cf. *supra*, note 26 : « et super hoc silencium perpetuum dicto procuratori nostro imponetur ».

⁴¹ Cf. *supra*, note 26. Voir les exemples similaires fournis par I. PARESYS-DEGORGE, *op. cit.*, pp. 259-260.

⁴² Cf. O. DESCAMPS, *op. cit.*, p. 213 : « La transaction, qui vise essentiellement à neutraliser la vengeance privée, n'en laisse pas moins entrevoir les prémices d'une indépendance de la réparation. En effet, les droits de la victime restent une préoccupation constante de ce mode de règlement des conflits ».

⁴³ Cf. G. CHEVRIER, « Composition pécuniaire et réparation civile du délit dans la Bourgogne ducale du XIV^e au XVI^e siècle », art. cit. ; O. DESCAMPS, *op. cit.*, pp. 213-224 ; J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal*, *op. cit.*, pp. 308-

Si les arguments avancés par les parties sont riches d'enseignements, l'arrêt de la chambre criminelle permet, quant à lui, d'envisager les réponses apportées en droit aux questions soulevées par la transaction conclue dans cette affaire. Il faut, au préalable, observer que le Parlement ne considère pas que les faits reprochés aux agresseurs sont constitutifs d'un homicide : la qualification retenue est celle de coups et blessures et de mutilations, avec la circonstance aggravante de port d'armes prohibé⁴⁵. Selon les juges, le décès de Broquel n'est donc pas consécutif à l'agression dont il a été la victime⁴⁶. L'arrêt ne permet pas de savoir sur quels arguments les juges se sont appuyés pour trancher ce point. Les enquêteurs, expressément chargés de l'éclairer⁴⁷, ont peut-être recouru à l'avis d'experts médicaux, suivant une pratique déjà attestée au XIV^e siècle⁴⁸.

Si Poix, Bassin et Compère ne sont pas, selon le Parlement, coupables d'homicide, les faits qui leur sont reprochés n'en reçoivent pas moins une qualification criminelle⁴⁹. Les coups et blessures, bien qu'ils constituent, avec les injures verbales, les infractions les moins graves dans l'ordre pénal de la fin du Moyen Âge, ne sont pas moins susceptibles d'entraîner l'infliction d'une peine⁵⁰. C'est donc bien le rôle joué par la transaction en matière pénale d'après le Parlement que l'affaire Broquel permet d'envisager.

Le premier élément de réponse apporté par l'arrêt concerne la validité d'une telle transaction. On sait que, pour les théoriciens de la fin du Moyen Âge, le contrat entre l'auteur d'une infraction et la victime, dont l'objet est d'empêcher la punition du crime, ne doit pas être accueilli favorablement par les juges⁵¹. Broquel lui-même, dans ses demandes, sollicite l'annulation de la transaction pour que son action devant le Parlement soit jugée recevable⁵². L'arrêt de la chambre criminelle ne prononce toutefois pas la nullité de la transaction, tout en recevant l'action de Broquel, poursuivie par ses ayant droits. Il semble donc que le Parlement interprète la transaction conclue dans l'affaire Broquel, non comme un accord destiné à empêcher la poursuite d'un crime, auquel cas elle aurait sans doute été annulée, mais plutôt comme un contrat d'indemnisation du préjudice de la victime. La solution de la chambre criminelle s'inscrit donc dans le cadre du mouvement qui voit la réparation civile être progressivement dissociée de la peine. Si l'accord conclu par les parties est interprété par le Parlement comme portant indemnisation du préjudice de Broquel et de ses ayant droits, c'est vraisemblablement parce qu'il s'inscrit dans le cadre de la rémission royale : la « satisfaction à partie » imposée comme préalable à la rémission y est, en effet, clairement distinguée de la remise de la peine, obtenue par la lettre de rémission.

312. Voir aussi : Y. BONGERT, « Rétribution et réparation dans l'ancien droit français », *Mémoires de la Société pour l'histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 1988 (*Études d'Histoire du Droit médiéval en souvenir de Josette Metman*), p. 59-107.

⁴⁴ Sur ce point, voir : O. DESCAMPS, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁴⁵ La qualification des faits est toujours opérée par la chambre criminelle au début de l'arrêt. Ici, les faits sont qualifiés de la manière suivante : « Cum racione vel occasione certarum verbaracionum vulnerationumque et mutilacionum in personam Nicolai Broquel [...] insidiose et cum portu armorum commissarum... ». Cf. *supra*, note 15. L'emploi du terme de mutilations atteste vraisemblablement le caractère définitif de certaines blessures infligées à Broquel.

⁴⁶ Cette précision a des conséquences importantes. Si, en effet, les faits avaient été qualifiés d'homicide, la veuve de Broquel se serait vue reconnaître un droit propre à agir contre les prévenus. La question de l'opposabilité de la transaction à un tiers se serait alors posée. En revanche, la qualification des faits en coups et blessures a pour effet de reconnaître aux seuls ayant droits de Broquel, au nombre desquels ne figure pas sa veuve, le droit d'agir en réparation de leur préjudice. Ainsi, si Marguerite Broquel figure bien, « nomine suo », dans les demandes des parties, l'amende à partie de 40 livres à laquelle sont condamnés Bassin et Compère n'est attribuée que « liberis prefati defuncti Broquel vel eorum tutoribus vel curatoribus ». Cf. A.N., X²A16, f^o189-189v^o.

⁴⁷ Cf. A.N., X²A15, f^o270.

⁴⁸ Cf. L. DE CARBONNIERES, *op. cit.*, pp. 516-527. Le Parlement ne semble pas faire ici application de la règle coutumière des 40 jours, selon laquelle la mort est présumée avoir été causée par les blessures si elle intervient dans les 40 jours suivant leur infliction. Cf. O. DESCAMPS, *op. cit.*, pp. 253-254 ; J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 359.

⁴⁹ Le mandement d'enquêter est ainsi délivré « in negocio cause tam civilis quam criminalis » (A.N., X²A15, f^o270). Les prévenus semblent avoir eux-mêmes eu conscience du risque qu'ils encouraient d'être poursuivis devant une juridiction criminelle, comme l'atteste le fait qu'ils aient sollicité l'obtention de lettres de rémission.

⁵⁰ Cf. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, pp. 357-359.

⁵¹ Voir, par exemple, JEAN BOUTILLIER, *Somme Rural*, éd. Louys Charondas Le Caron, Paris, 1603, Titre XL, p. 300, « Des pactions qui ne sont à tenir » : « Encores peux et dois sçavoir que qui auroit promis que iamais ne poursuiuroit aucun pour meffait que fait auroit qui desireroit punition par loy, sçachez que telles pactions ne sont à tenir ».

⁵² Cf. *supra*, note 23.

Le deuxième point que l'arrêt du Parlement permet d'éclaircir concerne les lettres de rémission obtenues par Poix, Bassin et Compère. Broquel demande leur annulation, tandis que les prévenus sollicitent leur entérinement, ce qui aurait pour conséquence de les préserver de l'infliction d'une peine. Dans l'arrêt, le sort des lettres de rémissions n'est pas évoqué. S'il est par conséquent impossible d'affirmer que le Parlement en prononce la nullité, on peut toutefois constater qu'il n'y obtempère pas. Les prévenus sont en effet condamnés au paiement d'une amende au Roi de vingt livres parisis⁵³, ce qui correspond à la peine encourue pour ce type d'infraction⁵⁴. On constate ainsi que la transaction conclue par les parties n'empêche pas l'infliction d'une peine.

De manière peut-être plus surprenante, l'arrêt prévoit encore que Bassin et Compère devront verser aux ayant droits de Broquel un complément de 40 livres parisis, outre la somme déjà prévue par la transaction⁵⁵. Ainsi, pour le Parlement, l'accord conclu entre les parties n'éteint pas le droit à réparation de la victime. En outre, les juges accordent, au-delà de la volonté des parties, un complément d'indemnisation aux ayant droits de Broquel. Cette solution, que l'on retrouve dans des cas similaires⁵⁶, s'explique sans doute par la règle selon laquelle le Parlement, en tant que cour souveraine, n'est lié ni par les demandes des parties, ni par les actes antérieurs à la procédure ouverte devant lui⁵⁷. Elle témoigne en outre de l'importance accordée par la chambre criminelle à la juste réparation du préjudice de la victime⁵⁸.

Dans le dernier point de l'arrêt, la chambre criminelle libère Pierre de Poix de toutes les charges pesant contre lui : il ne devra rien payer de ce que Broquel et ses ayant droits exigent, pas même la part impayée de la somme portée à la transaction. Il est également relevé du paiement des dépens. Cette décision peut surprendre, dans la mesure où Pierre de Poix semble être le principal instigateur des violences dont Broquel a été la victime⁵⁹. L'arrêt précise toutefois, par l'emploi de l'expression « *ex causa* », qu'il s'agit là d'une solution d'espèce, dont il ne faut retirer aucun enseignement particulier quant à la jurisprudence de la cour. Quels sont les éléments de l'espèce qui ont pu conduire les juges à adopter une telle solution ? Une première réponse réside peut-être dans le statut social de Pierre de Poix. Ancien sergent royal, il a participé à la justice du roi de France, dont il doit connaître les rouages et, peut-être, les hommes⁶⁰. Prévôt forain de Senlis, il est, en outre, au jour de l'arrêt, un officier important d'une commune située à l'intérieur du domaine royal. Toutefois, plus que le statut social de Poix, ce sont peut-être les circonstances qui expliquent la solution du Parlement : Poix a en effet agi conformément aux exigences de l'honneur, valeur fondamentale dans la société de la fin du Moyen Âge⁶¹. Broquel est, de ce point de vue, bien plus coupable, puisqu'il a trahi la confiance placée en lui en consommant les biens et détournant la femme de

⁵³ A.N., X²A16, f^o189v^o : « Et erga nos [condempnarentur] in summa viginti librarum parisiensis ».

⁵⁴ Cf. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, p. 358. Le sort des lettres de rémission obtenues par les prévenus n'est toutefois pas certain. Le Parlement, en effet, dispose sur ce point d'une très grande liberté : dans certaines décisions, le Parlement entérine des lettres de rémission tout en condamnant le prévenu à verser une amende au Roi et un complément d'indemnisation à la victime. Voir, par exemple, un appointment du 22 mars 1395 (A.N., X²A12, f^o297v^o).

⁵⁵ A.N., X²A16, f^o189v^o : « Prefata curia nostra per suum arrestum [...] dictos Andream Bassin et Egidium Compere et quemlibet eorum in solidum ad reddendum et solvendum dictis liberis prefati defuncti Broquel vel eorum tutoribus et curatoribus aut eorum certo mandato, summam quadraginta librarum parisiensis, ultra contenta in concordia seu accorde pretractis ». On peut relever l'écart considérable entre les demandes de Broquel, qui exigeait 1000 livres d'amende à partie et 200 livres pour subvenir aux besoins de sa famille, et la somme finalement obtenue, de 40 livres seulement, s'ajoutant toutefois aux 45 livres stipulées dans la transaction. Cette distorsion est cependant habituelle dans les arrêts du Parlement de Paris. Cf. J.-M. CARBASSE et B. AUZARY-SCHMALTZ, « La douleur et sa réparation dans les registres du Parlement médiéval (XIII^e-XIV^e siècles) », art. cit., p. 437. Notons encore que l'amende est assortie de la contrainte par corps. Cf. A.N., X²A16, f^o189 v^o : « et ad tenendum prisonem usque ad plenam satisfactionem summarum predictarum ».

⁵⁶ Cf. *supra* note 54.

⁵⁷ Cf. *supra* note 12.

⁵⁸ Cf. J.-M. CARBASSE et B. AUZARY-SCHMALTZ, art. cit., p. 429 : « Au XIV^e siècle, dans la pratique pénale du Parlement, le souci de réparation est la préoccupation majeure ».

⁵⁹ A.N., X²A16, f^o189 v^o : « In quantum vero tangit dictum de Pisis, eadem curia nostra per dictum suum arrestum, prepositus de Pisis ab impetitionibus et demandis dictorum quondam Broquel ac eius relicte et tutorum ac curatorum liberorum suorum absoluit ipsos ab expensis relevando et ex causa ».

⁶⁰ Cf. B. GUENEE, *Tribunaux et gens de justice dans le bailliage de Senlis à la fin du Moyen Âge (vers 1380 – vers 1550)* (Thèse lettres, Paris), Strasbourg, 1963, p. 376 : « Pierre de Poix, sergent royal, est prévôt forain de Senlis en 1408-1409, puis prévôt de la ville de Senlis de 1415 à 1417 ».

⁶¹ Sur la place centrale de l'honneur dans la société médiévale, voir par exemple : Cl. GAUVARD, dans *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, *op. cit.*, pp. 369 et s.

Poix⁶². Ce dernier, en revanche, a agi conformément au code de l'honneur, en ne laissant pas une telle offense sans réponse. Bassin et Compère, qui l'ont aidé dans l'accomplissement de ce dessein, n'ont pu bénéficier de la même clémence que Poix, dans la mesure où ils ne peuvent être considérés comme des victimes des agissements de Broquel.

Bien qu'il se révèle toujours délicat de tirer les enseignements d'un exemple isolé, il semble toutefois possible de trouver, dans l'affaire Broquel, la confirmation d'évolutions constatées par ailleurs. Elle témoigne, en effet, de l'existence d'une période de transition, au cours de laquelle la justice pénale publique se met progressivement en place. Au début du XV^e siècle, la pratique ancienne qui consiste à régler un différend de nature pénale par une transaction est encore fréquente et ne semble pas susciter l'opposition du Parlement de Paris. Si les juges s'accommodent d'un tel mode de résolution privé des litiges, c'est parce que sa signification a évolué. La transaction pénale s'analyse, en effet, de plus en plus comme un contrat d'indemnisation par lequel l'auteur d'une infraction répare le préjudice subi par la victime, plutôt que comme le rachat de la vengeance. L'affaire Broquel permet de souligner le rôle joué par la rémission royale dans cette évolution. La règle selon laquelle l'entérinement des lettres de rémission ne peut intervenir qu'une fois que la victime a été indemnisée a, en effet, contribué à ce que l'on interprète les transactions en matière pénale comme de simples contrats d'indemnisation. Ainsi, au début du XV^e siècle, la transaction pénale, envisagée comme un contrat purement civil, n'est plus un obstacle au châtement du délinquant.

L'affaire Broquel montre toutefois que l'infliction de la peine n'est peut-être pas le seul objectif poursuivi par la chambre criminelle. Le contrôle qu'elle exerce sur la résolution des litiges semble, en effet, avoir également pour but d'assurer à la victime l'indemnisation la plus juste possible de son préjudice, en veillant ainsi au retour de la paix sociale troublée par le crime⁶³. Pratiques sociale et judiciaire semblent donc, de ce point de vue, relativement harmonieuses au début du XV^e siècle. Le Parlement, loin d'imposer un droit étranger à la société, se montre sensible aux valeurs qu'elle véhicule, qu'il s'agisse de reconnaître le rôle des transactions pénales ou la place de l'honneur.

Au siècle suivant, le mouvement par lequel l'action de la victime est progressivement dissociée de l'action publique, qui seule relève du droit pénal, conduira les auteurs à préciser de la manière la plus claire le rôle de la transaction pénale : simple réparation civile, elle n'a aucune incidence sur l'issue du procès pénal⁶⁴. Cette évolution – de pair avec la restriction du domaine de la rémission, progressivement cantonnée aux seuls homicides involontaires⁶⁵ – conduira les juridictions à une moindre tolérance à l'égard des transactions pénales conclues en dehors de tout contrôle, parce que leur effet, sinon leur but, est de soustraire le délinquant à la peine⁶⁶. Les résolutions privées des litiges pénaux, loin de disparaître, seront alors rejetées dans la clandestinité.

⁶² Pour Claude Gauvard, qui mentionne l'affaire Broquel in « *De grace especial* », *op. cit.*, vol. 2, p. 670, celle-ci témoigne, en effet, de l'importante confiance accordée par Pierre de Poix à son voisin. Sa réaction à la trahison de Broquel n'en aura été que plus violente.

⁶³ Cf. J.-M. CARBASSE et B. AUZARY-SCHMALTZ, art. cit., p. 429 : « Le Parlement dispense une justice relativement modérée et essentiellement réparatrice ». Voir aussi : Cl. GAUVARD, « Les juges jugent-ils ? Les peines prononcées par le Parlement criminel vers 1380-vers 1435 », art. cit.

⁶⁴ Voir, par exemple, Jean IMBERT, *Enchiridion ou brief recueil du droit écrit, gardé et observé ou abrogé en France*, Paris, 1627, p. 8, v^o «accuser» : « Mais pource que par le stile general de France nous avons communement en matiere criminelle deux manieres d'accusateurs, sçavoir est le procureur du Roi ou de Seigneur Haut-Justicier qui poursuit l'interest public, et tend à punition corporelle ou amende honorable et pecuniaire contre le delinquant : et aussi la partie civile, laquelle demande reparation de son interest civil et pecuniaire, l'accusateur ne peut estre contrainct de poursuivre son accusation, d'autant que le desistement d'icelui ne peut nuire à la République. Aussi qu'il est loisible à un chacun de remettre, par convenance expresse, l'interest qu'il pourroit avoir ».

⁶⁵ Cf. J.-M. CARBASSE, *op. cit.*, pp. 167 et 241-242.

⁶⁶ Voir, par exemple, les propos de l'avocat général Bignon dans une plaidoirie de 1630, rapportés par P. BARDET, *Recueils d'arrests du Parlement de Paris pris des mémoires de feu M. Pierre Bardet*, éd. C. N. LALAURE, tome I, Avignon, 1773, ch. 132, p. 497 : « [...] la justice ferme tous les jours les yeux aux transactions et accords qui se font sur les procès criminels, laissant cette liberté aux parties de se redimer des frais de procédures, et de retirer leur interest par une voie amiable ».

RENEE MARTINAGE

Professeure émérite à l'Université de Lille II

reneemarti@wanadoo.fr

Compromis, transaction, cession de droits, voilà trois moyens de résoudre amiablement les conflits en matière pénale. Écartons immédiatement le compromis, les auteurs reconnaissent qu'en matière pénale le compromis est interdit, car les arbitres ne peuvent prononcer des peines, des condamnations, des absolutions¹. Toutefois, on peut compromettre sur les intérêts civils des matières pénales, même au petit criminel. En revanche, de manière étonnante, la transaction est permise, jusqu'à la fin de l'Ancien Régime. La transaction, on le sait, est un contrat conclu directement entre les parties, la victime et l'auteur de l'infraction, sans intervention officielle d'un tiers, arbitre, conciliateur, médiateur. Ce contrat comporte des concessions mutuelles, et souvent chiffrées, pour régler le différend sans passer par la justice. La licéité de cette pratique surprend à plusieurs titres. D'abord elle intrigue, car aujourd'hui, toute transaction en matière de crime, délit, contravention est interdite². En effet, l'intérêt public est concerné par la punition des auteurs d'infractions, or la transaction peut permettre au coupable d'échapper à la poursuite de l'autorité publique. Il n'y a que quelques rares exceptions à ce principe, elles concernent de petits délits sans importance ou des litiges avec l'administration³. Pour ces raisons, c'est-à-dire nécessité de la répression en matière pénale, et lutte du pouvoir contre la justice privée, il est surprenant que la transaction ait été autorisée par l'absolutisme et confirmée dans l'ordonnance de 1670.

Toutefois ses effets sont limités selon la gravité du crime. Malgré cette limitation, la persistance de la transaction suscite parfois les critiques de la doctrine. D'autre part, elle ne convient pas complètement aux parties car la transaction constitue, inévitablement, une reconnaissance indirecte de culpabilité, un aveu de la part de l'auteur de l'infraction. C'est pourquoi les intéressés vont se tourner assez souvent vers un autre procédé pernicieux : la cession de droits. Par ce contrat, la victime ou l'accusateur cède son droit d'accuser à un tiers, moyennant une contre partie financière censée réparer le préjudice subi. Ce procédé entrave l'action de la justice lorsqu'il y a collusion entre l'auteur de l'infraction, c'est-à-dire l'accusé, et le cessionnaire des droits de la victime. Là encore, la doctrine proteste contre ce mécanisme. Nous allons donc, dans un premier temps, suivre les péripéties de la réglementation de la transaction dans l'ordonnance de 1670, malgré l'hostilité royale antérieurement manifestée, ainsi que son régime juridique, diversement apprécié par la doctrine, ainsi que son application pratique. Nous ferons de même, ensuite, pour les origines de la cession de droits, son fonctionnement, son évaluation. Certes, nombre d'arrêts notables donnent un aperçu de la pratique de ces deux institutions, mais il n'est pas possible, dans le cadre limité des présentes recherches, de se prononcer sur la fréquence de l'utilisation de ces deux procédés dans la société de la fin de l'Ancien Régime. Nous n'en donnerons que quelques exemples

¹ BRILLON, *Dictionnaire des arrêts ou jurisprudence universelle des règlements de France*, nouvelle édition, Paris 1727, *verbo* « compromis », t. 2, p. 293 n° 4. On ne peut compromettre en matière criminelle et la peine stipulée est nulle. Un arrêt du Parlement de Paris du 18 août 1629 renvoya les parties, charges et informations, devant le bailli de Beauvais. Le motif invoqué par l'avocat général Talon fut que les arbitres ne peuvent prononcer par absolution, ni condamnation, puisque cela ne dépend point d'une juridiction volontaire, et qu'ils ne peuvent voir les informations.

² En revanche, la personne lésée et l'auteur de l'infraction peuvent transiger sur l'intérêt civil du procès, c'est l'article 2046 du Code civil. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Paris, ed. Dalloz, 1969, 2 tomes, t. 2, p. 1020.

³ Les administrations peuvent arrêter l'action par une transaction (article 6, al. 3 du Code de procédure pénale). Il en est ainsi notamment pour les administrations des contributions indirectes, douanes, eaux et forêts. Les particuliers lésés en matière de chasse et de pêche ont aussi le droit de transiger. BOUZAT et PINATEL, *op. cit.*, pp. 924, 1019.

I - STATUT DE LA TRANSACTION EN MATIÈRE PÉNALE, ET SES INCERTITUDES

Le droit romain admettait la transaction en matière pénale pour les crimes privés et même en matière de crimes capitaux. En revanche, la transaction était interdite pour les crimes publics. Il est vrai que le droit romain faisait la différence entre crime privé et crime public mais il ignorait la distinction entre action publique, menée par les autorités pour obtenir la punition des coupables, et action privée intentée par la victime pour la réparation des dommages subis⁴. Cette distinction ne va prospérer en France qu'avec l'introduction de la procédure inquisitoire. De même, certaines formes de la justice privée ne doivent pas être confondues avec la transaction. Ainsi, le « *vergheld* », ou composition pécuniaire, pratiqué sous la monarchie franque, ne constitue pas une transaction, car la composition pécuniaire ne se négocie pas entre les parties, elle est fixe et préétablie, et d'autre part elle n'est pas facultative, elle est obligatoire. A la fin du Moyen Âge, le triomphe progressif de la procédure inquisitoire va rendre suspecte la transaction car les faits délictueux peuvent ainsi rester cachés, et de plus elle peut avoir pour effet d'éviter l'action publique. Pourtant, malgré les vellétés de résistance royale...

A. La licéité de la transaction pénale est confirmée par l'ordonnance de 1670.

Déjà, avant l'ordonnance de 1670 qui va préciser le statut de la transaction, certaines ordonnances, dès la fin du XV^e siècle, expriment la méfiance royale à l'égard de la transaction. Mais souvent ces textes ne concernent qu'un point particulier ou une région déterminée. L'ordonnance de 1493 enjoint au ministère public de contrôler les éventuelles transactions passées par des prisonniers, libérés après avoir conclu un accord avec leurs accusateurs. Ainsi « *demeurent plusieurs grands crimes et délits impunis, au grand détrimement ou interest de la chose publique* » (art. 85)⁵.

Le roi entend éviter un tel abus par le contrôle du ministère public sur les transactions passées entre les parties. Par l'édit du 30 août 1536 pour la Bretagne, le pouvoir déclare qu'en matière de crimes et délits, les transactions n'empêcheront pas la justice d'informer et d'enquêter, et même de trancher sur les intérêts des parties⁶. Par les lettres patentes du 14 novembre 1507 pour la Normandie⁷, et par l'ordonnance d'octobre 1536 pour la Provence⁸, les dispositions de celle de 1493, déjà citée, sont rendues applicables dans ces régions. Par leur répétition ces textes législatifs montrent bien l'impuissance de la monarchie à lutter contre les transactions pénales, mais ils dévoilent aussi l'hostilité du pouvoir envers ces modes de résolution de conflits. Quant à la doctrine, elle ne se réfère nullement à ces ordonnances, et dès le XVI^e siècle, les auteurs s'accordent à déclarer licite la transaction, sur toute espèce de crime, lorsqu'elle porte sur l'action privée, c'est-à-dire sur les intérêts civils.

En tout cas, et également à cette époque, des textes législatifs condamnent radicalement toute forme de transaction pénale intervenue entre un justicier et un justiciable, qu'il s'agisse de justice royale ou de justice seigneuriale, à peine de concussion pour le procureur ou le juge royal, ou de privation de justice pour le seigneur. Il est étonnant qu'il ait fallu des règlements pour interdire ces pratiques, tant leur prohibition semble évidente. Mais l'existence de ces textes, l'ordonnance de 1395, celle de 1535, celle de 1536, ainsi que celle des arrêts, celui pris lors des grands jours de Clermont le 10 décembre 1665⁹, celui du parlement de Besançon du 6 septembre 1718¹⁰, prouvent bien l'existence de ces pactes infâmes, lesquels

⁴ Ces principes du droit pénal romain sont rappelés par la plupart des criminalistes du XVI^e au XVIII^e s., à propos de la transaction.

⁵ ISAMBERT, *Recueil des anciennes lois françaises*, Paris, 1821-1830, t. XI, p. 242.

⁶ Edit de Valence pour la Bretagne, ISAMBERT, *op. cit.*, t. XII, p. 516, article 5.

⁷ Lettres patentes pour l'enregistrement et l'exécution en Normandie des ordonnances précédemment rendues sur la justice, art. 104, ISAMBERT, *op. cit.*, t. XI, p. 491.

⁸ Ordonnance d'Ys sur Thille sur l'administration de la Provence, ISAMBERT, *op. cit.*, t. XII, p. 452, chapitre 2, article 19.

⁹ MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel...*, Paris, 1768, p. 45. Cet arrêt de règlement concerne les seigneurs haut justiciers et leurs officiers.

¹⁰ *Ibidem*, cet arrêt défend expressément à tous officiers des bailliages d'entrer directement ou indirectement dans les transactions qui seraient faites sur une accusation, à peine de punition exemplaire.

semblent avoir été assez répandus¹¹. Compte tenu des réticences du pouvoir à l'égard des transactions conclues entre les parties à propos d'un conflit pénal, on pouvait s'attendre à ce qu'elles soient réduites à néant sous l'absolutisme. Effectivement, dans le projet d'ordonnance criminelle de Louis XIV, elles étaient cantonnées à un domaine très restreint.

Deux articles (art. 19 et art. 21) du titre XXVI du projet concernaient les transactions. L'article 19 défendait de transiger sur les crimes punis de peine afflictive ou infamante, sous peine de 500 livres d'amende pour chacune des deux parties, et de conviction pour l'accusé. Il s'agissait donc d'une interdiction quasi totale de transiger sur les crimes et délits, car même les peines légères, comme l'amende ou le blâme sont infamantes. L'article 21 permettait de transiger sur les autres crimes (qui devaient être très peu nombreux), et, dans ce cas, le procureur et le juge ne pouvaient plus en prendre connaissance, sous peine d'amende et de prise à partie pour ces deux magistrats¹². Ces dispositions étaient claires et correspondaient à la logique du pouvoir.

Selon le criminaliste Serpillon, notamment lors des conférences tenues pour l'examen des articles de l'ordonnance, Lamoignon jugea trop sévères ces prohibitions. Pussort les justifia en répondant qu'il serait souhaitable que les parties civiles animassent toujours les procès criminels, mais il céda¹³.

Les dispositions du projet furent donc remplacées par celles de l'art. 19 du titre XXV de l'ordonnance¹⁴. Celui-ci enjoint aux procureurs de poursuivre les crimes capitaux et ceux punis d'une peine afflictive, malgré toutes transactions et cessions de droits entre les parties. A l'égard de tous les autres crimes et délits, les transactions seront exécutées, et les procureurs ne pourront plus poursuivre.

L'article semble clair. En fait, il est limpide sur certains points et il en laisse d'autres dans l'ombre. D'abord, première constatation : les transactions sont licites, quelque soit l'infraction commise, puisqu'elles ne sont pas défendues. Elles n'arrêtent pas l'action publique lorsque le crime est grave. Elles arrêtent l'action publique lorsque le délit est léger, c'est une seconde certitude. Finalement, l'ordonnance favorisait la conclusion de transactions en matière de délits légers puisqu'elle leur assurait une certaine sécurité¹⁵. Elle décourageait quelque peu les transactions portant sur les crimes graves par la menace de poursuites toujours possibles. L'ordonnance laissait, comme il se doit, les modalités d'application dans l'ombre. La doctrine et la jurisprudence les avaient depuis longtemps déjà fixées.

B. Le fonctionnement de la transaction, selon la doctrine et la jurisprudence

Dans la transaction, la victime peut-elle renoncer à se plaindre en justice ? Après avoir conclu une transaction, la victime peut-elle encore dénoncer l'infraction à l'autorité publique ? Persiste-t-il des crimes pour lesquels la transaction est interdite ? Enfin, la transaction pénale étant un contrat, les règles qui concernent la capacité et le libre consentement des parties, la forme de contrat, comportent-elle des particularités ?

La doctrine, même avant l'ordonnance de 1670, semble à peu près unanime pour déclarer la nullité d'une transaction dont le seul objet serait la renonciation à intenter une action en justice¹⁶. En revanche, pour les

¹¹ BRILLON, *op. cit.*, t.2, p. 494, *verbo* « crime », rapporte un arrêt pris chez Papon (livre 3, titre 6, n°1) dans lequel un seigneur avait transigé avec l'auteur d'un vol, pour 30 écus, la somme couvrant les frais du procès et la confiscation. Quoique l'avocat du Roy, M. de Menil, ait requis, au sujet de cette transaction, que le seigneur fut privé de sa justice, il ne fut cependant condamné qu'en 200 livres d'amende. Un autre arrêt du Parlement de Grenoble du 3 novembre 1459, concerne les seigneurs haut-justiciers qui composent sur les crimes et perdent leur office.

¹² R. ECKERT, *La transaction pénale XVI^{ème} –XVIII^{ème} siècle*, mémoire D.E.A., Université de Strasbourg, 1999/2000, p. 13.

¹³ SERPILLON, *Code criminel ou commentaire sur l'ordonnance de 1670*, Lyon, 5^e édition, 1767, 2 tomes, t. 1, p. 1109 et GUYOT, *Répertoire universel de jurisprudence...*, Paris, 1785, t. 17, *verbo* « transaction », p. 239.

¹⁴ ISAMBERT, *op. cit.*, t. 18, p. 418.

¹⁵ Pour SALLÉ, *L'esprit des ordonnances de Louis XIV...*, Paris, 1758, p. 308, cet article de l'ordonnance avait aussi pour but de remédier à l'excès des poursuites. Selon l'auteur, dans les petites justices, les seigneurs engagent leurs procureurs fiscaux à poursuivre les moindres accusations, pour l'amende qui leur en revenait, même quand les parties civiles ont été désintéressées.

¹⁶ AYRAULT, *Ordre et instruction judiciaire*, Paris, 1881, (il s'agit d'un abrégé de l'édition de 1610), pp. 120 et suiv.

délits légers qui n'entraînent pas une peine afflictive, la transaction peut comporter un engagement de ne pas poursuivre, en contrepartie du dédommagement du préjudice subi. Ce genre de transaction, sorte de désistement, peut même intervenir en cours d'audience comme le démontre un arrêt du Parlement de Flandres de 1680, intervenu en matière d'injures, dans lequel la Cour décrète l'accord intervenu et ordonne son exécution¹⁷. Pour les crimes graves, de tels arrangements sont parfois conclus afin de garder secrets, à l'intérieur de la famille, à l'écart de la publicité judiciaire, des agissements de nature à ruiner la réputation du groupe. Ces transactions sont fragiles, car elles n'empêchent pas la justice d'agir si elle découvre le crime, elles n'empêchent pas non plus la victime de simplement dénoncer le crime, alors qu'elle ne peut plus agir en justice.

Dans la présentation de ces solutions, la doctrine, principalement avant l'ordonnance de 1670, montre une certaine confusion, dont la cause réside dans son attachement au droit romain. Or, on l'a dit, les règles du droit romain ont été conçues dans un système répressif différent de la procédure inquisitoire de l'Ancien Régime.

Ainsi certains auteurs, se référant au droit romain, affirment que l'adultère ne peut faire l'objet d'une transaction. En effet à Rome, l'adultère est un crime privé que seul le mari peut porter en justice. Si donc il transige avec son épouse, l'action publique n'aura pas lieu. Or le pouvoir estime que ce crime grave et dangereux doit être réprimé et sanctionné, c'est pourquoi la transaction est interdite. Beaucoup d'auteurs jusqu'au XVIII^e siècle soutiennent cette prohibition¹⁸. Or la jurisprudence admet toujours, depuis le début du XVII^e siècle, la validité de ces transactions¹⁹, on voit bien l'esprit qui anime les juridictions : protéger le mariage, la famille, tant que la rupture n'est pas irrémédiable, et préférer les arrangements aux scandales et déchirements qu'apporte le procès pénal. C'est un comportement habituel des juridictions qu'a démontré T. Le Marc'hadour dans sa thèse²⁰.

Une formule latine dont la traduction est ambivalente faisait dire à certains auteurs que la transaction en matière de faux était interdite, tandis que d'autres prétendaient qu'elle était licite²¹. La jurisprudence au contraire depuis le XVII^e siècle admettait la validité des transactions en matière de faux²². Au milieu du XVIII^e siècle, Muyart de Vouglans, continuait encore à défendre la prohibition des

¹⁷ Arrêt du 25 janvier 1680, A.D.N., 8B2/637, fol. 55-57v^o. Le 12 janvier 1679, en présence de nombreux témoins, Simon Margerin insulte copieusement Estienne Monnier, lieutenant civil et criminel de Bouchain, et les gens de loi de Bouchain. Il renouvelle ses insultes en présence d'Estienne Monnier, lequel ne se départit pas de son calme. Estienne Monnier présente à la Cour une requête pour ouvrir une information contre Margerin, tandis que le Magistrat de Bouchain intente une action devant le lieutenant criminel de Bouchain, contre Margerin. La Cour, le 11 octobre, rend un arrêt pour évoquer ce dernier procès et ordonne que Margerin soit emprisonné et interrogé. Cependant, avant qu'une sentence définitive ne soit rendue, un accord est passé entre les parties ou leurs représentants, devant notaire, à Tournai, le 10 décembre 1679. Margerin promet une somme d'argent à la fois à titre de dédommagement, mais aussi pour supporter les frais du procès engagé. Il s'engage aussi à présenter des excuses tant à Monnier qu'à l'ensemble du magistrat. Dès lors, il est absous de toute poursuite. Par arrêt du 25 janvier 1680, la Cour décrète l'accord et condamne les parties à son exécution.

Cet arrêt nous a été aimablement communiqué par l'équipe de chercheurs du « Centre d'histoire judiciaire » (UMR 8025 CNRS, Université de Lille II) laquelle dépouille la série des arrêts étendus du Parlement de Flandres, dans le cadre d'un programme poursuivi en collaboration avec les Archives départementales du Nord.

¹⁸ Encore à la fin du XVIII^e siècle, MUYART DE VOUGLANS, *op cit.*, p. 45 est de cet avis. SERPILLON, *op. cit.*, t. 2, pp. 1109-1114, prétend aussi que la transaction n'est pas permise au mari qui se rendrait ainsi coupable de maquerillage. Mais d'autres reconnaissent la validité de cette transaction, notamment Henrys et Jousse cités à la note suivante.

¹⁹ BRILLON, *op. cit.*, t. 1, *verbo* "adultère", cite un arrêt d'août 1619 rapporté par Bardet et le Bret ; en fait l'arrêt est du 18 juillet 1619, cf. R. ECKERT, *op. cit.*, p. 20, note 93. HENRYS, *Oeuvres...*, 5^e éd., Paris, 1738, 4 tomes, t. 4, p. 737, cite aussi de nombreux arrêts de la fin du XVI^e siècle, et du XVII^e s., qu'il a pris chez BOUVOT, MORNAC, LE BRET : arrêts du Parlement de Dijon du 14 mai 1605 et du 5 décembre 1607 ; arrêts du Parlement de Paris du mois d'août 1619 et du 15 juin 1696. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle en France*, Paris, 1771, 4 tomes, t. 3, p. 243, rapporte aussi deux arrêts du Parlement de Rouen d'octobre 1629 et du 8 mars 1678 qu'il a pris chez BASNAGE, et un arrêt du Parlement de Grenoble du 11 juillet 1653 rapporté par BASSET.

²⁰ T. LE MARC'HADOUR, *La répression de la criminalité conjugale au XVIII^e siècle, l'exemple des Pays-Bas français*, thèse, Lille 2, 1996.

²¹ LE BRUN DE LA ROCHETTE, *Les procès civil et criminel...*, Rouen, 1661, 2^{ème} partie, pp. 11-12, affirme qu'il n'est aucunement permis de transiger ni sur l'adultère, ni sur le crime de faux.

²² DU ROUSSEAUD DE LA COMBE, *Traité des matières criminelles...*, 5^e éd., Paris, 1753, p. 212, cite un arrêt du

transactions en matière de faux, au motif que la sûreté du commerce exige une répression publique de ce crime²³. Pour tenir compte de la nécessaire punition de ces infractions, l'ordonnance de 1737 exigea que lorsqu'une transaction intervient sur un faux principal ou incident, dans une instance civile, elle soit subordonnée à l'homologation du Tribunal, après que le Procureur du Roi ait rendu ses conclusions²⁴. On remarquera que cette ordonnance ne concerne que les procès civils.

Finalement la jurisprudence s'est révélée bien plus favorable aux transactions pénales que la doctrine qui peine à se libérer d'un droit romain inadéquat. Les magistrats témoignent sans doute d'un esprit plus pratique, respectueux de la volonté des parties, disposés à accepter ce qu'ils ne peuvent empêcher, favorables à un dispositif qui les dispense d'évaluer et de fixer le dédommagement dû à la victime.

Bien entendu la transaction obéit à nombre de règles de fond et de forme qui régissent les contrats. Elles sont parfaitement expliquées chez les auteurs. Et Jousse, par exemple, en donne un exposé complet dans son « Traité de la justice criminelle »²⁵. Il a paru fastidieux d'y revenir ici, et plus pertinent de donner quelques illustrations pratiques de l'usage de la transaction, telles qu'elles résultent des arrêts cités par la doctrine.

C. La pratique de la transaction

Quelques exemples de transactions nous sont connus parce qu'elles n'ont pas suffi à régler le conflit, lequel a finalement été tranché en justice. En même temps, ces exemples révèlent les conditions nécessaires pour assurer la validité des transactions. Commençons par les transactions conclues en matière de crimes contre les personnes : blessures encore appelées excès ou injures réelles par nos anciens auteurs, homicide, adultère. Les transactions conclues entre l'auteur des violences et sa victime sont parfois attaquées devant les tribunaux lorsque la victime finit par mourir de ses blessures, et que la veuve ou les héritiers veulent obtenir une réparation plus substantielle. Ainsi un charpentier de Paris, demeurant faubourg St Germain, avait battu à coups de règle un compagnon ouvrier. Ce dernier avait transigé avec son maître à 22 sols par jour jusqu'à ce qu'il fut guéri, et à payer les salaires et médicaments des chirurgiens. Mais au bout de 45 jours, il décède. La veuve et les orphelins demandent réparation en justice. Le maître soutient que le blessé ayant passé 40 jours, on ne devait plus imputer sa mort à ses blessures, mais à quelque autre accident survenu depuis. Néanmoins, dans son arrêt du 18 janvier 1631, en l'audience de la Tournelle, la Cour décida d'allouer à la veuve chargée de deux enfants 800 livres de réparation civile, et de condamner le maître à aumôner 100 livres au pain des prisonniers²⁶. Cette solution fut constamment suivie car, comme l'explique clairement Serpillon la victime a transigé sur ses blessures, *de vulnerato*, et non sur son décès, *de occiso*²⁷.

Dans les cas de blessures faites à des enfants, il arrive que le père ou la mère passe une transaction avec l'auteur des blessures, pour le compte de l'enfant mineur. Si le préjudice est léger, l'enfant devenu majeur ne pourra contester la transaction. Mais par arrêt du 18 décembre 1648, rapporté par Soefve, il fut jugé qu'une transaction faite par la mère pour son fils mineur, blessé par accident, n'empêchait pas le fils, devenu majeur, d'agir, 25 ans après, pour son intérêt particulier et la Cour lui adjugea de nouveaux intérêts²⁸. En revanche, selon l'arrêt du Parlement de Paris du 18 décembre 1609, un fils âgé de 21 ans,

Parlement de Paris du 15 juin 1593 rapporté par MORNAC. DESPEISSES, *Œuvres...*, Lyon, 1750, t. 2, p. 673, cite le même arrêt, un arrêt de la Chambre de l'Édit de Castres du 29 juin 1643, un arrêt du Parlement de Dijon du 20 décembre 1601. HENRYS, *op. cit.*, t. 4, p. 737, rapporte un arrêt du 15 février 1569, ainsi que celui du 20 décembre 1601.

²³ MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 45.

²⁴ ISAMBERT, *op. cit.*, t. 22, p. 26, art. 52 de l'ordonnance de juillet 1737 concernant le faux principal, le faux incident et la reconnaissance des signatures en matière criminelle.

²⁵ JOUSSE, *op. cit.*, t. 1, pp. 604-610.

²⁶ *Journal des Audiences*, par Maître JEAN DU FRESNE, Paris, Girard, 1692, tome 1, p. 144. Dans une autre affaire, le blessé était décédé dans les quarante jours suivant sa blessure. La poursuite fut autorisée malgré la transaction faite avec le défunt qui s'était désisté, par arrêt du 20 décembre 1652, SERPILLON, *Code criminel...*, *op. cit.*, t. 2, pp. 1109-1114.

²⁷ SERPILLON, *ibidem*.

²⁸ JOUSSE, *Traité...*, *op. cit.*, t. 3, pp. 642-643 et SERPILLON, *Code criminel...*, *op. cit.*, t. 2, p. 1109-1114, l'auteur

excédé en sa personne, n'est pas recevable à poursuivre celui qui l'a excédé, après transaction faite par son père sur cet excès²⁹. Dans le sens inverse d'injures commises par un mineur, si ce dernier s'est reconnu à tort coupable dans une transaction, ou qu'on lui eut fait trop chèrement racheter sa faute, il pourrait obtenir la rescision de la transaction, ce qui fut jugé par arrêt du 3 septembre 1706³⁰.

Dans son « Traité des injures », Dareau rapporte aussi cet arrêt du 28 septembre 1668 qu'il a pris chez Boniface, en faveur d'une servante mineure abusée par le fils de son maître, laquelle avait donné son désistement. Le fils fut condamné à doter la fille et à se charger de l'enfant, car la servante obtint la rescision de la transaction qu'elle avait consentie³¹. Outre les injures « réelles » comme les qualifient les anciens auteurs, les injures verbales donnent lieu aussi à des transactions, ainsi qu'à d'autres formes de pardon, de réconciliation.

Les transactions semblent également fréquentes en cas d'homicide. Elles sont parfois dénoncées en justice par un membre de la famille de l'homicidé qui estime la transaction insuffisante et veut agir en se portant partie civile. Imbert cite un cas où le père avait conclu une transaction avec l'assassin de son fils, mais la veuve, en qualité de tutrice des enfants de l'homicidé voulait faire casser la transaction, afin de pouvoir agir en justice contre le coupable. Sa demande ne fut pas admise car la transaction avait été conclue par le parent le plus proche par le sang³². Fondé sur les mêmes raisons de proximité du lien, des arrêts dans le même sens, évincent les frères et sœurs de l'homicidé qui voulaient faire annuler la transaction conclue par leurs parents et offraient de se porter parties civiles³³. Enfin, Jousse cite le cas d'un mari qui avait transigé avec ses enfants sur l'homicide de sa femme et où les enfants ne sont pas admis à poursuivre leur père pour homicide de leur mère³⁴. Dans le Nord, l'usage est particulier. Denisart rappelle l'article 16 du titre 12 de la coutume de Cambrai portant que « les deniers provenans de la paix d'un homicide (c'est-à-dire l'accommodement sur les intérêts civils) ne sont pas sujets à payer les dettes de l'occis, et appartiennent moitié à la veuve, et l'autre moitié aux hoirs les plus prochains »³⁵. Toujours est-il que la transaction est permise en matière d'homicide, puisque lorsque l'homicide est rémissible, et que le Roi accorde à l'accusé des lettres de rémission, il y met ordinairement cette condition « pourvu que satisfaction ait été faite à la partie civile ». Ce qui prouve qu'il est permis de composer avec les accusés³⁶.

Enfin les transactions sur l'adultère peuvent aussi être contestées en justice. En général, l'épouse infidèle qui réussit à convaincre son mari de ne pas la poursuivre en justice doit faire des concessions financières, et par exemple céder, dans la transaction, quelques biens personnels de sa dot, renoncer à son douaire ou encore à l'hypothèque dont elle dispose sur les biens du mari³⁷. Au décès de l'un des époux, les héritiers, ou encore la veuve, vont tenter de récupérer les biens cédés en attaquant la transaction.

L'arrêt du Parlement de Paris du 18 juillet 1619 est éclairant. Guillaume Sanguin, officier de l'entourage du Roi était marié avec Catherine Louvet. Celle-ci le trompe plusieurs fois alors qu'il est aux côtés du Roi. Sanguin se décide alors à agir. L'épouse est emprisonnée et interrogée pour les besoins de l'enquête et devient folle au cours de sa détention. Pour éviter le scandale, Sanguin passe alors, en 1597, une transaction avec le père et le curateur de l'épouse. Désormais les époux seront séparés de corps et biens, Sanguin restitue la dot et se désiste de l'instance, en échange, l'épouse renonce à son douaire et à tous les avantages matrimoniaux. A la mort de l'époux, le curateur et les héritiers attaquent la transaction,

ajoute que la mère avait transigé pour empêcher son fils d'agir à sa majorité.

²⁹ BRILLON, *op. cit.*, verbo « transaction », t. 6, p. 752, l'auteur rapporte cet arrêt cité par AUZANET.

³⁰ DAREAU, *Traité des injures...*, Paris, 1775, p. 443.

³¹ *Ibidem*, p. 448, JOUSSE rapporte aussi cet arrêt mais il le date du 23 septembre 1665, *op. cit.*, p. 609.

³² IMBERT, *Pratique civile et criminelle...*, Paris, 1604, p. 630. De même, l'auteur rapporte un arrêt du Parlement de Paris du 5 janvier 1526 qui interdit à un parent de l'occis de se constituer partie civile, car une transaction avait été passée par la femme et les enfants du défunt avec l'auteur du délit, *ibidem*, pp. 626-627.

³³ LANGE, *La nouvelle pratique civile et criminelle...*, Paris, 13^e éd., 1729, t. 2, p. 116, l'auteur cite un arrêt du Parlement de Bordeaux, non daté, rapporté par S et PAPON.

³⁴ JOUSSE, *Traité...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 607-608.

³⁵ DENISART, *Collection de décisions nouvelles...*, Paris, 9^e éd., 1775, 4 tomes, verbo « réparation civile », t. 4, p. 187.

³⁶ LANGE, *op. cit.*, p. 127.

³⁷ Arrêt du Parlement de Grenoble du 11 juillet 1653 rapporté par BASSET, cité par BRILLON, *op. cit.*, t. 1, p. 90.

pour diverses raisons. Ils seront déboutés³⁸. De même, par arrêt du parlement de Rouen du 8 mars 1678, il fut jugé qu'une femme qui avait transigé avec son mari pour cause d'adultère, et renoncé à son douaire, ne pouvait se faire restituer contre cette renonciation, après la mort de son mari³⁹.

On terminera l'exposé du domaine d'application de la transaction par un exemple en matière de crime contre les biens, il concerne la banqueroute frauduleuse. Il s'agit de deux accusés déjà prisonniers, en attente de leur procès. En principe, les transactions conclues en prison ne sont pas valables, car le prisonnier n'est pas censé jouir de la liberté de son consentement. On fait donc sortir de la prison les intéressés « entre les deux guichets » selon l'expression consacrée. Cela ne suffit pas, car par arrêt du 1^{er} juin 1714, la Tournelle admit les accusés au bénéfice de restitution contre la transaction passée, au motif que les conditions exprimées dans la transaction semblaient arrachées à un prisonnier qui soupirait après la liberté si chère à l'homme⁴⁰.

Finalement, ces transactions pénales conclues pour éviter un procès, ont donné lieu à un important contentieux judiciaire. En conclusion, on soulignera les réticences que soulèvent les transactions pénales. « Quelque odieuse que paraisse cette espèce de convention qui tend à favoriser l'impunité des crimes et la cupidité des héritiers... » écrit Muyart de Vouglans. Il poursuit plus loin : « il y en a (des cas) aussi où elles sont d'un usage extrêmement dangereux »⁴¹.

Dans un premier temps, les anciens auteurs et même la jurisprudence soutenaient que ceux qui les avaient conclues étaient infâmes⁴², car le droit romain traitait d'infâme la victime qui compose au lieu de venger son honneur, et l'auteur de l'infraction parce que la transaction constitue un aveu de culpabilité qui équivaut à une condamnation⁴³. Mais dès le XVI^e siècle, cette connotation s'estompe et disparaît à la suite notamment du vigoureux plaidoyer de Guy Coquille contre cette prétendue infamie⁴⁴. Toutefois, plus tardivement, on retrouve encore ce réflexe réprobateur, dans une sorte de critique de ces arrangements où l'argent-roi domine⁴⁵, encore que les transactions n'étaient pas totalement centrées sur la réparation pécuniaire⁴⁶, on pouvait y trouver d'autres formes de réparation, ainsi que des clauses pénales, comme par exemple l'interdiction pour le coupable de fréquenter les lieux où habite la victime etc...⁴⁷. Enfin certains auteurs remarquent, comme Denisart, que la transaction a le désavantage de permettre le dépérissement des preuves⁴⁸. D'autres soulignent l'intérêt de la transaction qui permet de mettre un terme rapide à la contestation, comme Denisart ou Serpillon⁴⁹. D'autres, enfin, rappellent que ces arrangements amiables sont conformes à la charité chrétienne, favorable au pardon des offenses, à la réconciliation et à la paix⁵⁰.

³⁸ L'arrêt est rapporté par BARDET, *Recueil d'arrests du Parlement de Paris, pris des mémoires de feu M. Pierre Bardet*, Avignon 1773, t. 1, p. 64, ch. 67 ; cet arrêt nous a été aimablement communiqué par M. Raphaël Eckert.

³⁹ JOUSSE, *Traité...*, *op. cit.*, t. 3, p. 243, cet arrêt est rapporté par BASNAGE.

⁴⁰ JOUSSE, *Traité...*, *op. cit.*, t. 1, p. 607 et 608, et DENISART, *op. cit. verbo* « prisons », t. 3, p. 625.

⁴¹ MUYART DE VOUGLANS, *Institutes...*, *op. cit.*, p. 44.

⁴² Ainsi un arrêt du Parlement de Dijon de novembre 1557, rapporté par BOUVOT et cité par BRILLON, *op. cit. verbo* « transaction », t. 6, p. 752. De même, J. IMBERT, *La pratique judiciaire tant civile que criminelle...*, *op. cit.*, p. 699 écrit « Notez que telle transaction ... sert pour monstrier comme le criminel ou accusé confesse le crime, et est par conséquent fait et rendu infâme ».

⁴³ GUYOT, *Répertoire universel de jurisprudence...*, Paris, 1785, t. 17, *verbo* « transaction », p. 238.

⁴⁴ G. COQUILLE, *Œuvres...*, nouvelle éd., Bordeaux, 1703, t. 2, p. 333 ; dans un exposé circonstancié l'auteur explique que seule la sentence de condamnation rend infâme, mais pas la transaction. P. AYRAULT, *op. cit.*, p. 120 et suiv., « il n'y a ni infamie, ni perte, ni incommodité à la partie civile de transiger... ».

⁴⁵ BRUNEAU, *Observations et maximes sur les matières criminelles...*, Paris, 1715, pp. 270-271, « L'un et l'autre des contractants confesse sa turpitude, l'accusateur sa lâcheté, l'accusé son crime ; mais le point d'honneur est aujourd'hui bien relâché, et l'on se tire toujours d'affaire à présent pour de l'argent, c'est le nœud et le grand dénouement de toutes les choses du monde... ».

⁴⁶ Dans l'arrêt déjà cité du Parlement de Flandres, en date du 25 janvier 1680 le coupable d'injures a promis une somme d'argent à titre de dédommagement mais aussi pour supporter les frais du procès, il s'est aussi engagé à présenter des excuses aux personnes injuriées.

⁴⁷ JOUSSE, *Traité...*, *op. cit.*, t. 1, p. 604 et suivantes. R. ECKERT, *op. cit.* pp. 46-47, l'auteur rapporte des réparations en matière, ou encore, en cas d'injures, des déclarations et promesses etc...

⁴⁸ DENISART, *Collection de décisions nouvelles...*, Paris, 9^e éd., 1775, 4 t., *verbo* « réparation civile », t. 4, p. 187 : « La transaction peut être cause du dépérissement des preuves ».

⁴⁹ DENISART, *Collection de décisions nouvelles...*, Paris, 1757 *verbo* « transaction », t. 2, p. 286. L'auteur consacre deux

Mais la transaction se révèle aussi insatisfaisante du point de vue des parties. On l'a vu, elle peut être attaquée en justice pour de multiples raisons tenant au fond ou à la forme. De plus, si elle interdit à la victime d'agir en justice, elle ne l'empêche pas de se porter dénonciateur. Enfin, dans les crimes graves, elle n'empêche pas l'action publique. Il y a plus ennuyeux. Si l'affaire vient finalement en justice, la transaction vaudra présomption de culpabilité au détriment de l'auteur de l'infraction. Certes, il ne faut pas prendre cette présomption de culpabilité comme constituant une preuve complète⁵¹, mais elle reste gênante. Certes, le signataire de la transaction peut prendre des précautions, c'est-à-dire éviter de reconnaître sa responsabilité et indiquer qu'il transige uniquement pour éviter les embarras et les frais d'un procès⁵². Il n'empêche : la transaction constitue toujours une menace pour l'auteur du délit. C'est pourquoi les parties se portent volontiers vers un procédé critiquable : la cession de droits.

II - LA CESSION DE DROITS, UNE PRATIQUE DECRIEE MAIS REPANDUE.

La cession de droits est une convention passée entre l'accusateur et une tierce personne qui, moyennant une somme d'argent, rachète à l'accusateur ses droits d'accusation. C'est donc ce tiers, qui, à la place de la victime, attaquera en justice l'auteur du délit pour obtenir réparation. Cette convention est parfois passée par des personnes pauvres qui ne se sentent pas capables de se constituer parties civiles, et qui cèdent leurs droits à un tiers parce que les procès sont longs, coûteux, qu'ils risquent de les perdre et de payer l'amende⁵³. Mais souvent le cessionnaire des droits est un ami de l'accusé, et parfois même le prix de la cession proviendra de la bourse de l'accusé. Ainsi le cessionnaire ne fera pas diligence au cours du procès, il choisira le juge qui plaît à l'accusé, il laissera passer des délais, fera renvoyer la cause, il proposera des témoins parents ou peu dangereux pour l'accusé, il reconnaîtra des faits qui atténueront la responsabilité de l'accusé etc. ⁵⁴.

Aujourd'hui cette convention nous paraît malhonnête et peu conforme à l'intérêt public, d'ailleurs elle est illégale. Sous l'Ancien Régime, elle était pratiquée et tolérée. L'ordonnance de 1670 reconnaît indirectement sa licéité dans l'article 19 du titre 25, qui contient cette formule « nonobstant toutes transactions et cessions de droits ». Toutefois, la doctrine lui est hostile, tandis que la jurisprudence limite les prérogatives du cessionnaire.

D'Ayrault à Muyart de Vouglans, la doctrine n'a jamais caché son aversion pour ce procédé. Ayrault a écrit un virulent réquisitoire contre ce système. Il s'indigne que ces cessions soient admises. Il affirme « tout cessionnaire est prévaricateur », car selon l'auteur, le juge, l'accusateur, les témoins, tous sont corrompus. Pourquoi recevons-nous ces cessions, s'écrie-t-il. « Est-il utile que les criminels puissent se sauver par ces moyens indirects et déshonnêtes ? » poursuit-il. D'ailleurs, le cessionnaire lui-même n'est qu'un délateur, car « tout homme qui veut se jeter dans un procès appartenant à autrui est délateur », affirme-t-il⁵⁵. À la fin du XVIII^e siècle, Muyart de Vouglans rapporte encore les arguments d'Ayrault qu'il résume en deux points. Les cessions de droits sont la plupart du temps inséparables des collusions qui existent entre l'accusé et le cessionnaire, c'est un premier inconvénient très grave. Le second inconvénient tient au fait

paragraphe aux « avantages précieux » de la transaction mais il nous paraît viser la transaction en général et non pas la transaction pénale. SERPILLON, *Code criminel...*, *op. cit.*, t. 2, pp. 1109-1114, à propos des lettres de restitution ou de récision contre les transactions, l'auteur explique qu'elles sont rarement admises « parce qu'il est avantageux de sortir d'une accusation dont l'événement est toujours douteux ». DAREAU, *Traité des injures...*, Paris, 1785, p. 444 écrit, à propos de la remise de l'offense : « Tout ce qui tend à faire cesser une action dans cette matière, est favorable et doit être accueilli... ».

⁵⁰ BRUNEAU, *op. cit.*, p. 270, tourne cependant en dérision l'argument religieux : « Tout cela est couvert par le beau précepte de la religion qu'il faut pardonner à ses ennemis, et le plus souvent ce n'est rien de cela, mais le vrai est *pecunia obediunt omnia* ».

⁵¹ IMBERT, *Pratique civile et criminelle*, *op. cit.*, p. 700.

⁵² JOUSSE, *op. cit.*, t. , pp. 610-611.

⁵³ AYRAULT, *op. cit.*, p. 130.

⁵⁴ AYRAULT, *op. cit.*, pp. 125-126.

⁵⁵ AYRAULT, *op. cit.*, p. 132.

que le véritable intérêt de l'accusateur qui est tout autant moral que pécuniaire est par sa nature incessible⁵⁶.

La jurisprudence s'était, de son côté, efforcée de limiter les droits du cessionnaire. Elle avait créé quelques règles pour bien distinguer le cessionnaire d'une véritable partie civile. Le cessionnaire doit par exemple, s'il existe des doutes sur sa solvabilité, fournir caution. Si l'accusé est condamné, le cessionnaire n'obtiendra que le montant de la cession et non pas celui de la réparation civile. Ensuite, si l'accusé offre de faire cession de biens, il peut y être reçu à l'égard du cessionnaire, mais pas de l'accusateur. Enfin, si le cessionnaire perd son procès contre l'accusé, il pourrait, à la différence d'un véritable accusateur, être poursuivi pour calomnie⁵⁷.

La législation aussi avait prévu quelques exceptions en défaveur du cessionnaire. Ainsi, l'ordonnance d'août 1737 défendait aux accusés d'évoquer du chef des parents ou alliés de leurs complices, ni du chef des parents et alliés des cessionnaires des intérêts civils⁵⁸.

La pratique de la cession de droits, malgré ses limites, semble avoir été répandue et les auteurs reconnaissent qu'elle est autorisée par l'usage. Pourtant, elle ne met pas le cessionnaire, et par ricochet, l'accusé, à l'abri de tous les tracasseries qu'ils ont voulu éviter. Et d'abord, la cession ne garantit pas l'accusé contre une plainte de l'accusateur. En effet, selon Ayrault, la cession de droits n'empêcherait pas l'accusateur d'accuser, malgré la cession qu'il a faite. Il n'a cédé que son intérêt pécuniaire et non pas son intérêt moral⁵⁹. Le juge pourrait toujours ordonner que l'accusateur demeure en cause malgré la cession. Bref, l'auteur soutient que malgré la cession, l'accusateur peut accuser, et est toujours recevable. Il cite une jurisprudence des grands jours de Poitiers, où les juges ignorèrent les cessions et adjugèrent des réparations aux cédants et non aux cessionnaires⁶⁰. Imbert est du même avis. Pour lui, le cédant conserve son droit d'exercer l'action civile et de faire condamner l'auteur du délit. Il cite le cas où le cédant et le cessionnaire furent traduits devant le sénéchal de Poitou, sur réquisition du Procureur général⁶¹. On peut d'ailleurs supposer qu'Ayrault et Imbert citent le même arrêt, compte tenu des imprécisions et des approximations qui caractérisent la citation d'arrêts à cette époque. Un arrêt du Parlement de Bretagne du 19 août 1567, rapporté par Brillon, illustre bien la fragilité des cessions. Le sieur Leclerc avait coupé une main à l'appelant, lequel ne s'était pas plaint, parce qu'il était toujours menacé, et aurait cédé ses droits à un tiers. Après la mort de Leclerc, l'appelant conclut à réparation contre son héritier. L'héritier rappelle que l'appelant n'a intenté aucune action contre le délinquant, qu'il a cédé son droit, qu'il a mangé et bu avec le coupable, qu'il s'est réconcilié. Pourtant le Parlement déclare l'appelant recevable⁶². A la fin du XVIII^e siècle, Muyart de Vouglans partage encore cette idée que, malgré la cession, la victime peut encore accuser⁶³.

Finalement, si la cession n'a pas été interdite, c'est sans doute parce qu'elle tend à empêcher que le crime demeure impuni.

En conclusion, si l'accusé veut tenter d'échapper à la justice par la transaction, ou s'il veut essayer de se ménager un procès moins redoutable grâce à la cession de droits, il faut qu'il ait de l'argent, qu'il puisse payer pour passer ou obtenir ces sortes de conventions, en amadonnant la victime. D'où cette

⁵⁶ MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 43.

⁵⁷ MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 43. En effet si l'accusateur ne peut pas être considéré comme calomniateur parce qu'il a agi aveuglé par la passion et la douleur, au contraire le cessionnaire a agi de sang froid.

⁵⁸ Dans l'ordonnance, les cessionnaires sont traités comme les complices de l'accusé !... Ordonnance d'août 1737, titre 1^{er}, article 63, *Recueil des édits et déclarations... Parlement de Flandres*, Douai, Derbaix, t. 5, 1787, p. 727.

⁵⁹ AYRAULT, *op. cit.*, p. 128.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 128.

⁶¹ « Comme un quidam après avoir accusé un autre d'avoir suborné quelques tesmoins, eut transporté à un des parens de l'accusé son action, pour une assez grande somme de deniers, et eust été pour raison de ce transport intenté procès, la Cour renvoya les parties, savoir et le cédant et le cessionnaire pardevant le sénéchal de Poictou : et ordonna qu'elles comparâtraient en personne », IMBERT, *Enchiridion...*, revu et corrigé par GUESNOIS, Paris, 1603, p. 131.

⁶² BRILLON, *op. cit.*, t. 2, p. 549, *verbo* « délit ».

⁶³ MUYART DE VOUGLANS, *op. cit.*, p. 43.

appréciation d'Ayrault : « Il faut avouer que la justice n'est faite que contre les povres, sans toucher et atteindre aux grans »⁶⁴.

⁶⁴ AYRAULT, *op. cit.*, p. 131.

ÉRIC WENZEL

Maîtres de conférences d'histoire du droit
Université d'Avignon et Pays de Vaucluse
Centre G. Chevrier, UMR 5605,
« Ordre et désordre dans l'histoire des sociétés »
eric.wenzel@univ-avignon.fr

« *L'Ancien Régime est là tout entier : une règle rigide, une pratique molle ; tel est son caractère*² ». Tel a été le constat d'Alexis de Tocqueville dans son étude des institutions et des fondements politiques de la monarchie absolue. L'historien de la justice criminelle ne peut que constater que sa discipline reste largement emprunte de cette vision dichotomique, sinon duale, de l'Ancien Régime. Du *Surveiller et punir*³ du philosophe Michel Foucault au *Temps des supplices*⁴ de l'historien Robert Muchembled – pour ne citer que deux exemples remarquables –, l'Ancien Régime judiciaire est vu, non sans raison, comme l'époque d'un accroissement des institutions judiciaires et de leurs compétences, d'une plus grande définition doctrinale des crimes et de leurs châtiments, comme d'une plus grande précision des procédures, tant civile (1667) que criminelle (1539 et 1670) : autant de signes tangibles du développement de ce qui constitue alors la « vraie science du Prince », l'une des compétences essentielles du métier de roi – entendons la justice –, le tout sur fond des fameux « déboires » de l'absolutisme ; beaucoup de volonté donc, mais trop peu d'efficacité dans la répression des délits et des crimes.

Depuis deux bonnes décennies cependant, historiens et historiens du droit ont su montrer que si les pratiques judiciaires ne reflètent pas toujours les normes juridiques, cette distorsion ne signifie en rien une inefficacité structurelle de la justice du roi, parce que ladite justice « passe » par d'autres canaux. Ainsi la faiblesse des crimes poursuivis effectivement, et punis qui plus est, ou l'abandon d'une foule d'affaires en cours de procédure – constat récurrent des historiens de la justice des temps modernes –, s'explique, non pas tant par l'échec de la monarchie à assurer la paix publique, que par l'existence de modes de règlement « alternatifs », volontiers qualifiés d'infra ou de parajudiciaires⁵, parce que situés en marge ou en amont des voies officielles. Entente privée entre les parties, intervention de la communauté ou d'un tiers (curé, seigneur, notaire...), etc., autant de marques d'un contrôle social de la délinquance dans l'ancienne France. Sans s'arrêter à une querelle de mots, il convient de noter cependant que cette infrajustice est à la vérité bien souvent justice car largement encadrée par la législation (ainsi en est-il de l'intervention du clergé dans les affaires judiciaires, dont le rôle en la matière est par exemple précisé par l'édit de 1695 qui dispose de l'obligation à lui faite de concilier les parties ; ainsi en est-il également de l'arbitrage qui

1 Ce travail est la première pierre de touche d'un projet de recherche présentée dans notre mémoire d'habilitation à diriger des recherches, soutenu à l'Université d'Avignon en 2006. Il fait également suite à des travaux entrepris avec certains chercheurs du Centre G. Chevrier « Ordre et désordre dans l'histoire des sociétés », CNRS-Université de Bourgogne, notamment H. Piant, « Au service des justiciables ? Autonomie et négociation dans la procédure criminelle d'Ancien Régime », dans *Gens de robe et gibier de potence en France du Moyen Âge à nos jours*. Actes du colloque d'Aix-en-Provence (14-16 oct. 2004), Archives départementales du Rhône, Images en manoeuvre Editions, 2007, p. 303-324.

2 A. DE TOCQUEVILLE, *L'Ancien Régime et la Révolution*, Paris, 1859, Paris, Gallimard-Folio Histoire, p. 140, pour l'édition utilisée.

3 M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 1975.

4 R. MUCHEMBLED, *Le temps des supplices. De l'obéissance sous les rois absolus, XV^e-XVIII^e siècles*, Paris, A. Colin, 1991.

5 B. GARNOT (dir.), *L'infrajudiciaire. Du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, EUD, 1996. B. GARNOT, « Justice, infrajustice, parajustice et extrajustice dans la France d'Ancien Régime », dans *Crime, Histoire et Sociétés. Crime, History and Society*, vol. 4, n° 1, 2000, pp. 103-120.

appartient par définition même aux modes juridiques de règlement des conflits et des litiges, alors que les historiens s'entêtent à le placer à la marge⁶).

La *doxa* en histoire judiciaire est celle du passage d'une procédure accusatoire à une procédure d'office, entre la fin du Moyen Age et l'époque moderne (où elle devient la norme dans nombre de pays d'Europe à la Renaissance ; l'année 1498 en France), ce qui aurait interdit progressivement les modes de négociation et de conciliation au pénal au profit de la toute puissance du juge dans le cadre d'une justice à vocation strictement punitive⁷. Ce travail entend rappeler que la procédure criminelle, telle qu'elle est posée par l'ordonnance de 1670, donne la possibilité aux parties et aux magistrats d'opter pour d'autres solutions que la voie dite alors « à l'extraordinaire » (de l'information au jugement). Si les modes alternatifs existent, c'est au coeur même d'une souplesse procédurale qu'il convient avant tout de les trouver ; preuve que la monarchie sait reconnaître d'autres solutions, en l'occurrence négociées, que la punition, au moins pour certaines catégories de délits (injures, vols, rixes...), voire de certains crimes⁸. Si la fameuse « pédagogie de l'effroi » vaut pour les crimes graves et les scandales publics, les délits plus ordinaires bénéficient assurément d'un règlement plus flexible ; règlement qui fait autant partie des usages sociaux du temps (que le pouvoir politique reconnaît de fait et de droit) que d'une absence de vocation franchement punitive des institutions. Il s'agit donc de poser un autre regard sur la justice de la monarchie absolue. Précisons qu'en marge des étapes bien « huilées » de la procédure pénale (pour mémoire et par ordre chronologique : plainte, dénonciation ou action directe du juge – information – instruction préparatoire – instruction définitive – sentence puis appel éventuel ou obligatoire), trois possibilités alternatives s'offrent *de jure* aux acteurs du procès : l'accord entre les parties, qui peut déboucher, soit sur une sentence d'homologation, soit sur un abandon *stricto sensu* (donc un éventuel règlement dit infrajudiciaire) (1); le jugement « en l'état » à la suite de l'interrogatoire du ou des accusés (2) ; la civilisation de la procédure pénale enfin, qui peut s'exercer depuis le déclenchement de l'affaire, mais avant l'instruction définitive, et que le droit contemporain ne reconnaît plus (3). Comme l'affirme la doctrine : « Dans les délits où il n'échet aucune peine afflictive ou infamante, mais simplement peine pécuniaire, ou aumône, [...], il est inutile et même ce seroit une mauvaise procédure, de passer au récolement et à la confrontation des témoins⁹ », soit le passage à l'extraordinaire. L'historien du droit ne peut ce faisant se contenter de dégager des normes juridiques, mais se doit d'essayer de comprendre les causes, judiciaires, sociales, etc., qui peuvent expliquer pourquoi les parties d'un procès criminel sous l'Ancien Régime optent finalement, avec l'accord voire sur la recommandation des magistrats, pour des solutions évitant le châtement, *après* avoir que la victime ait au préalable déposé plainte.

1. L'ABANDON : UNE REALITE JUDICIAIRE

L'abandon est assurément chose courante dans l'administration de la justice sous l'Ancien Régime. Dans la Bretagne du XVIII^e siècle, entre le tiers et la moitié des procès criminels se termine avant toute décision judiciaire. Le cas de la prévôté de Vaucouleurs, en Lorraine française, montre une proportion somme toute équivalente, avec près de 60% d'affaires abandonnées¹⁰. Cette fréquence ne semble guère plaire aux jurisconsultes de l'époque moderne, dont les traités taisent ce qui est assurément pratiques judiciaires récurrentes sinon majoritaires. La cause en est que l'ordonnance de 1670 n'officialise en rien ce qui peut paraître comme un échec de la monarchie ; une sorte d'aveu d'impuissance, ce que l'abandon n'est pas à la vérité¹¹. De fait, l'abandon est un moyen proprement négocié dans le cadre d'une

6 Sur ces questions, voir E. WENZEL, *Le monitoire à fin de révélations. Normes juridiques, débats doctrinaux et pratiques judiciaires dans le diocèse d'Autun (1670-1790)*, Villeneuve-d'Asq, Presses du Septentrion, 2001, p. 82. Sur l'arbitrage, voir par exemple E. CHEVALIER, *L'arbitrage, 1667-1806. Conceptions d'ensemble et pratique angevine*, thèse de doctorat de droit, Université d'Angers, 2005, 2 vol.

7 [Le changement de procédure pénale qui s'opère à la fin du Moyen Age n'empêche nullement la poursuite des modes traditionnels de règlement des litiges au cours des procès : P. MC CAUGHAN, *La justice à Manosque au XIII^e siècle. Evolution et représentation*, Paris, Honoré Champion, 2005.](#)

8 Etant entendu que la doctrine moderne a du mal à établir une distinction claire entre délit et crime.

9 JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, Paris, 1771, t. 2, p. 336.

10 L.-B. MER, « La procédure criminelle au XVIII^e siècle : l'enseignement des archives bretonnes », dans *Revue historique*, 1985, t. 274, p. 17 ; H. PIANT, *Une justice ordinaire. Justice civile et criminelle dans la prévôté de Vaucouleurs sous l'Ancien Régime*, Rennes, PUR, 2005, 3e partie.

11 Entendons bien ici qu'il ne s'agit pas de traiter ce qu'il conviendrait de nommer « aveu d'impuissance », soit

procédure et qui oblige le juge instructeur à donner son aval par une sentence d'homologation, plutôt que de voir les parties arrêter la procédure. Il s'agit bien d'une autre manière de rendre la justice, plus que d'un déni ou d'un manque de justice. L'abandon négocié fait bel et bien partie de la procédure *de facto*, à défaut de l'intégrer pleinement de droit, ce que les juristes, souvent magistrats de terrain, ne peuvent alors ignorer complètement. Il prouve que loin de s'opposer, justice et infrajustice se trouvent étroitement imbriquées, au point qu'une approche anthropologique reviendrait à requalifier ces procédés en justice, ce d'autant plus que les institutions les contrôlent partiellement. Dans une affaire de violence instruite devant la prévôté de Vaucouleurs au début du règne personnel de Louis XIV, les parties poursuivent l'action judiciaire jusqu'à ce qu'un accord intervienne et soit homologué par le juge, en l'espèce par « une sentence de consentement » qui oblige les protagonistes à respecter la solution qu'ils ont eux-mêmes mise en place¹². Certes, le ministère public peut, dans ce type de solution négociée, demander la poursuite de la procédure au nom du roi, mais il semble rare de rencontrer ce genre de pugnacité, compte tenu de la faible gravité des délits habituellement rencontrés dans ce type d'arrangement « au confin du droit ». Quoi qu'il en soit, la justice criminelle doit donc largement composer avec les usages sociaux qui en sont fait. Les conclusions faites à l'échelle des juridictions de proximité que sont les tribunaux seigneuriaux sont parfaitement valables au niveau des instances royales, à savoir que : « People take the Law into their own hands¹³ ». Il existe donc des espaces, des interstices de liberté pour les justiciables. Néanmoins si la justice négociée existe bien sous l'Ancien Régime, c'est donc par la capacité de la monarchie, avec l'appui des juges, à intégrer à sa procédure des pratiques judiciaires qui correspondent aux mentalités du temps, tout autant qu'au degré d'autonomie des justiciables.

Pour autant, les criminalistes du temps préfèrent mettre l'accent sur d'autres voies, pleinement intégrées à l'ordonnance de 1670.

2. RECONNAÎTRE SES TORTS : OU COMMENT TERMINER UNE AFFAIRE A MOINDRE FRAIS

Le « jugement en l'état », selon les mots de Muyart de Vouglans apparaît comme l'autre mode de négociation contenu dans l'ancienne procédure pénale. Le jugement en l'état donne lieu à une procédure écourtée parce qu'il évite précisément le passage à l'extraordinaire. Selon Hervé Piant, plus que l'abandon négocié, il s'agirait sans doute du mode le plus ordinaire de règlement des procès criminels dans l'ancienne France ; et de donner comme exemple probant celui de la prévôté royale de Vaucouleurs, où, sur 73 plaintes pour délits d'injure (au sens où on l'entend alors, soit les voies de fait en général), près de la moitié est réglée par cette alternative¹⁴. Cette possibilité peut avoir lieu, soit sur demande de l'accusé, qui doit reconnaître son tort en prenant « droit par les charges » – une sorte de « plaider coupable » de l'Ancien Régime), mais dans ce cas le juge reste l'autorité qui permet d'éviter la poursuite à l'extraordinaire ; soit sur sollicitation de la partie civile, qui peut demander « qu'on s'en rapporte à la déposition des témoins » et à l'interrogatoire de l'accusé¹⁵. Celui-ci est alors soumis à une forme de pression, dont le but implicite est précisément d'éviter la poursuite de l'affaire et le risque d'une sentence et de dommages plus lourds. Le jugement en l'état est en général suivi d'une simple amende – d'où le fait qu'il ne peut s'exercer que « si le délit est de nature [à ne pas] mériter peine afflictive ou infamante », soit « dans les affaires légères, comme s'il ne s'agissait que d'injures, rixes et autres délits légers »¹⁶ -, mais la justice, par l'intermédiaire du magistrat instructeur, a aussi intérêt à accepter de terminer la procédure, comme une incitation faite aux justiciables de porter leurs différends, même modestes, au tribunal, plutôt que risquer de se faire justice soi-même. Le jugement en l'état est donc une méthode judiciaire proche de l'arbitrage ; un arbitrage pénalisé si l'on veut. A ce sujet, une comparaison entre la vie judiciaire dans le royaume de France et celle la principauté d'Orange, petite enclave souveraine jusqu'à la fin du règne de Louis XIV, est des plus

l'abandon d'une procédure faute de preuve.

12 H. PIANT, B. GARNOT, P. BASTIEN, H. PIANT et E. WENZEL, *La justice et l'histoire. Sources judiciaires de l'époque moderne (XVI^e, XVII^e, XVIII^e siècles)*, Paris, Bréal, 2006, pp. 242-250.

13 A. CRUBAUGH, *Balancing the Scales of Justice. Local courts and rural society in southwest France, 1750-1800*, The Pennsylvania State University Press, 2001, p. 32.

14 H. PIANT, « Au service des justiciables... », *op. cit.*, p. 305.

15 JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, *op. cit.*, t. 2, p. 338. MUYART DE VOUGLANS, *Instruction criminelle suivant les loix et ordonnances du royaume*, Paris, 1762, p. 486. La partie publique peut également solliciter l'arrêt de la procédure à ce stade.

16 JOUSSE, *Traité de la justice criminelle*, *op. cit.*, t. 2, pp. 332 et 336.

instructives. Depuis la fin du XVI^e siècle, la législation orangeoise refuse d'admettre l'arbitrage des juges locaux, au civil comme au pénal¹⁷, *a fortiori* en cas de procès engagé et fonde sa position sur une tradition différente d'avec la française. Plusieurs arrêts prononcés par le Parlement d'Orange rappellent cette position de principe dans la première moitié du Grand Siècle ; preuve s'il en est du peu de respect de cette norme par les édiles eux-mêmes¹⁸. Quoi qu'il en soit, une conception arbitrale de la justice criminelle existe assurément dans la France précontemporaine, comme dans un espace géographique plus large.

3. DU PENAL AU CIVIL : UNE DISTINCTION PEU TRANCHEE

Présente dans les pratiques judiciaires d'avant le premier grand texte normatif qu'a été l'ordonnance de 1539¹⁹, la civilisation des procès criminels intègre pleinement l'ordonnance de 1670 (art. 3, titre XX) et montre le flou sémantique qui entoure les délits et les crimes dans le vocabulaire juridique d'Ancien Régime. La transformation d'un procès pénal en procès civil ne doit, selon la doctrine, avoir lieu qu'en cas de fautes de peu d'importance, afin de respecter la « logique » du passage au civil. C'est bien là que réside la différence entre les « petit » et « grand » criminels, qui ne tient pas tant dans une question de gravité inhérente au délit ou crime poursuivi qu'au fait que celui-ci ne l'est pas par la voie extraordinaire²⁰, mais qu'il peut précisément être traité « à l'ordinaire », soit la voie civile. La civilisation ne peut donc avoir lieu qu'avant l'instruction définitive : les « grands » crimes, laissés largement à l'appréciation du juge, et autres scandales publics, se doivent ainsi d'être poursuivis entièrement au pénal, les autres pouvant empruntés la procédure telle qu'elle est définie par l'ordonnance de 1667. Le choix de la procédure civile est à la base le fruit d'une décision de la victime qui, pour un même type de problème, peut d'emblée décider de l'une ou l'autre voie²¹. Choisir la criminelle peut être un moyen de « punir » virtuellement la partie adverse, avec la possibilité d'une punition réelle si l'affaire se conclut à l'extraordinaire par la prononciation d'une sentence. Pour le juge qui consent au changement de procédure (étant entendu que la criminalisation est également possible après avoir engagé un procès civil), la civilisation est assurément un moyen alternatif visant à mettre les parties « face à leurs responsabilités » (H. Piant) : en cas de doute sur la réalité des faits poursuivis, les magistrats indiquent au plaignant le risque qu'il y aurait à payer les dépens ; à l'accusé, qu'il risque d'être lourdement taxé, d'où l'intérêt pour lui d'opter pour un accord ou la reconnaissance de sa culpabilité (et la prononciation d'un jugement dans une procédure écourtée). Dans les deux cas, la justice du roi montre que nul ne peut lui échapper, d'autant plus qu'il semble qu'au XVIII^e siècle la dépénalisation de certaines formes d'injures (délits particulièrement concernés en la matière), avec pour conséquence un renforcement de la gravité des autres, débouche sur une limitation accrue du choix des justiciables au profit du juge²². La civilisation est aussi un moyen d'éviter des modes de règlement extrajudiciaires face à ce qui peut apparaître comme une trop grande rigueur des lois pénales, mais peut aussi avoir une origine pratique : la limitation des affaires traitées par les chambres criminelles des parlements (les fameuses Tournelles), beaucoup plus engorgées que les Chambres des Enquêtes spécialisées au civil. Il s'agit également, et surtout, de reconsidérer l'opposition tranchée entre une procédure accusatoire, au civil, et inquisitoire, au pénal, dans l'ancien droit. Il semble plus judicieux d'évoquer la permanence de procédures (potentiellement) mixtes, au moins dans le traitement de la délinquance (selon nos critères contemporains).

17 La justice criminelle à Orange est également fondée sur une procédure inquisitoire, officialisée au XVI^e siècle.

18 E. WENZEL, « Les arrêts du Président Servant : un demi-siècle de jurisprudence du Parlement d'Orange (1613-1649) », *La Principauté d'Orange. Actualité de la recherche, Mémoires de l'Académie du Vaucluse*, 2006, sous presse.

19 LEBRUN DE LA ROCHETTE, *Les procès civil et criminel, contenant la méthodique liaison du droit et de la pratique judiciaire, civile et criminelle*, Lyon, 1618, livre 2nd, p. 130, qui rappelle que depuis Villers-Cotterêt, « les matières légères » seront traitées « en audience par plaidoirie verbale ». Voir également B. GARNOT, P. BASTIEN, H. PIANT et E. WENZEL, *La justice et l'histoire, op. cit.*, pp. 214-221.

20 F. BRIEGEL, « Le petit criminel : des pratiques aux normes (Genève, 18^e siècle) », dans *La justice : normes et pratiques. Du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, EUD, à paraître en 2007 : ce travail montre que le petit criminel devient alors un véritable enjeu de procédure ; à Genève, il fait l'objet d'une attention législative à la seule fin du XVIII^e siècle.

21 B. GARNOT, P. BASTIEN, H. PIANT et E. WENZEL, *La justice et l'histoire, op. cit.*, pp. 222-225.

22 B. GARNOT, *Questions de justice. 1667-1789*, Paris, Belin, 2006, p. 65.

Loin d'être une nouveauté doctrinale des Lumières puis de la Révolution française²³, la conciliation en matière judiciaire, pénale surtout, apparaît comme le pendant obligé de l'autre réalité de la justice du roi, celle de la dureté des peines ; une dureté qui ne constitue à la vérité que la partie émergée d'un plus vaste et complexe iceberg sociojudiciaire.

Il convient surtout, au terme de cette trop brève présentation, de reconsidérer en partie la justice au temps de l'absolutisme. La culture du compromis est au cœur de la question judiciaire au temps de la Modernité et représente une clef pour dépasser les lieux communs, au côté du rôle assigné à la loi et de la problématique loi/justice/ordre public. Il semble que la loi – et plus généralement la norme juridique – est, dans l'ancienne France, conçue avant tout pour assigner un devoir au pouvoir souverain, celui d'assurer la paix, reflet de l'ordre divin et de l'harmonie sociale, et pas seulement pour fournir un instrument d'autorité et de contrainte. De même faut-il insister ici sur l'espace de liberté conféré aux justiciables, comme aux juges, par et dans la procédure pénale²⁴. L'institution judiciaire « réalise plutôt un compromis entre la [...] liberté des particuliers et la [...] souveraineté monarchique », dans un contexte politique largement fondé sur cette recherche de l'équilibre et de l'autonomie, que la législation appuie largement²⁵. Il n'est dès lors pas possible de suivre l'opposition entre une justice criminelle fondée sur une répression légitimée par la législation royale et une justice « réparatrice », héritée des pratiques médiévales, fondée sur l'accommodement et appuyée par le droit coutumier²⁶. De même encore, ne faut-il pas atténuer l'image d'une France ancrée dans une « tradition de l'ordre juridique imposé » ?

Aussi doit-on, *in fine*, en arriver à relativiser la décrépitude contemporaine de l'Etat et son prétendu corollaire que serait le développement d'un ordre judiciaire négocié, dans le cadre d'une « américanisation » de notre société, car cet ordre négocié existait déjà bel et bien à une époque qui fut (aussi) l'un des moments phares de l'autorité publique, du moins dans son expression doctrinale. Négociation, conciliation et arbitrage ne paraissent guère être aujourd'hui des « modes alternatifs » de règlement des conflits *au regard de l'histoire judiciaire française*, pas plus qu'ils ne sont des « lieux d'"essais" » ou « "d'avant-garde"²⁷ ». Ne sommes-nous pas, sur ce point, largement « victimes » du positivisme juridique hérité du XIX^e siècle ?

23 Dans les dernières décennies de l'Ancien Régime, dans un contexte de critique généralisée de la justice, nombreux sont les réformateurs à proposer l'institutionnalisation des modes de conciliation, dans les procès civils comme dans les criminels : nouveautés d'apparence, ces projets doivent plutôt être vus comme la mise en avant de modes de règlement des délits et des conflits qui ont depuis longtemps fait preuve de leur efficacité. On prendra comme exemple les projets du chevalier Mézard, président de la cour souveraine d'Ajaccio qui, à la veille de la Révolution, réclame la fondation de « tribunaux de pacification » composés principalement d'avocats « devenant, pour ainsi dire, les arbitres nés de toutes les affaires, les parties obligées de paraître devant eux, seroient souvent engagées à accepter leur médiation, quoiqu'elles n'y fussent pas obligées » : *Essai sur les réformes à faire dans l'administration de la justice en France*, Paris, 1788. Des positions proches dans l'ouvrage anonyme plus récent, *L'ami de la concorde ou essai sur les motifs d'éviter les procès, et sur les moyens d'en tarir la source, par un avocat au parlement*, Londres – Paris, 1779.

24 La doctrine insiste sur ce point : le passage à l'extraordinaire pour ce qui serait aujourd'hui des délits peut se faire « dans le cas où cela est demandé par l'accusé », selon Jousse, par la partie civile en fonction de ses intérêts, selon Muyart de Vouglans, même si l'action du ministère public et l'accord du juge restent évidemment fondamentaux.

25 Voir la belle démonstration de H. MERLIN-KAJMAN, à qui nous empruntons cette citation, et qui montre que la fondation de l'Académie française, loin d'être cette institution au service de Louis XIII et Richelieu, est précisément et plus subtilement centrée sur cette dichotomie autorité/autonomie : *L'excentricité académique. Littérature, institution, société*, Paris, Les Belles Lettres, 2001.

26 C'est par exemple la position de S. DUPONT-BOUCHAT, « Le crime pardonné. La justice réparatrice sous l'Ancien régime. XVI^e-XVIII^e siècles », www.erudit.org/revue/crimino/1999.

27 R. Cario, *La médiation pénale. Entre répression et réparation*, Paris, L'Harmattan, 1998, p. 7.

UN EXEMPLE D'IMPLICATION DES PARTIES DANS LA RESOLUTION DU CONFLIT EN
JUSTICE : LA PARTICIPATION DES PLAIDEURS DANS LES PROCES POUR INJURES DEVANT
LE PARLEMENT DE TOULOUSE (XVII^E-XVIII^E SIECLE)

ISABELLE ARNAL-CORTHIER

Maître de conférences à la faculté de droit de Lille II
isabelle.arnal@laposte.net

Quelle participation pour les parties dans le procès pénal de l'époque moderne, en un temps où la justice est devenue intégralement affaire d'Etat ? Quel rôle pour elles à ce moment dans le règlement de leur conflit ?

Pour notre part, nous n'aborderons pas la question de la transaction, ni celle de la négociation : nous nous proposons de voir si le plaideur qui a confié un procès à la justice, donc à l'autorité publique, s'en voit exclu, sans possibilité d'y jouer un rôle actif. Cela nous conduira à avancer, avec toute la prudence qui s'impose, que quoi que la mainmise de l'appareil d'Etat sur le règlement des conflits violents semble de plus en plus indiscutable au fur et à mesure que l'époque moderne s'avance (I), le plaideur, dans certains cas, ne renonce pas pour autant à rester présent dans la résolution du conflit, même si celui-ci est tranché par la justice (II).

Ces quelques suggestions s'appuient sur des sondages réalisés dans les archives laissées par la masse du contentieux parvenant en appel devant le Parlement de Toulouse, et ce pour trois périodes différentes. Les premiers portent sur la fin du XVII^e siècle, entre 1670 et 1690 ; on s'est ensuite intéressé au milieu du XVIII^e (de 1725 à 1750) et enfin à l'ultime décennie de l'Ancien Régime.

I. Il est incontestable que l'on observe en cette fin de l'époque moderne une « prise en charge directe de la résolution du conflit violent par l'autorité publique » ; et une progression de ce mouvement est nettement perceptible si l'on compare la fin du XVII^e et les dernières années du XVIII^e siècle. C'est en tout cas ce que permet d'affirmer l'évolution du contentieux traité par la Cour Souveraine entre 1670 et 1789. On y décèle, entre autres choses, le changement de l'attitude du justiciable face à la justice.

Il faut en effet constater que dans les années 1670-1680, le comportement consistant à se faire justice à soi-même lors d'un conflit violent est encore largement répandu. En témoigne la présence de nombreux homicides qui se caractérisent par le scénario suivant : une querelle oppose subitement deux adversaires – qui peuvent être les meilleurs amis du monde par ailleurs - parce que l'un d'eux s'estime offensé, les humeurs s'échauffent ; une bagarre furieuse éclate, et la brutalité de l'affrontement est telle que l'un des protagonistes y laisse la vie. Ainsi, ces deux gentilshommes qui vont, discutant affaires, sur un grand chemin, jusqu'au moment où un désaccord étant survenu, l'un fait à l'autre « une fâcheuse réponse » : furieux, son interlocuteur lui plonge sans plus de façons son épée dans le corps. La victime expire deux heures plus tard¹. Ici, l'intention de tuer (si elle existe) est spontanée, irréfléchie, née dans le feu de la querelle. Bien sûr, tel n'est pas toujours le cas : certains homicides sont le fruit de longues inimitiés, donnant lieu depuis des années à des anicroches ; puis un jour, une étincelle met le feu aux poudres. Par exemple, cet individu qui, furieux et vexé de s'être vu confisquer son fusil par le garde-chasse quelques mois plus tôt, se répand sans cesse en menaces et finit par lui tirer dessus un jour où il le croise

¹ Procès B 6199, Archives Départementales de la Haute-Garonne

sur un chemin. Après quoi il n'hésite pas à se vanter partout « d'avoir vengé l'affront que Rolland lui avait fait »².

Ce type d'homicides, fort nombreux au XVII^e siècle, montre qu'alors, la violence souvent meurtrière est la réaction normale face à l'offense (réelle ou imaginaire). On se rue sur l'adversaire pour lui faire rentrer ses paroles dans la gorge ; en somme, on se fait justice à soi-même. Et lorsque le conflit arrive devant le tribunal, il constitue déjà un homicide par le décès de l'un des intéressés. La délinquance de la période 1670-1690 se caractérise encore par la forte proportion de crimes dans lesquels les parties ont voulu régler un compte, vider une querelle sans croire nécessaire de passer par les tribunaux. Avec une idée dominante dans la plupart des cas : venger l'affront reçu, restaurer son honneur blessé.

On sent clairement dans ces comportements l'influence du modèle donné par la noblesse qui conserve, malgré l'opposition de la monarchie, le privilège de pouvoir régler ses conflits elle-même par le biais du duel. D'ailleurs, un certain nombre d'inculpés sont des nobles.

Cet état de choses évolue de façon très visible au cours du XVIII^e siècle, à en juger par le changement que l'on observe dans la composition du contentieux.

Au milieu de ce siècle, on peut en effet constater que la proportion d'homicides tenant du règlement de comptes a très nettement diminué. Pourtant les batailles rangées, les affrontements provoqués par la vivacité des humeurs et la facilité à se croire insulté sont toujours bien présents dans le contentieux. Mais ils donnent plutôt lieu pour cette époque à des procès pour coups et blessures (qualifiés d'*excès* ou d'*injures réelles* par l'ancien droit), bien plus nombreux qu'à la fin du XVII^e siècle. Force est cependant de constater la similitude des comportements belliqueux entre les deux époques ; ce sont des querelles de cabaret, un individu qui jette son frère à terre et le bourre de coups de pieds dans l'estomac, « le maltraitant comme un enragé » parce qu'il l'a traité de « bête »³, et jusqu'au curé de Limoux qui poignarde un de ses ouailles avec lequel il est en conflit depuis longtemps, en lui criant « tu m'embarrasses dans la paroisse, je veux t'envoyer dans l'autre monde »⁴ ! Mais ces violences aboutissent moins souvent à des homicides : peut-être parce qu'elles sont mieux contrôlées qu'autrefois ? On échange des coups, certes ; mais après ce stade, c'est vers la justice que l'on se tourne pour le règlement du conflit. En quelque sorte, celui-ci arrive plus tôt devant elle.

A la fin de ce même XVIII^e siècle, l'évolution qui frappe est que, si les affrontements subits sont toujours aussi présents, les procès pour excès n'en reculent pas moins de façon significative, cette fois au profit des affaires d' *injures verbales* (deux fois plus nombreuses qu'entre 1725 et 1750). Il suffit de lire les minutes des procès pour se rendre compte que les causes des querelles sont toujours les mêmes ; mais le conflit arrive devant la justice au stade des injures, avant même que des coups aient été portés. Est-ce parce que l'honneur y est plus sensible qu'auparavant ? Sûrement pas, si l'on en juge par les agressions sauvages qui, en 1670, répondaient précisément à des insultes. Mais justement, voilà : le comportement des justiciables a changé. Là où, au XVII^e siècle, on sautait sur son adversaire pour lui demander raison de ses paroles, quitte à le tuer net, on se tourne fin XVIII^e siècle vers les tribunaux pour demander réparation d'un honneur blessé par des injures. Cette action est nécessaire pour se laver de l'affront : écoutons cet aubergiste accusé de vol par un client qui dit agir en justice « par rapport à son honneur et à la réputation de son logis qui deviendrait désert si le suppliant ne parvenait pas à établir l'imposture » de celui qui l'a calomnié⁵.

En 1780, l'habitude d'en venir aux mains avec l'adversaire est donc en net recul ; mais les conflits suscités par le vif sens de l'honneur des hommes de ce temps demeurent très virulents. Le changement est qu'ils conduisent les parties, bien plus souvent que par le passé, à s'affronter en justice là où, un siècle plus tôt, ils se seraient entre-tués. Hypothèse qui n'est pas neuve, qui confirme un relatif adoucissement des mœurs tout au long du XVIII^e siècle. Les adversaires se font moins justice à eux-mêmes : ils confient leur litige au tribunal. En ce sens, il y a vraiment prise en charge du conflit par les autorités.

² Procès B 6115, A.D.H.G

³ Procès CC 495, A.D.H.G

⁴ Procès CC 3839, A.D.H.G

⁵ Archives non cotées de la justice seigneuriale de Saint-Jory, procédure du 15.4.1756, A.D.H.G

II. Est-il possible pour autant d'en conclure que les parties se trouvent désormais exclues de la résolution du différend qui les oppose, qu'ayant soumis celui-ci à la justice, elles n'ont plus qu'à attendre passivement que celle-ci tranche ?

Ce n'est pas l'impression que l'on retire à la lecture de certains documents d'archives laissés par notre contentieux. Au contraire, on y décèle parfois la volonté *et* la possibilité pour les adversaires en justice de conserver un rôle actif, de participer réellement au procès. Ceci est tout particulièrement vrai dans les affaires les plus nombreuses à la fin du XVIII^e siècle, excès ou injures verbales, procès auxquels on s'intéresse tout spécialement parce qu'ils semblent avoir pris le relais des règlements de compte sanglants du XVII^e siècle.

Ces possibilités ne sont pas toujours expressément prévues par la procédure : elles n'en existent pas moins. Quels sont les éléments permettant d'avancer cette affirmation ?

Témoigne d'abord de l'attitude active des parties le fort taux d'appel qui explique l'importance de ce contentieux. S'il parvient jusqu'au Parlement, c'est bien parce que les parties n'ont pas voulu en rester à la décision de première instance. On va former appel – et donc engager des frais supplémentaires, alors que les condamnations prononcées sont souvent minimales – pour poursuivre l'affrontement le plus loin possible, souvent dans le but d'obtenir la réparation publique, qui n'a pas été prononcée en première instance⁶.

Il est également très fréquent que l'appel soit interlocutoire, c'est à dire formé au sujet d'un acte de procédure. Il nous semble que le fait d'aller contester le bien-fondé de celui-ci devant la Cour Souveraine (voire parfois, par l'effet d'un double appel, devant le Sénéchal puis devant le Parlement) est également révélateur de la volonté des parties d'essayer d'être le plus influent possible sur le déroulement du procès.

Mais cet acharnement à participer activement au règlement du conflit est encore plus visible dans l'attitude des plaideurs durant *l'instance d'appel* devant le Parlement.

Dans certains cas en effet, celle-ci laisse des traces écrites. On sait que lorsque la sentence de première instance ne prononce pas de peine afflictive ou infamante, on use en appel des formes prescrites par l'ordonnance de 1667 sur la procédure civile⁷ (néanmoins, à Toulouse, ce type d'appel reste de la compétence de la Tournelle, contrairement à ce que l'on observe en d'autres Parlements). Cela concerne donc au premier chef le contentieux des injures réelles et verbales, qui ne donne souvent lieu qu'à des condamnations pécuniaires. Dans ce type d'appel, il arrive assez fréquemment que, les juges ayant estimé l'affaire trop compliquée pour être tranchée à l'audience, ils rendent un *arrêt de clausion*⁸ impliquant que les parties produiront les arguments par écrit, par l'intermédiaire d'un procureur. Ces écrits, désignés sous le nom de *production d'appel*, permettent en retraçant la procédure suivie devant le Parlement de deviner l'attitude des parties – et bien souvent de constater leur grande implication dans le déroulement de celle-ci.

On y trouve d'abord des *dirès par écrit*, qui contiennent les arguments de fond et de forme contestant la sentence (ou la justifiant, suivant la partie à laquelle on a affaire). Ceux-ci ne sont pas l'œuvre

⁶ Il faut remarquer que l'un des éléments expliquant la hausse du nombre d'appels dans ce type de contentieux est qu'un arrêt de règlement du Parlement de Toulouse, datant du 4 février 1704, (voir *Recueil des Edits, Déclarations, arrêts du Conseil et du Parlement de Toulouse*, Toulouse, 1782-1784, vol. III, p. 14) ordonne que toutes les sentences dans lesquelles il aura été prononcé réparation publique donneront lieu à un appel automatique : ce qui concerne au premier chef le contentieux des injures. Mais on n'en observe pas moins un grand nombre d'appels dans les cas où, justement, la sentence ne dit rien de tel.

⁷ Ordonnance de 1670, titre XXVI, art. 11 « Si la sentence dont est appel n'ordonne pas de peine afflictive, bannissement ou amende honorable, et qu'il n'y en ait appel interjeté par nos procureurs (...) mais seulement par les parties civiles (...) les délais et procédures prescrits par notre ordonnance de 1667 seront observés ».

⁸ « Quoiqu'une cause soit de nature à être plaidée, elle se juge pourtant par écrit », car « il est très difficile à Messieurs les juges d'assortir une décision juste sur des faits qu'ils ont de la peine à retenir et qu'il leur est quelquefois impossible de concilier dans leur esprit ; ils sont nécessités d'ordonner la clausion », *L'ordonnance de 1667 mise en pratique conformément à la jurisprudence et à l'usage du Parlement de Toulouse*, Anonyme, Toulouse, 1759, p. 232.

des plaideurs, mais celle des procureurs qui les représentent devant le Parlement, et qui sont rompus à ce type d'exercice. En dépit de leur intérêt, ce ne sont donc pas eux qui doivent le plus retenir l'attention.

En revanche, dans ce que l'on y perçoit de la procédure d'appel, on décèle la volonté des adversaires de s'impliquer dans le traitement de leur conflit... mais pas toujours avec le désir de l'apaiser, tant s'en faut ! Nous allons pouvoir en juger, par l'examen de plusieurs détails de la procédure que l'on retrouve couramment, et qui révèlent la volonté de ne surtout pas laisser à l'adversaire la maîtrise du procès.

En premier, on peut aborder l'*anticipation de l'appel*.

Lorsqu'un plaideur décide de faire appel d'une sentence (ou appel interlocutoire) il doit le déclarer devant huissier, qui en informe alors la partie adverse, puis assigner celle-ci à jour fixé devant la Cour. Ainsi avisé, l'adversaire a la possibilité d'anticiper l'appel, c'est à dire d'assigner l'autre à un jour plus proche ; cela le place en position de poursuivant, et non plus de poursuivi⁹. Cette technique vise normalement à forcer la main au plaideur qui formerait appel dans le seul but de différer l'exécution de la sentence de première instance, en assignant son adversaire au jour le plus éloigné possible. Or, l'anticipation constitue pour ainsi dire *la norme* dans le cadre du contentieux des injures (contrairement à d'autres types d'infractions), et elle est effectuée avec la plus grande précipitation. On constate le plus souvent que, sitôt informé que son adversaire désire poursuivre l'affaire en appel, le plaideur se hâte d'anticiper dès le lendemain. Serait-ce afin de ne pas rester passif, afin de reprendre à son compte le combat par tribunal interposé ?

Il se peut également que l'une des parties forme appel devant le Sénéchal, et que l'autre l'anticipe devant le Parlement : cela procède du même esprit.

Dans le cadre de cet affrontement en justice que l'on souhaite visiblement faire durer le plus longtemps possible, il arrive naturellement, comme nous le suggérons plus haut, que l'on ne forme manifestement appel que pour contrarier son adversaire – et éventuellement, pour ne pas payer les condamnations prononcées en première instance. Ainsi des plaideurs font-ils appel puis, par la suite, n'entreprennent rien pour l'instruction de celui-ci. Dans ce cas, l'instance est frappée de péremption au bout de trois ans¹⁰. Mais nous avons pu constater que parfois, alors que l'appelé est en droit de se croire libéré du procès en raison du temps écoulé, l'appelant repart à l'attaque juste avant que n'expire le délai de péremption... ou parfois bien plus tard ! (il lui faut alors des lettres de reprise d'instance). Ainsi procède en 1776 puis en 1780 un plaideur qui avait entamé son procès pour injures en... 1768. Ses adversaires se plaignent de son ardeur à « réveiller un procès de cette espèce après l'avoir laissé dans l'oubli pendant dix ans »¹¹, d'autant plus que cette affaire, de faible importance, s'était soldée par un simple renvoi hors de cour. Cela illustre comment il est possible d'utiliser la justice pour nourrir interminablement un conflit avec son adversaire.

Devant le Parlement, une technique également utilisée – qui nécessite cependant la complicité active du procureur - consiste à ce que celui-ci prenne au greffe, comme il en a le droit, les pièces de procédure fournies par l'adversaire, pour se mettre en état d'y répondre, et tarde le plus possible à les rendre, sans jamais se décider à produire des arguments à son tour¹². Là encore, il s'agit évidemment de retarder au maximum l'issue du conflit, et ce jusqu'à ce que l'adversaire, irrité par cet immobilisme calculé, présente requête au Parlement pour qu'il ordonne au procureur de rendre le procès.

Comme on peut le voir, si le plaideur se voit offrir certaines possibilités de participation active à son procès, il n'en profite pas nécessairement pour en chercher la résolution ; bien loin de là parfois. Chacun entend au contraire s'accrocher farouchement à ses prétentions et obtenir satisfaction coûte que coûte. En témoignent quelques exemples (assez rares, il est vrai) du *refus* de la transaction proposée. Ainsi, en 1744, voici deux femmes qui se couvrent d'injures, l'une accusant l'autre d'entretenir un commerce

⁹ *Ibidem*, p. 123.

¹⁰ *Ibidem*, p. 288.

¹¹ Production d'appel CC 4739, A.D.H.G

¹² « L'adversaire qui n'a d'autre objet que d'éloigner le jugement de l'appel se mit fort peu en peine de (...) libeller aucun grief », procès CC 4026, A.D.H.G

adultérin avec son mari à elle. Le procès auquel cela donne lieu se termine en première instance par un renvoi hors de cour ; appel est formé, puis les époux de ces dames suggèrent de faire trancher l'affaire par un magistrat ami, qui se verra confier le rôle d'arbitre. Mais la solution proposée par celui-ci, après examen de mémoires, ne convenant pas aux parties, celles-ci la refusent et se lancent dans une longue production d'appel¹³. Toujours, semble-t-il, on veut aller jusqu'au bout ! Pousser l'affaire le plus loin possible pour se donner le plus de chances d'obtenir satisfaction !

Dans tout ce qui vient souligner la volonté acharnée d'emporter l'affaire à tout prix, il ne faut pas oublier, justement, que la procédure d'appel a un coût. Fort élevé parfois, si l'on en juge par la longueur des productions et le nombre des dires par écrit que les adversaires s'envoient et se renvoient. Certes, celui qui obtient gain de cause voit la partie adverse condamnée à assumer ces frais mais ce n'est jamais gagné d'avance. Pour contester le bien-fondé d'une sentence accordant 5 livres de dommages-intérêts (ou parfois renvoyant simplement hors de cour) on n'hésite pas à se mettre au hasard de déboursier bien plus, tout en gémissant sur sa pauvreté. Et l'adversaire renchérit volontiers, tout en se prétendant également acculé à la ruine par l'entêtement de l'autre partie.

Finalement, par maints détails, on éprouve le sentiment que les parties, loin de confier intégralement leur différend aux tribunaux en attendant que ceux-ci tranchent, *utilisent* en quelque sorte la justice pour prolonger leur affrontement, mais par tribunal interposé. Dans ce combat, il existe bel et bien un rapport de force, une volonté farouche de sauver son honneur, comme dans les batailles sanglantes du XVII^e siècle ; mais ce rapport n'est plus physique. Ce sera au plus pugnace, au plus entêté de l'emporter. En somme, la participation des parties au règlement de leur conflit a changé de forme, mais elle existe toujours. On ne roue plus son adversaire de coups pour se faire justice à soi-même, mais on utilise activement la justice du roi pour obtenir satisfaction de son honneur. Ce n'est pas parce que les plaideurs saisissent les tribunaux qu'ils ne feront pas tout ce qui est en leur pouvoir pour l'emporter.

¹³ Production CC 4090, A.D.H.G.

GERARD COURTOIS

Professeur émérite de l'Université d'Artois

courtoisger@orange.fr

Les récents développements du droit et de la procédure pénale (médiation, composition pénale, suspension de peine, « plaider coupable ») ; l'attention nouvelle accordée à la place des victimes dans le procès pénal ; l'affirmation de la justice restauratrice et un effritement certain du prestige des solutions du droit pénal classique nous amènent à repenser l'articulation du droit public et du droit privé dans le domaine pénal.

Nous proposons d'y réfléchir par un passage à la limite, en versant au dossier un examen des solutions traditionnellement suivies par une société indienne d'Amérique du sud : les *Wayuu* qui, pour les questions que nous appelons pénales, suivent encore la logique d'une société sans état¹. On ne doit d'ailleurs pas opposer terme à terme leur entente du champ pénal avec la nôtre. Une comparaison avec eux est justement fructueuse parce que nous pouvons comprendre leurs solutions au regard de notre propre histoire et des tendances nouvelles du droit pénal.

Comme on le sait, dans l'Ancien Droit français, l'affirmation progressive d'un droit pénal strictement étatisé n'a jamais totalement étouffé la logique qui confie aux parties en conflit, le soin et le souci de régler leurs différends même graves².

Jusqu'au XVI^e siècle, en Flandres, des sources de droit positif laissent bien apparaître l'alternative entre les deux voies du traitement judiciaire et des « pactes de paix », y compris pour les homicides³. Ailleurs, sous l'influence de l'idéologie monarchique le refus des transactions pénales a pu s'imposer plus tôt mais les romanistes eux-mêmes, jusqu'au XIII^e siècle, admettaient la valeur des accords entre parties, s'ils étaient homologués par un juge⁴.

Délaissant le droit officiel, si l'on se tourne maintenant vers la pratique, la pertinence de la formule « béarnaise » se manifeste au fil d'une chronologie beaucoup plus longue. Les transactions pénales, devenues illicites, persistent, en plein Paris au XVII^e siècle, en Auvergne ou dans le Languedoc au XVIII^e siècle et même dans les premières décennies du XIX^e siècle, en Quercy ou dans les Pyrénées⁵.

Dans les sociétés sans état, l'arrangement entre parties jouit par contraste d'une pleine légitimité. Il n'intervient pas en complémentarité avec des solutions judiciaires qui dans la majorité des cas sont inexistantes. C'est un autre type d'alternative qui existe dans ces sociétés pour régler les différends : la rétorsion violente ou la réparation négociée⁶.

¹Par « sociétés sans état » j'entendrai de manière classique celles qui se reconnaissent à trois caractéristiques : 1 – Elles ne possèdent pas d'organe spécialisé qui disposerait du monopole légitime de l'usage de la force appliquée à l'ordre public ou aux relations sociales. 2 – Elles ne sont pas sans structure mais s'organisent en groupes familiaux (généalogiques et/ou d'alliance) qui partagent une culture commune symbolique, juridique et matérielle. 3 – Ces groupes, clans ou lignages échangent entre eux des biens, des paroles et des jeunes gens épousables.

² Sur cette question nous renvoyons à la belle mise au point de J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2000.

³ Le phénomène est assez général en Europe du Nord, en particulier dans les anciens Pays-Bas; au sud du royaume, encore au XIV^e siècle le for de Béarn admet qu'il y a deux manières de mettre fin à un différend : *aut mediante iudicio, aut mediante pacis foedere*. Cf. une glose citée par P. OURLIAC, « Cautions et otages dans les fors de Béarn », *Satura Roberto Feenstra*, Fribourg, 1985.

⁴ Raphaël ECKERT, « La transaction en matière pénale (XII^e-XV^e) », *Actes du Colloque « La Résolution des conflits, justice publique et justice privée une frontière mouvante »*, 2007.

⁵ J.-M. CARBASSE, *op.cit.*, p. 161.

⁶ Le système que nous allons décrire est attesté dans de très grandes régions du globe. On le trouve en Afrique, dans les tribus de l'Asie du Sud-Est et dans plusieurs tribus de Mélanésie (soit au total plusieurs centaines de sociétés). Sans être absent de l'Amérique indienne (*Achuar, Wayuu*), il y est moins fréquent que le pur système de la vengeance. On a pu s'interroger sur son existence en Australie mais les travaux d'Alain TESTART ont montré que les aborigènes,

Ces questions de « procédure » sont elles-mêmes solidaires d'une divergence majeure portant sur la finalité des peines.

Dans l'Ancien Droit, à mesure que s'impose officiellement un droit pénal public, les peines visent l'exemplarité et la rétribution ; de son côté le droit canonique privilégie l'amendement du criminel.

Au contraire, dans les sociétés sans état les sanctions sont avant tout réparatrices qu'il s'agisse de la vengeance ou des compensations symboliques. On trouve ici un rapprochement avec l'esprit d'un certain nombre de coutumes de l'ancienne France.

Les *Wayuu* que je prendrai comme exemple concret de société sans état occupent une péninsule du nord-ouest de l'Amérique du sud, à cheval sur la Colombie et le Venezuela. Pour comprendre la logique de leurs coutumes pénales je commencerai par présenter un modèle général, transculturel ou de droit comparé concernant le règlement des conflits habituellement suivi dans ce type de société, puis j'analyserai la pratique propre des *Wayuu*.

I. ELEMENTS DE DROIT COMPARE

Les sociétés sans état sont généralement porteuses d'une idéologie très prégnante de la réparation. La sanction d'une lésion n'est pas une peine mais une compensation due à la victime. Celle-ci est créancière d'un droit à représailles ou d'une valeur que doit lui procurer l'auteur de la lésion, en raison de la perte vitale qu'il a causée.

La notion de réparation est solidaire d'une conception de la réversibilité du temps. Ce qui a été détruit ou endommagé peut être avec une certaine marge d'à peu près reconstitué. Cette justice est animée par l'idée d'une *restitutio in integrum*⁷.

La perte qu'il faut annuler comprend des éléments matériels et des éléments moraux. Les éléments matériels sont les forces physiques qui ont été soustraites par les blessures ou le vol. Les éléments moraux tournent autour de l'honneur ou de la considération du groupe agressé qui semble avoir été méprisé par l'atteinte portée à un de ses membres. Des deux manières le groupe a pu subir une dépression dans son « capital-vie »⁸.

Les sujets de droit dans ce type de société sont toujours des groupes, qu'ils soient en position de créanciers ou de débiteurs. Dans le face à face continuels qui les rend associés et rivaux, ils veillent sur le maintien de leur capital-vie les uns par rapports aux autres.

Le groupe lésé peut obtenir une réparation de deux manières : en réclamant une compensation symbolique composée de biens valorisés ou en recourant à des actes violents, ce que l'on appelle la vengeance.

Au début du XX^e siècle, l'école évolutionniste pensait que la vengeance constituait à elle seule un stade archaïque précédant le stade des « compositions volontaires »⁹. Ce point de vue doit être abandonné : vengeance et réparation symbolique peuvent former un système synchronique et complémentaire. Les groupes ont alors une option entre les deux voies, et lorsque la deuxième est choisie les victimes peuvent toujours revenir à la première si leurs débiteurs n'exécutent pas leur obligation. La menace de la vengeance agit comme une épée de Damoclès qui assure le bon déroulement des remises de compensation.

sans connaître le système du « prix du sang », connaissent d'autres compensations : le transfert aux victimes d'une femme en mariage, la remise d'un jeune garçon à initier, enfin le combat rituel jusqu'au premier sang de l'agresseur. Toutes ces formes, conçues par les autochtones comme plus douces que la vengeance, supposent, comme le transfert d'un *wergeld*, un accord entre les parties, cf. « Le droit aborigène australien » in *Droit et Cultures* n° 27, Paris 1994 ; *Des dons et des dieux*, 2^e édition, Errance, Paris, 2006.

⁷ L. LUCIEN LEVY-BRÜHL, *Le surnaturel et la nature dans la mentalité primitive*, Paris, Alcan/Puf, 1931.

⁸ Nous renvoyons sur cette notion à l'article classique de Raymond VERDIER, « Le système vindicatoire, Esquisse théorique », *La Vengeance T. 1*, Paris, Cujas, 1980. Sur les conceptions des Indiens d'Amérique du sud, on pourra lire : Catherine ALES, *Yanomami, l'ère et le désir*, Paris, Karthala, 2006, pp. 286 sq. ; Philippe DESCOLA, *Les lances du crépuscule*, Relations Jivaro, haute Amazonie, Paris, Plon, 1993.

⁹ Cf. R. GARRAUD, 3^e éd., *Traité théorique et pratique de droit pénal français* T.1, Paris, 1911 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, pp. 420 sq.

Encore faut-il que les groupes concernés choisissent la voie du règlement pacifique. Ceci se réalise dans cinq occurrences (éventuellement cumulables) :

1 – *Si les groupes en conflit sur un point sont très liés par ailleurs.*

Ce cas très fréquent se rencontre quand les groupes sont solidarisés par des intermariages, des alliances militaires, des liens de voisinage ou la participation à des rituels communs et que de ce fait ils désirent conserver de bons rapports.

2 – *Quand il existe des médiateurs.*

Un conflit se déroule rarement entre deux groupes sociaux complètement séparés. Des tiers, proches par leur résidence ou liés aux deux parties ont intérêt à faciliter une issue négociée pour rester loyaux et en paix avec tous leurs partenaires¹⁰. Des anciens, des hommes de « respect », ceux qui cherchent à étendre leur influence (comme les *Big Men* de Mélanésie) trouvent aussi dans les entreprises de médiation l'occasion de confirmer ou d'accroître leur autorité (c'est le cas chez les *Wayuu*).

Il peut exister encore des intermédiaires religieusement qualifiés. Une famille offensée peut renoncer à la vengeance de sang, sans déshonneur, si elle cède seulement aux démarches du représentant des valeurs religieuses. Ce cas est très bien documenté avec le « prêtre à peau de léopard » chez les *Nuer* du Soudan et le « chérif de la baraka » chez certains berbères (*Iqar'iyens*) du Rif marocain¹¹.

3 – *Lorsque l'honneur n'est pas surévalué.*

Dans certaines sociétés les individus valorisent l'honneur plus que tout. Ils peuvent même rechercher systématiquement les occasions de le capitaliser, à travers provocations et défis¹². Ces sociétés se tourneront plutôt vers la vengeance, mais il faut ajouter qu'au bout d'un certain temps, du fait de la lassitude, les deux groupes en conflit peuvent chercher à conclure un accord de paix sur la base du calcul d'une réparation équitable. En Nouvelle Guinée, par exemple, on finit par établir un compte des violences de part et d'autre et l'on compense le déséquilibre éventuel dans les exactions par des réparations symboliques¹³.

4 – *Si l'homicide est manifestement accidentel.*

Contrairement à ce qu'affirment un certain nombre d'auteurs anciens, beaucoup de sociétés traditionnelles distinguent l'accidentel et le volontaire dès lors que des valeurs religieuses ne sont pas en cause. Les accidents de chasse par exemple ne sont pas compensés par des vengeances mais par des réparations négociées¹⁴.

¹⁰ Dans une étude classique portant sur les Tonga de Zambie, E. COLSON a montré que l'enchevêtrement des obligations (*entanglement of claims*) des tiers vis-à-vis des deux parties en conflit les amène à multiplier leurs offres de médiation, « Social Control and Vengeance in Plateau Tonga Society », *Africa* 23, 3, 1953, pp. 199-212.

Chez les Bédouins de Cyrénaïque, les allégeances croisées conduisent aux mêmes effets, E. L. PETERS, « Some Structural aspects of the Feud among the Camel-Herding Bedouin of Cyrenaica », *Africa* 37, 3, 1967, pp. 261-282. Dans une société comme celle des *Yanomami* du Venezuela qui ne connaît pas la réparation mais la seule alternative rétorsion/armistice, C. ALES note que : « Généralement une personne évite d'avoir à attaquer des parents ou des affins, elle tente aussi de les protéger des intentions vindicatives de ses propres pairs. Ces personnes entretenant de proches relations avec les deux côtés du conflit sont celles qui amèneront petit à petit à un retournement de la décision d'attaquer et qui réussiront donc à calmer les hostilités », *op. cit.*, pp. 285-286.

¹¹ E. E. EVANS-PRITCHARD, *Les Nuer*, Paris, Tel, 1994 ; R. JAMOUS, *Honneur et Baraka. Les structures sociales traditionnelles dans le Rif*, Paris, MSH, 1977.

¹² C.H. BRETEAU et N. ZAGNOLLI, « Le système de gestion de la violence dans deux communautés méditerranéennes : la Calabre et le Nord-Est constantinois » in *La Vengeance*, *op. cit.* pp. 43-73.

¹³ M. PANOFF, « Homicide et vengeance chez les Maenge de Nouvelle Bretagne », *op. cit.*, T2, p.141-161 ; D. DE COPPET. « Cycle de meurtres et cycle funéraires : Esquisse de deux structures d'échange » in J. Pouillon et P. Maranda (éds.), *Echanges et communications. Mélanges offerts à Claude Lévi-Strauss*, II, Paris-La Haye, Mouton, p. 759-871.

¹⁴ G. COURTOIS, « L'involontaire dans les coutumes subsahariennes » in *La vengeance. Le face à face victime / agresseur*, Paris, Autrement, 2004.

5 – Si le groupe offensé est trop faible pour envisager une rétorsion violente.

L'option possible entre les deux voies ne se conçoit que si les partenaires du conflit sont des groupes solidaires suffisamment cohérents et étendus pour être capables de revendiquer par leur propre force le droit à réparation qui leur est reconnu par la coutume.

II. LE CAS DES WAYUU

Les *Wayuu*, supposés plus de cent mille, forment la plus vaste des sociétés indiennes de l'Amérique du Sud. Ils habitent une péninsule de seize mille km² appelée la *Guajira* partagée entre la Colombie et le Venezuela qui n'en possède qu'un cinquième mais où vit la moitié de la population. Leur terre semi-désertique, battue par les alizés de l'Atlantique voit alterner neuf mois de sécheresse et trois mois de saison des pluies. Ce sont des pasteurs semi-itinérants qui vivent en habitat dispersé. Chaque groupe local rassemble de quelques dizaines à quelques centaines de personnes éparpillées sur un large espace. Ces groupes qui partagent les mêmes points d'eau s'unissent selon une logique matrilineaire autour de frères, de sœurs et de leurs descendants. Il s'agit d'une société « segmentaire », sans état qui depuis le seizième siècle (date de nos premières archives) règle ses conflits sans recours aux tribunaux de l'état colombien¹⁵.

L'application de la constitution colombienne de 1991, saluée comme une des plus favorables du continent à l'autonomie juridique des indiens, n'a pas encore modifié sensiblement le système *wayuu* de règlement des conflits. Toutefois la péninsule de la *Guajira* connaît depuis quelques décennies une évolution socio-politique beaucoup plus dangereuse pour l'ethos *wayuu*. La zone frontalière est désormais soumise à la violence des contrebandiers, des trafiquants de drogue, des militaires, des paramilitaires, des jeunes indiens ou des métis devenus délinquants. « Le centre de la péninsule se dépeuple progressivement... Chaque famille a en quelque sorte un centre dans la péninsule et une antenne en ville. Les *Wayuu* deviennent des « Indiens à camion ». Ceux qui ont abandonné le pastoralisme vont fréquemment à Maracaïbo - deuxième ville du Venezuela, située à une centaine de kilomètres - pour pratiquer la contrebande, trouver des emplois provisoires ou visiter leur famille. Près d'un quart des *Guajiros* y vit actuellement ou bien dans des localités de cette région pétrolifère. D'autres enfin, surtout les hommes, partagent leur temps entre la péninsule et les haciendas où ils travaillent comme ouvriers agricoles saisonniers »¹⁶.

Malgré ces nouvelles tendances préoccupantes, la culture traditionnelle reste puissante. Les éléments sur lesquels nous allons nous appuyer sont assez récents et restent proches de ce que les autochtones appellent la *sükuaïtpa wayuu*, la coutume *wayuu*. Nous allons voir comment celle-ci assure le règlement des offenses les plus graves.

1 – Les incriminations *ainjarrá*

¹⁵Dans une bibliographie déjà abondante nous renvoyons à : ARMSTRONG, John M. et Alfred METRAUX, « The Guajiros » in *Handbook of South American Indians*, Bureau of American Ethnology, Bulletin of Smithsonian Institution, 143, 1948; Jean-Guy GOULET, *El universo social y religioso guajiro*, Maracaïbo, Biblioteca Corpuzulia, 1977 ; Weidler GUERRA CURVELO, *La disputa y la palabra. La ley en la sociedad Wayuu*, Ministerio de Cultura de Colombia, Bogota, 2002 ; Marcela GUTIERREZ QUEVEDO, *Le règlement des conflits chez les Wayuu*, Thèse en préparation à l'Université d'Artois, soutenance prévue 2008 ; Richard ARNOLD MANSÉN, *Dispute Negotiations among the Guajiro of Colombia and Venezuela : Dynamics of Compensation and Status*, Chicago, University of Illinois, 1988; Michel PERRIN, « La raison du plus fort est souvent la meilleure...Justice et Vengeance chez les indiens guajiros » in *La vengeance* T. 2, R. Verdier (éd.), *op. cit.*, 1980; François-René PICON, *Pasteurs du Nouveau monde*, Paris, MSH, 1983 ; « From Blood Price to Bridewealth. System of Compensation and Circulation of Goods among the Guajiro Indians », in *The Anthropology of Tribal and Peasant Pastoral Society*, U. Fabietti and P.C. Salzman (eds), Pavia, Collegio Ghilieri, 1996 ; Benson SALER, « Wayuu » in *Los aborígenes de Venezuela*, Caracas, Fundacion La Salle, 1986 ; F. A.A. SIMONS, « *An Exploration of the Goajira Peninsula, U.S. of Colombia?* », in *Proceedings of the Royal Geographic Society*, 7, 1885.

¹⁶ Nous empruntons cette description à Michel PERRIN, un des meilleurs connaisseurs du chamanisme *wayuu*, *Les Praticiens du rêve*, 2^e édition, Paris, 2001, p.26.

Les *Wayuu* regroupent ces offenses sous le vocable *ainjarrá* que l'on traduit par crime, les plus courantes étant : l'assassinat, l'incendie, l'adultère, l'inceste, le viol, le vol de bétail, la profanation des morts. Lorsqu'un fait de ce genre est constaté, la famille de la victime, une fois son enquête effectuée, se réunit et évalue au vu de la coutume et des circonstances concrètes de l'affaire la valeur réparatrice qu'elle s'estime en mesure d'exiger du coupable et de sa parenté¹⁷.

2 – L'intervention d'un *piütchipü'ü* ou *palabrero*

Les victimes ne font jamais connaître par elles-mêmes leurs revendications. Elles sollicitent un tiers qui les aide à mettre en forme leur requête et sera chargé de la présenter à leurs adversaires. Le rôle de ce *palabrero* se situe entre celui du pur intermédiaire, simple porte-parole et celui d'un authentique médiateur qui dans le courant des négociations peut avancer des propositions de conciliation, mais qui en toute hypothèse reste étroitement contrôlé par les parties.

Ces tiers sont des chefs de famille qui connaissent bien la coutume et manient avec une grande sûreté la langue *wayuu*. L'office qui leur est imparti est périlleux. Si leur intervention se termine par une paix reconnue, leur statut augmente, si elle n'empêche pas les rétorsions violentes, il baisse.

Le *palabrero* porte la demande à la famille concernée qui est représentée par son chef. Il peut faire de nombreux aller-retour entre les familles, pendant plusieurs semaines ou même quelques mois. Au cas où il n'aboutit pas, la coutume autorise le recours à la violence, mais même dans ce cas, après des exactions de part et d'autre, il faudra envoyer un tiers pour faire une balance des méfaits et solder les comptes en usant de la logique réparatrice.

Le recours à des médiateurs n'est pas dû à une rationalisation récente des procédures *wayuu* mais fait partie des fondements mythiques de leur coutume ; au sortir d'une époque de violence le héros culturel *Maleiva*, chargea l'oiseau *Utta* d'être le premier *palabrero* entre les *wayuu* ; d'autres animaux lui succédèrent dans ce rôle. Les hommes d'aujourd'hui sont leurs successeurs et leurs imitateurs. Cette question religieuse n'est pas un détail pittoresque, elle signifie que l'obligation de suspendre la violence - s'il se peut - prend sa source dans ce que les *Wayuu* respectent le plus¹⁸.

3 – La nature et le montant des réparations

On doit distinguer quant à la nature des biens qui rentrent dans les compensations si l'on se situe dans les cas graves ou non. Pour les premiers, trois types de biens sont sollicités : a) le bétail valorisé : bovins, chèvres et moutons, chevaux, mules expérimentées ; b) les biens de prestige : colliers de corail ou d'or et objets archéologiques. Ce sont des trésors de famille qui ne circulent que pour les compensations, pour meurtre ou matrimoniales ; c) l'argent colombien ou vénézuélien. Pour les cas peu graves on se contentera de biens sans prestige : volailles, métrages de toile, ustensiles de cuisine.

La coutume ne reconnaît pas l'égalité juridique des *Wayuu*. Le prix du sang légitimement exigible varie donc selon la « valeur » des individus et celle de leur famille utérine. Les groupes *wayuu* sont hiérarchisés et le mythe fondateur légitime l'inégalité entre les clans. Néanmoins il existe une certaine fluidité de la hiérarchie sociale qui n'est pas figée en statuts définitifs. Dans les négociations le *palabrero* devra donc argumenter pour établir ou contester les éléments qui peuvent valoriser un individu par rapport à un autre. Les éléments pris en considération dans les discussions sont la richesse et le prestige passé ou présent de la victime et/ou de son groupe d'appartenance¹⁹.

Il nous manque encore des études portant sur des dénombrements importants de compensations en vue d'établir une sorte de code de prix du sang où les différentes offenses seraient évaluées comme dans un *pactum legis salicae* guajiro. Néanmoins nous connaissons quelques dizaines de cas qui permettent déjà de se représenter l'importance des réparations demandées et acceptées. On en trouvera ci-dessous quelques exemples.

Homicide :

¹⁷ Jean-Guy GOULET, *op.cit.*, p. 201

¹⁸ Weidler GUERRA CURVELO, *op. cit.*, pp. 127-134.

¹⁹ Benson SALER, « Principios de compensacion y el valor de las personas en la sociedad guajira », *Montalban*, 17, 1986.

Cas 1 – En 1880, au cours d'une beuverie, un homme est tué par un coup de fusil. Les deux parties étant pauvres, de matrilignages distincts mais de même clan, la compensation acceptée fut relativement basse : quatre bœufs, deux chevaux, quatre colliers de *tuuma* (une pierre rousse précieuse) et quatre ceintures de perles noires, payées en deux fois à intervalle de six mois²⁰.

Cas 2 - En 1975 une compensation payée aux parents d'un mort appartenant à un matrilignage moyen fut de cent bovins et cinquante mille bolivars vénézuélien (environ neuf mille cinq cents euros)²¹.

Cas 3 - A la même époque, on relève pour un cas semblable, un montant de cent bovins plus, en pesos colombiens, une somme permettant d'acheter une voiture²².

Dans les cas d'homicide par arme à feu, la première chose qui doit être donnée aux parents de la victime est l'arme qui a tué. Ce geste signifie d'une part que l'on reconnaît sa dette et que l'on est prêt à payer, mais plus profondément l'arme est liée désormais au défunt. Les victimes estiment devoir la conserver parce qu'elle porte des traces du mort, une partie de sa vie, des éléments de son âme qui continuent d'exister dans le canon. Cette pensée de la « participation » au sens de L. Lévy-Bruhl n'est pas localement un archaïsme. Elle est d'introduction récente et se rencontre désormais dans la majeure partie de la *Guajira wayuu*²³.

Viol de femme mariée :

Cas 4 - Dans une affaire qui remonte à trois décennies, un mari (et non son épouse) obtint trois vaches, vingt chèvres et un collier d'or.

Blessures entre mari et femme :

Cas 5 -Un montant moyen peut être de : douze chèvres, un âne, vingt poulets, cinq litres de rhum, un collier d'or et quinze bolivars vénézuéliens (somme symbolique).

Accident de la route :

Cas 6 - Dans une affaire des années 90, un *Wayuu* eut une jambe cassée dans une collision avec une automobile conduite par un Colombien. On réclama à celui-ci : trois vaches, six colliers d'or et l'équivalent de deux euros.

4 - Le rassemblement et la distribution de la compensation

Il faut souvent plusieurs semaines pour réunir tous les biens inclus dans la compensation, d'autant plus que l'individu directement responsable n'y concourt qu'en partie. C'est seulement grâce à la solidarité familiale que l'on peut atteindre les montants très élevés qui sont demandés. Seront sollicités principalement les parents maternels (*apüshii*) et à un moindre titre le père et les parents utérins du père (*upayuu*) voire quelques personnes extérieures comme des amis prestigieux qui trouvent là l'occasion de se faire des obligés. Cette collecte suppose d'aller visiter (quelquefois d'un bout à l'autre de la péninsule) et convaincre les personnes dont on attend le soutien.

La distribution de la compensation obéit à plusieurs règles.

a) Le Père et les parents utérins du père de la victime reçoivent une faible part du montant (appelée « prix des larmes ») mais elle symbolise le sang perdu par la victime. La théorie *wayuu* de la procréation suppose en effet que le père donne le sang à l'enfant et la mère la chair. Le père et sa parenté (maternelle seulement) recevront donc une part de la compensation qui représente ce sang.

²⁰ F.A.A. SIMONS, *op. cit.*, p. 791.

²¹ M. PERRIN, *op. cit.*, p. 169-170.

²² Weidler GUERRA CURVELO, *op. cit.*

²³ *Op. cit.*, p.183.

b) Les parents maternels de la victime (parents de la « chair ») reçoivent la majeure partie du montant²⁴. L'examen d'un cas relevé en Haute *Guajira* dans les années soixante dix (XX^e siècle) nous permet de concrétiser ces pratiques de partage :

Cas 7 - Un paiement pour l'homicide d'une femme par son mari comprenait les biens suivants : cinq vaches, un cheval, deux cents chèvres, dix colliers et mille bolivars vénézuéliens (de l'époque).

Du côté des *upayuu* (père de la victime et parents maternels du père) : le père reçut une part des colliers ; le fils de la fille de la sœur de la mère du père, une autre part, c'est lui aussi un maternel du père (lié à la victime au sixième degré selon le droit civil). Du côté des parents maternels (*apüshü*) de la victime, la soeur germaine reçut des colliers, puisque dans ce système matrilineaire (avec une inflexion patrilinéaire qui s'en tient au père biologique) elle fait partie des parents maternels ; deux autres maternels reçurent la partie la plus importante : le fils de la sœur de la mère de la mère de la victime (son parent au cinquième degré) obtint la moitié des chèvres et mille bolivars ; le fils de la sœur de la mère de la victime (son cousin germain) reçut : les cinq vaches, le cheval, la moitié du troupeau de chèvres et le reste des colliers²⁵.

c) La victime directe (quand elle survit) ne reçoit jamais de réparation. Toute la compensation est distribuée entre les membres de sa famille. Son seul profit est la reconnaissance de sa valeur mesurée par le soutien de sa famille. La victime ne doit même pas voir les animaux de la compensation et encore moins les manger.

Pourquoi ces interdits qui ont la force d'un véritable tabou ? On peut faire deux observations à ce sujet. Le sang ou la chair qu'elle a perdus ne lui appartiennent pas en propre mais à sa famille qui est la vraie créancière de l'obligation de réparer²⁶. D'autre part les animaux qui ont été payés sont les représentants de son être et les consommer serait comme un acte de cannibalisme²⁷.

5 – L'avenir de la coutume wayuu de règlement des conflits.

Depuis le début du XIX^e siècle les états de Colombie et du Venezuela ont essayé d'assimiler leurs groupes indiens dans le cadre juridique de l'état-nation. Cette politique a échoué en ce qui concerne les *Wayuu*. De plus, depuis le début des années soixante un grand mouvement indigéniste indien s'est affirmé dans toute l'Amérique latine. Cette lutte a abouti à ce que tant la Colombie (en 1991) que le Venezuela (en 1999) se dotent de constitutions qui se proposent de respecter l'autonomie juridique de leurs différents peuples indiens. L'article 246 de la Constitution colombienne dispose ainsi que : « Les autorités des peuples indigènes pourront exercer des fonctions juridictionnelles à l'intérieur de leur territoire communautaire, en conformité avec leurs propres normes et procédures, à condition qu'elles ne soient pas contraires à la Constitution [et aux droits de l'homme] ». Une procédure, celle de « l'action de tutelle » est

²⁴ Ce système qui minorise la parenté paternelle se retrouve avec encore plus de relief lorsque aucun accord ne peut avoir lieu. Dans ce cas les expéditions de vengeance qui sont entreprises n'attaquent jamais le père de l'agresseur. Comme le dit une informante : « Si quelqu'un tue un *Wayuu*, son père n'est pas visé dans la vengeance parce que sa chair est autre que celle de son fils et il n'est pas tenu non plus de le défendre. Au contraire l'oncle maternel (de l'agresseur) est lui au premier plan dans les deux cas » cf. Jean-Guy GOULET, *op. cit.* pp. 220-221.

²⁵ *Op. cit.*, p. 232.

²⁶ Dans le même sens on dit que celui qui se blesse lui-même doit verser une compensation à son père et à la parenté maternelle de celui-ci (ses *upayuu*). Cette règle est tombée un peu en désuétude mais elle survit au moins comme marque de politesse. Autrefois elle était plus contraignante, comme le relève M. PERRIN, *op. cit.*, p. 169, citant l'auteur d'un court mais important article qui rapporte le cas d'un homme riche qui s'était coupé : « Il donna six moutons et un petit baril de rhum aux parents de son père (ses *upayuu*) qui le burent en invitant les parents de la mère de la victime (ses *apüshü*), et des voisins et des amis en signe de courtoisie » cf. Vincenzo PETRULLO, « Composition of torts in Guajiro society », in *Publications of the Philadelphia Anthropological Society, vol. 1, 25th Anniversary Studies*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1937.

²⁷ V. GUTIERREZ DE LA PINEDA a remarqué lui aussi l'association très forte faite par les *wayuu* entre une perte de sang et les animaux reçus en compensation. Il mentionne à ce sujet le paiement qu'un homme fait aux parents de son épouse quand naît leur premier enfant : « La mère ne peut manger la chair des animaux donnés en raison de la peine qu'elle a endurée pendant qu'elle était enceinte, et du sang qu'elle a perdu dans l'accouchement, parce que ces animaux représentent un paiement pour quelque chose d'elle-même. Si elle les mangeait se serait comme si elle consommait sa propre chair » in « Organización social en la Guajira », *Revista del Instituto Etnológico Nacional* 3 (2), 1950, p. 113. Sur l'ensemble de ce problème et des rapprochements avec l'attitude des *WAYUU* à l'égard des cadeaux en général, voir Jean-Guy GOULET, *op. cit.*, pp.202-204.

chargée de décider cas par cas ce qui est admissible ou non au regard des droits de l'homme, avec des recours possibles jusqu'à la Cour constitutionnelle.

Les problèmes ardues de la survie des coutumes sont donc transférés au judiciaire. A l'heure actuelle on peut dire que la magistrature aborde ces questions avec le souci de rejeter le moins possible de coutumes. Les décisions du tribunal suprême sont d'ailleurs prises avec des assesseurs qualifiés en anthropologie.

Bien que rien de définitif en cette matière ne soit acquis, on peut faire les prévisions suivantes. L'état colombien ne va pas chercher à éradiquer les pratiques *wayuu*, d'autant que celles-ci fonctionnent le plus souvent silencieusement, à l'abri des regards des pouvoirs publics et surtout parce qu'elles maintiennent une certaine pacification des conflits dans la *Guajira*. Néanmoins, la pratique avérée en Colombie comme ailleurs du « forum shopping » pousse l'état à intervenir, d'autant que les *Wayuu* se différencient lentement entre ceux qui sont tournés vers la tradition et ceux qui se veulent modernes ce qui entraîne une cacophonie de normes.

Le moment actuel me semble plutôt caractérisé par un recours aux paix privées négociées à l'ancienne mais avec des *palabros* qui, ou bien ont l'aval des autorités administratives chargées des affaires indiennes (en l'espèce le Secrétariat des affaires indiennes du département de la *Guajira*), ou bien font enregistrer administrativement les accords qu'ils ont pu mener à bien.

Durant les années 1992-1994, le Secrétariat qui siège à *Riobacha (Guajira)* est intervenu dans 223 affaires graves entre *Wayuu* : homicides, vols de bétail, contestations de propriété, dettes, accidents de la circulation, agressions sexuelles, différents conjugaux, profanations de cimetière... pour appuyer un *palabro* traditionnel ou mandater un fonctionnaire comme intermédiaire chargé de négocier une compensation matérielle traditionnelle²⁸.

CONCLUSION

Jusqu'à la deuxième moitié du XX^e siècle la coutume *wayuu* admettait une double voie de règlement des conflits : la négociation d'une paix entre parties contre compensation matérielle ou la vengeance en cas d'échec. Ce système n'était pas purement privé : le *palabro* représentait les valeurs collectives portées par la coutume et la totalité du processus appartenait au « monde commun » *wayuu* légitimé par la religion.

Depuis 1991, la *Guajira* se rapproche de la logique que notre ancien droit a connue quand les paix privées étaient confirmées par une instance judiciaire ou municipale. Dans ces deux stades on assiste à des modes originaux de complémentarité entre des aspects privés et publics de règlement des conflits.

²⁸ Sur ce mouvement Weidler GUERRA CURVELO, *op. cit.*, p. 200-202.

JEAN DANET

Avocat honoraire, Maître de conférences à l'Université de Nantes,
Laboratoire « Droit et changement social » UMR CNRS 6028.

jean.danet@wanadoo.fr

Les délits connaissent une diversification et une mise en concurrence entre divers modes de traitement qui bouleversent l'ensemble de l'édifice procédural avec l'émergence d'une phase d'orientation essentielle et encore fort peu contradictoire. Les nouveaux modes de traitement (poursuites ou procédures alternatives) dessinent pour les parties de nouvelles places, de nouveaux rôles avec, au centre de toutes les attentions, le développement de la recherche de l'assentiment du prévenu à la sanction pénale. L'analyse en est nécessaire au plan processuel avant de se pencher sur la complexité des objectifs recherchés par les parties, publiques ou privées, dans ce qu'il faut bien appeler le nouveau procès pénal. La célérité de la répression ou de ses formes atténuées est-elle en définitive le seul objectif commun à tous les acteurs ? La pacification et la réparation ne sont-ils que des objectifs secondaires ? L'examen des pratiques conduit à une réponse plus nuancée. S'ils sont ambitieux et peuvent même paraître démesurés, les objectifs de pacification et de réparation ne sont pas absents du paysage. Un paysage recomposé, autour d'une complexité nécessaire et acceptable si les moyens sont donnés à la justice de l'utiliser pleinement et d'éviter que ses dysfonctionnements ou son retard dans l'évaluation des pratiques ne rendent l'édifice trop baroque et son plan illisible pour les acteurs eux-mêmes.

Nous avons assisté depuis une dizaine d'année, à titre expérimental, puis dans la loi, enfin dans la généralisation des pratiques, à une grande diversification et mise en concurrence des modes de traitement des délits. L'objectif immédiat du « législateur² » est sans conteste d'améliorer le désormais célèbre taux de réponse pénale et, avec il faut le dire, déjà quelque succès³ même si on en est pas encore à pouvoir tout traiter et le faire sans retard. En tout cas, c'est aux parquets d'abord que l'injonction s'adresse⁴ et cette palette de réponses avec toutes ses nuances est d'abord mise à leur disposition. On ne compte pas moins, d'une dizaine de circuits procéduraux principaux pour traiter des délits.

¹ Communication à la journée d'étude organisée par le Centre d'histoire judiciaire CNRS UMR 8025 Université de Lille 2, à Douai le 8 décembre 2006, sur le thème : « *La résolution des conflits en matière pénale entre pacification, répression et réparation* ».

² A l'initiative le plus souvent du pouvoir exécutif, mais aussi des quelques députés et sénateurs passionnés par les questions de justice.

³ « L'augmentation du taux de réponse pénale se poursuit en 2005, avec une progression de plus de trois points par rapport à 2004. Une réponse pénale a ainsi été donnée en 2005 à 77,9 % des affaires poursuivables » M. ALBERTINI, député. Cf. Rapport AN n°3363 au nom de la commission des lois sur la loi de finances 2007 Annexe n°18 enregistré le 12 octobre 2006.

⁴ Cf. pour de plus amples développements J. DANET, *Justice pénale, le tournant*, Gallimard, Folio, 2006.

DES ONZE PRINCIPALES MANIERES DE TRAITER UN DELIT

PAR LES ALTERNATIVES AUX POURSUITES	PAR L'EXERCICE DES POURSUITES
Rappel à la loi	Ordonnance pénale
Classement sous condition	Audience en juge unique
Injonction de soins et orientation vers une structure sanitaire, sociale ou professionnelle	Audience collégiale
Médiation pénale	
Séparation de résidence et prise en charge sanitaire sociale et psychologique (infractions commises dans le cadre familial, loi du 4 avril 2006.)	Comparution immédiate (collégiale)
Composition pénale	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

Si autrefois les alternatives aux poursuites ont pu être désignées comme la « troisième voie » au-delà du choix classique entre poursuites et classement sans suite, elles deviennent bel et bien la « seconde voie légale »⁵ Au plan statistique, sur 100 affaires poursuivables en 2005, 31,5% sont traitées par les alternatives aux poursuites, y compris la composition pénale, et 22,1% sont classées sans suite tandis que 46,4% donnent lieu à poursuites. Le dépassement statistique des classements sans suite par les alternatives s'est produit en 2003⁶. Au plan de la loi elle-même, avec la loi du 9 mars 2004, le classement sans suite est devenu, une voie très subsidiaire, la troisième, qui doit être évitée si faire se peut pour toutes les affaires poursuivables⁷.

C'est donc entre les poursuites et leurs alternatives que désormais se joue une véritable concurrence. Mais c'est aussi à l'intérieur de chacune de ces voies et entre tous ces modes si diversifiés de traitement.

Ainsi, s'agissant des poursuites, la comparution immédiate dont le champ est désormais très large⁸ entre en pleine concurrence avec les modes de poursuite classiques devant le tribunal correctionnel. Certes, parmi ces circuits classiques, il en existe qui, en fonction de la gravité de l'infraction sont exclusifs (juge unique ou collégiale) mais l'alternative en cause est seconde après le choix entre la comparution immédiate et ces circuits.

S'agissant des alternatives aux poursuites, le choix existe entre le rappel à la loi, l'orientation vers une structure sanitaire et sociale, le classement sous condition de régularisation ou de réparation, la médiation et la composition pénale et ce choix sera fait par le parquet.

Enfin, la CRPC, nouveau mode de poursuite, est, elle-même, en concurrence avec la comparution en correctionnelle sur convocation par OPJ⁹, en concurrence tout aussi directe avec la comparution

⁵ Selon l'expression de M. le Procureur S. AUTAIN, Journée d'études Citoyens et justice Nantes, 19 octobre 2006.

⁶ Cf. J. P. GARRAUD, A.N. avis commission des lois N°3368 sur le projet de loi de finances 2007 enregistré le 12 octobre 2006, p. 17.

⁷ Article 40-1 du CPP.

⁸ Article 395 du CPP : emprisonnement de deux ans au moins encouru sans limite maximale depuis la loi du 9 septembre 2002.

⁹ Concurrence qui exclut d'ailleurs une mise en œuvre simultanée. Ainsi « lorsque le ministère public met en œuvre la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, il ne peut concomitamment saisir le tribunal correctionnel selon l'un des modes prévus par l'article 388 dudit code avant que le prévenu ait déclaré ne pas accepter la ou les peines proposées ou que le président du tribunal ait rendu une ordonnance de refus d'homologation » CRIM. 4 octobre 2006. La décision en cause infirme les préconisations de la circulaire du 2 septembre 2004.

immédiate¹⁰ et, bien sûr, avec la composition pénale, sa cousine, côté alternatives aux poursuites : ces deux là connaissent strictement le même champ d'application, exceptions comprises.

Je voulais commencer par rappeler cette situation car elle est évidemment assez nouvelle. Elle me permet de souligner d'emblée l'importance de la phase d'orientation du dossier, c'est-à-dire ce moment où le parquet fait le choix du circuit. Plus la palette est large, plus ce choix a d'importance. Il marque le pouvoir du parquet, face aux parties privées, victimes comprises, qui dans la plupart des cas en matière de délit et sauf domaines spécifiques ne mettent pas en mouvement l'action publique. Cette phase d'orientation est confiée au parquet et gérée nous le savons aujourd'hui sous la forme, assez nouvelle elle aussi, du traitement en temps réel. Elle échappe à tout véritable débat contradictoire entre partie publique et partie(s) privée(s).

Certes s'agissant de la CRPC, la loi prévoit¹¹ que le choix du procureur peut résulter de la demande de l'intéressé ou de son avocat, mais sans échange direct à ce sujet. Ce qui sera proposé au prévenu, ce sera le résultat d'un choix d'orientation du parquet à prendre ou à laisser. Tout juste peut-on à la marge signaler une situation dans lesquelles se repère une organisation de la contradiction de la phase d'orientation concernant les délits : en matière de délinquance organisée¹², mais on est là sur des hypothèses tout à fait spécifiques. Pour autant, même s'il n'est pas prévu, rien n'interdirait un débat contradictoire entre le parquet et l'une ou l'autre des parties privées sur l'orientation du dossier. Ce qui le rend infiniment improbable aujourd'hui, c'est l'absence effective de défense durant la phase de garde à vue, sa méconnaissance du dossier à ce stade. Le seul débat d'orientation se tient donc entre la police et le parquet au téléphone. C'est tout l'inverse d'un débat contradictoire.

Encore faut-il ajouter une donnée importante : pour la composition pénale, la crainte d'une perte de temps a fait préférer faire demander au suspect ce qu'il penserait d'une telle procédure et sans que sa réponse ne l'engage s'il serait plutôt disposé à une telle orientation¹³. La circulaire du 2 septembre 2004 préconisait de recourir au même système pour la CRPC, en proposant même des modèles de procès verbaux. Elle a été sur ce point annulée par le conseil d'Etat qui a constaté qu'une telle pratique ne respecterait pas les garanties instituées par la loi pour recueillir le consentement de l'intéressé à la procédure.¹⁴

On voit donc que, d'une part, la diversification des modes de traitement des délits multiplie les places, les rôles des parties sans que pour autant les parties privées ne soient véritablement acteurs de la phase d'orientation et que, d'autre part, elle complexifie les objectifs que les acteurs du procès pénal peuvent poursuivre. Cette observation faite, je voudrais maintenant examiner devant vous deux points : tenter de définir un peu plus ce que sont certaines des nouvelles places et nouveaux rôles proposés aux mis en cause dans les nouveaux modes de traitement des délits aujourd'hui et ceci, qu'on se situe avant poursuites ou non, en tentant d'apprécier la lisibilité du dispositif. Examiner ensuite sur d'autres exemples de ces nouveaux modes de traitements, quelle place prend ou peuvent y prendre les objectifs de réparation et de pacification, ce qui nous amènera à envisager en même temps la place faite aux victimes.

I - LES PERSONNES MISES EN CAUSE INVITEES À DE NOUVELLES PLACES, DE NOUVEAUX ROLES.

Comment peut-on, sans forcer le trait, définir les nouvelles places, les nouveaux rôles qui sont proposés aux personnes mises en cause ? La complexité de l'édifice législatif, mais aussi des pratiques conseillées, risque-t-elle de rendre en ce domaine, la justice pénale illisible ?

¹⁰ Cf. la circulaire du 2 septembre 2004 très explicite sur ce sujet.

¹¹ Article 495-7 du CPP

¹² Article 706-106 du CPP.

¹³ Pour la composition pénale, la pratique d'un sondage de l'intéressé par l'OPJ au temps de la garde à vue ou de l'interpellation et de l'audition s'est vite imposée afin d'éviter les erreurs d'aiguillage, à savoir l'engagement d'une composition pénale pour quelqu'un qui ne veut pas en entendre parler. Sur les questions relatives à la composition pénale, nous nous permettons de renvoyer à S. GRUNVALD, J. DANET, *La composition pénale, Une première évaluation*, Bibliothèque de Droit, L'harmattan, 2005.

¹⁴ C.E. 26 avril 2006, 6 et 1 sous sections réunies. Rec. Lebon.

A. Définir les nouvelles places et les nouveaux rôles.

La composition pénale et la CRPC, l'une « *ante* » poursuites, l'autre dans le cadre de l'exercice des poursuites, recherchent l'assentiment de la personne mise en cause aux mesures de composition ou à la peine, en un mot à la sanction proposée par le parquet. La recherche de cet assentiment présuppose une reconnaissance de culpabilité, une acceptation du mode de traitement (composition pénale ou CRPC) pour aboutir le cas échéant, à l'assentiment à la mesure ou à la peine proposée. Je choisis à ce stade de la réflexion, le terme assentiment car il me paraît avoir l'avantage de permettre un examen factuel et juridique de la situation du mis en cause que le débat sur la participation consensuelle ne permet pas nécessairement¹⁵. L'assentiment est un « mouvement de la volonté qui accède » nous dit le Littré. Le verbe assentir, vieilli, s'utilisait s'agissant d'un acte, d'une proposition. Et le dictionnaire « Trésor de la langue française » nous dit¹⁶ quant à lui que l'assentiment peut s'entendre, selon les auteurs, comme désignant plus ou moins que le consentement ; plus si l'assentiment suppose qu'on adhère aux motifs de l'action proposée, moins si on veut souligner qu'ici on ne veut pas avec (*cum*) comme dans le consentement, et l'assentiment serait alors moins volontaire et ne conditionnerait pas l'action.

Je croirais volontiers que nous sommes dans cette complexité là et que dans ces procédures, l'assentiment est à l'œuvre sous ses deux significations. Le mis en cause ne consent pas seulement à la sanction, il va devoir y adhérer, et la trouver juste au point de s'engager à l'exécuter. Mais d'un autre côté, son assentiment ne conditionne pas la sanction, car s'il ne le donne pas, ou s'il ne l'exécute pas, c'est une autre sanction qui adviendra par d'autres voies. Ou pour dire les choses autrement, le terme de contrat, qui suppose le consentement ne rend pas parfaitement compte de la situation car nous ne sommes pas en présence d'un contrat avec le parquet¹⁷. Le choix n'est pas entre contrat ou non, mais entre l'assentiment à la proposition ou des poursuites classiques. Le choix n'est pas entre l'exécution du contrat ou sa résolution en dommages intérêts, mais entre l'exécution volontaire de la sanction proposée et acceptée ou une autre sanction imposée. Ceci étant, on va le voir, le processus qui mène à cet assentiment place le mis en cause dans un rôle et à une place très nouvelle.

On ne soulignera jamais assez la profonde évolution pour ne pas dire la rupture que constitue la distinction instaurée par ces dispositifs processuels entre ceux qui reconnaissent leur culpabilité et les autres, c'est-à-dire la variété des dénégateurs (dont les motifs sont, on le sait très divers). Il y a là irruption d'un *distinguo* de type psychologique dans une procédure pénale qui jusque là l'ignorait.

Le mis en cause, dès la garde à vue, sans trop le savoir peut-être, pré-orienté la décision du parquet en reconnaissant ou non les faits. Evidemment, les motifs de cette reconnaissance ou du déni n'ont pas nécessairement à voir avec cette question de l'orientation, mais ils influent sur elle.

Le mis en cause accepte ensuite une procédure, c'est le second temps. Il n'assentira peut-être pas à la sanction mais il veut bien entendre ce qu'on va lui proposer. Il vient au rendez vous de composition pénale ou bien il écoute le procureur et sa proposition de peine en CRPC. Il n'est pas inutile de s'arrêter un instant sur ses motivations à ce stade. Sur l'exemple de la composition pénale¹⁸, nous avons pu mener une enquête auprès de mis en cause qui avaient accepté la procédure de composition pénale. Les motifs de l'acceptation de la procédure étaient processuels plutôt que pénologiques : la célérité, la discrétion (l'absence d'audience publique), le sentiment d'un traitement individualisé même là où la mesure proposée était standardisée (un entretien en tête à tête avec le délégué du procureur¹⁹). Lorsque je dis que les motifs d'acceptation étaient processuels et non pénologiques, je veux aussi dire que les mis en cause n'attendaient pas et n'avaient pas eu le sentiment d'être moins sanctionnés que s'ils avaient comparu devant le tribunal correctionnel. Ils ont d'ailleurs raison car, d'une part la multiplicité des mesures qui peuvent être proposées, ensemble, à titre de composition pénale permet une effectivité de la sanction certainement

¹⁵ Cf. X. PIN, « La participation consensuelle », dans *Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers*, à paraître Cujas.

¹⁶ Trésor de la langue française, CNRS éditions.

¹⁷ Voir sur la composition pénale l'analyse toujours éclairante du doyen Pierre COUVROT, « Contractualisation en matière pénale en général », dans *Réforme de la justice, Réforme de l'Etat*, PUF, 2003.

¹⁸ Cf. S. GRUNVALD, J. DANET, *La composition pénale, Une première évaluation*, Bibliothèques de droit, L'Harmattan, 2005.

¹⁹ *Ibidem*

supérieure à une peine de prison avec sursis et d'autre part, il a pu être observé en certaines juridictions que les juges homologuaient des mesures de composition pénale (type suspension du permis de conduire) plus sévères que les peines de même nature qu'ils choisissaient en audience correctionnelle pour les mêmes faits.

Mais pour autant, l'un des plus puissants motifs d'acceptation de la procédure de composition pénale paraît bien être le sentiment d'échapper à l'aléa de la peine et à l'inquiétude qu'il suscite. En amont d'une décision du juge, le mis en cause donne son assentiment à la mesure proposée par le procureur ou son délégué. Il espère et à raison, que cet assentiment, sauf très rare exception emportera l'homologation.

Une bonne partie de ce constat effectué sur la composition pénale est sans doute transposable à la CRPC : un traitement rapide, la dispense d'un « récit-aveu »²⁰ en audience publique avec la honte qu'il suscite²¹, une discussion individualisée en tête à tête avec le procureur et le même sentiment d'échapper à l'aléa, de « tenir plutôt que courir ».

La participation du mis en cause au règlement du conflit, via la construction de nouveaux modes de traitement des délits qu'ils se situent en amont ou non des poursuites, est donc avérée. Elle est assez subtile et mérite d'être décomposée en ses différentes phases. Mais elle n'est pas pour autant opposable à un modèle antérieur qui serait, lui, caractérisé par la passivité. Même dans les hypothèses où la culpabilité est reconnue, dès le début de la mise en cause du prévenu ou de l'accusé, dès le premier interrogatoire de garde à vue par exemple, les praticiens savent bien qu'hormis les situations de dysfonctionnement de la justice pénale quotidienne, ce qu'on appelle trivialement « l'abattage », hormis ces situations donc, l'audience correctionnelle classique et *a fortiori* celle de la cour d'assises ont toujours recherché un « récit-aveu » c'est-à-dire un récit détaillé des faits par le prévenu ou l'accusé lui-même. Le rituel judiciaire a toujours donné un relief particulier à ce moment comme à la confrontation avec la partie civile et, ce récit sert à apprécier (dans tous les sens du terme), les explications du prévenu ou de l'accusé, l'authenticité de sa reconnaissance, sa complétude, sa facilité, sa promptitude, et bien sûr l'authenticité des regrets, des promesses d'amendement et des prises de conscience qui peuvent ou non l'accompagner. C'est ce temps du « récit-aveu » qui est tellement redouté par les prévenus et qui suscite un sentiment de honte.

C'est donc bien plus le mode de participation du mis en cause qui change mais il existait bel et bien dans le rituel classique. C'est le mis en cause qui, si on le lui propose, choisit le nouveau mode de participation peut-être pour éviter tout à la fois l'abattage et ses aléas, et parce qu'il préfère l'assentiment discret à la sanction, au « récit-aveu » public dont l'effet ne lui semble pas maîtrisable.

Dans le temps qui m'est ici imparti, il n'est pas possible d'aller plus avant mais on voit bien qu'il y a là toute une réflexion à mener sur l'articulation entre participation du mis en cause et concurrence des procédures.

B. La lisibilité de l'architecture nouvelle.

Parce que le choix d'orientation est fait par le parquet dans l'urgence, c'est le traitement en temps réel, parce qu'il est effectué hors débat contradictoire, et pour servir un objectif de célérité, il n'est pas si sûr que le déploiement des outils processuels et les nouveaux rôles qu'ils impliquent comme la portée qu'il faut leur attacher soient très lisibles pour les justiciables.

Les critères de gestion des flux vont largement déterminer dans chaque juridiction, en fonction de la situation locale, l'usage qui sera fait de chaque forme de traitement des délits. Sur l'exemple de la composition pénale, nous avons pu observer des pratiques excessivement diverses dont nous avons proposé une typologie. Il n'est pas sûr que le justiciable puisse comprendre que des pratiques si dissemblables relèvent d'un même traitement. De même, en matière de CRPC, peut-on relever d'ores et déjà quelques situations a priori surprenantes : dans tel tribunal, un juge a vu récemment arriver pour validation, deux prévenus coupables de vol aggravé correctionnalisé dont un se trouvait en situation de

²⁰ Sur la notion de « récit-aveu » à notre sens fondamentale pour analyser le rôle du prévenu ou de l'accusé lors de l'audience pénale classique, cf. J. DANET, *Défendre*, 2^{éd.} 2004 Dalloz, coll. Etats de droit.

²¹ Ce seul point mériterait à lui seul de longs développements qui pourraient être menés à partir de cette phrase d'Adam Smith : « Apparaître en public sans avoir honte » que le philosophe contemporain Axel HONNETH commente en son dernier ouvrage publié en France, *La société du mépris*, La découverte, 2006.

réitération. L'absence du parquet à l'audience²² ne laisse d'autre solution au juge que de faire confiance à la défense pour lui expliquer la logique du choix d'orientation. Voici un rôle pour le moins nouveau pour elle !

Le ministère de la justice a pu lui même paraître hésitant sur la portée du nouveau rôle des prévenus et de leur défense dans la CRPC, rendant plus obscur le sens de la loi. Le législateur a certes choisi de réserver la CRPC pour le jugement de faits et de prévenus qui n'appellent pas le prononcé d'une peine maximale et il a fixé à la peine d'emprisonnement une double limite : un an au maximum et la moitié de la peine encourue²³. Mais de là, la circulaire²⁴ du 2 septembre 2004 a pu déduire que la CRPC impliquait²⁵ un « allègement de la peine » au regard de celle qui aurait été prononcée par le tribunal correctionnel « s'il était saisi par les procédures ordinaires ». Le motif de cet allègement est explicite. Il s'agit « d'inciter la personne à accepter la proposition du procureur ». Et la circulaire d'ajouter : « Cet allègement de la peine ne doit cependant pas aboutir à une sanction qui serait manifestement insuffisante au regard des faits et de la personnalité de leur auteur, ce qui serait de nature à entraîner un refus d'homologation. »

Cette conception de la CRPC qui pourrait aussi s'appliquer à la composition pénale (le législateur a exclu l'emprisonnement et même les peines au profit de mesures) ne va aucunement de soi. Elle contient même le ferment d'une justice qui peut être perçue comme arbitraire qui peut, à terme, générer de violentes critiques. L'argument invoqué pour justifier cet allègement est à notre sens profondément contestable.

Le fait que le législateur veuille réserver l'usage de la CRPC ou de la composition pénale aux traitements de faits et de prévenus d'une gravité moyenne ou faible ne signifie pas pour autant, qu'à égalité de gravité, il ait voulu distinguer les peines prononcées dans une procédure ordinaire de celles prononcées en CRPC. Or, c'est ce que la circulaire incite à faire. Pas trop, pour ne pas risquer le refus d'homologation, mais suffisamment, pour inciter le prévenu à l'acceptation, autrement dit assurer le succès de la CRPC et éviter la perte de temps ! Voici que subrepticement la gestion des flux devient source d'une inégalité des peines à gravité égale des faits et équivalence des critères d'individualisation.

Quand on se souvient de ce que la défense peut solliciter l'utilisation de la CRPC, les prévenus ont donc tout intérêt à saisir cette opportunité : en cas de réponse positive, l'allègement serait garanti ! Mais un refus du procureur prend alors figure de décision, nous disons bien de décision, de sanctionner plus lourdement le prévenu. Il est en effet exclu du circuit qui ouvre droit, à égalité de gravité, à un allègement de la peine ! Le juge, lui, est prié, à égalité de gravité et de personnalité, d'accepter l'allègement pourvu qu'il soit raisonnable, il est incité à oublier sa jurisprudence normale, et pourquoi pas féliciter l'avocat d'avoir sollicité la CRPC et le prévenu d'avoir obtenu du procureur de passer dans le circuit des « peines allégées » !

L'analyse de cette conception de la peine allégée devient franchement étonnante lorsque dans la même circulaire, le ministère de la justice bannit, au moins en théorie, l'idée d'une négociation autour de la peine en matière de CRPC. On lit en effet : « La loi prévoit que l'avocat joue un rôle de conseil... Elle ne prévoit en revanche pas de « négociation » sur la peine entre l'avocat et le procureur qui est totalement libre de choisir la ou les peines qu'il entend proposer à l'auteur des faits, sans tenir aucun compte des

²² Conformément à la possibilité ouverte par la loi du 26 juillet 2005 (article 495-9 du CPP alinéa 2 dernière phrase votée après que sous la rédaction initiale de la loi muette sur cette question et par application de l'article 32 du CPP la Cour de cassation ait rendu l'avis selon lequel le parquet devait être présent à l'audience de validation de CRPC, comme à tous les « débats des juridictions de jugement ».

²³ Cette seconde limitation ne valant donc que pour les peines encourues inférieures à deux ans. Par exemple, une peine de six mois est encourue, en CRPC, trois mois seulement peuvent être prononcés. Par contre si trois ans sont encourus, c'est la première limitation qui s'applique, un an seulement peut être prononcé en CRPC.

²⁴ La dite circulaire a depuis lors été suspendue d'application par le conseil d'Etat (Juge des référés, 11 mai 2005) sur un autre point.

²⁵ « Il résulte de la logique de la nouvelle procédure - que traduit notamment la réduction par deux du maximum de la peine d'emprisonnement encourue - que la ou les peines proposées si elles doivent évidemment tenir compte des peines que le tribunal correctionnel serait en pratique susceptible de prononcer s'il était saisi selon les procédures ordinaires, doivent être inférieures à ces peines afin d'inciter la personne à accepter la proposition du procureur ».

éventuelles observations de l'avocat ». Le propos est ferme. La suite démontre pourtant qu'on n'y croit guère. « En tout état de cause, le procès verbal de présentation²⁶ ne doit faire apparaître que la ou les peines définitivement proposées par le procureur de la République et non la ou les peines que le parquet a pu proposer dans un premier temps, avant d'être convaincu de modifier sa position ». Convaincu par qui ? Sinon par l'avocat au cours de la discussion qu'on refuse d'appeler négociation.

Il ne s'agit donc pas tant de question de principe que d'une recommandation pratique. Les parquets ne doivent pas perdre du temps avec une discussion qui les amènerait à réviser à la baisse la peine qu'ils auraient initialement proposée, au vu des arguments pertinents que l'avocat peut apporter sur la personnalité. Une telle négociation serait chronophage. Si même elle a lieu, il est inutile de perdre du temps à la reproduire sur le procès verbal. Le juge n'a pas besoin de savoir pourquoi le parquet a fait, *in fine*, telle proposition puisqu'il doit s'attendre à un « allègement » auquel on espère qu'il voudra bien souscrire. Mais le mieux, pour gagner du temps, c'est encore de précéder cette discussion. Et d'offrir d'emblée un rabais par rapport à la peine que ce fait là, commis par cet auteur là, aurait valu en cas de traitement ordinaire.

Au fond, la conception à l'œuvre relève d'une pure technique de vente : le marchandage à l'ancienne est à éviter, il fait perdre du temps, le nombre des transactions est plus essentiel que le chiffre d'affaires marginal et les responsables des entrepôts (le parquet) sont invités à consentir d'emblée un rabais sensible à ceux qui viennent à l'entrepôt plutôt qu'à la boutique (le circuit classique de la correctionnelle). La comparaison pourra sembler sévère et même cruelle, mais elle dit fortement ce qui est en cause dans une telle conception des peines allégées : toute personnalisation de la peine disparaît au profit d'une gestion inégalitaire des peines entre deux circuits procéduraux, et donc, *in fine*, d'un arbitraire. A moins de considérer que la personnalisation s'effectue dans le choix du parquet de retenir telle affaire en CRPC mais alors d'une part, il n'en rend aucun compte et nul ne sait s'il s'agit bien de personnalisation ou de gestion des flux ! Etrange négociation masquée dans laquelle la cohérence du nouveau rôle du parquet, du prévenu et de la défense reste encore à penser.

Quant à l'architecture nouvelle dans son ensemble, au bout du compte, la *summa divisio* apparente entre les deux modes de traitement des délits (les poursuites ou les alternatives aux poursuites) qui semblerait répondre à deux objectifs distincts en termes de répression, rend-elle bien encore compte de la réalité ? Ou faut-il penser une division ternaire plus complexe qui dépasse ce critère des poursuites pour prendre en compte à la fois l'importance de la réponse en termes de sanction mais aussi la nouvelle forme de participation du mis en cause ?

D'un côté nous aurions les alternatives aux poursuites sans intervention du juge, non inscrites au casier judiciaire, qui n'emportent ni mesures de composition, ni peines, mais seulement des engagements au caractère plus réparateur que contraignant et qui supposent la reconnaissance de culpabilité et l'adhésion de la personne mise en cause. A l'autre bout, les procédures de poursuites qui ne recueillent pas l'assentiment du prévenu et donnent lieu au prononcé de peines. Entre les deux, à cheval sur la frontière de l'engagement des poursuites, la composition pénale et la CRPC. Elles ont en commun 4 traits : l'exigence d'une reconnaissance de culpabilité, l'adhésion de l'intéressé à la procédure, l'assentiment à la sanction de nature pénale, et l'inscription au casier. Ici, ce n'est plus alors la seule gravité des faits qui décide de l'orientation, mais la gravité des faits et leur reconnaissance. Ce n'est plus seulement la gravité de la sanction envisagée par le parquet qui décide de l'orientation mais avec elle l'adhésion possible ou non à cette sanction.

Décidément, la participation du mis en cause à la procédure sous la forme de l'assentiment peut bien constituer une clé de compréhension, d'intelligibilité et de classement des nouveaux modes de traitement des délits.

Il n'en reste pas moins que si cette rationalité nouvelle des modes de traitement peut parfaitement s'analyser et se défendre, si la diversité des outils mis à disposition des parquets peut se justifier, répondre à des besoins distincts, sa complexité demeure difficile à saisir pour le justiciable qui procédera par comparaison et risque de vivre cette diversité comme une inégalité de traitement entre justiciables. A fortiori si l'on ajoute à tout ce qui vient d'être dit l'existence de la procédure simplifiée qui, elle, fait

²⁶ Il s'agit de la pièce de procédure qui consigne la proposition faite par le procureur qu'elle ait été acceptée ou non.

l'économie de tout débat contradictoire et se situe aux antipodes de la CRPC en termes de participation du prévenu. Cette procédure, on le sait, ne suppose pas une reconnaissance mais que les « faits soient établis » (*si*). Elle est bâtie sur l'équilibre suivant : exclusion de la peine de prison contre traitement écrit du dossier sans audience. Son champ limité (délits prévus par le code de la route, en matière de transports, certaines infractions prévues au code de commerce) évite certes en l'état des comparaisons entre des traitements trop divers pour tous les délits mais ne faut-il pas en craindre à l'avenir l'extension ?

II - PACIFICATION ET REPARATION, DES OBJECTIFS SECONDAIRES ?

Qu'en est-il dans ce nouveau paysage du traitement des délits des objectifs de pacification et de réparation ? L'acceptation de la mesure ou de la peine par le mis en cause peut évidemment concourir à un objectif de pacification. Et nul ne doute que cet objectif soit donc présent sous cette forme dans toutes les alternatives aux poursuites comme dans la CRPC.

De même, l'objectif de réparation passe par de multiples retouches faites au code de procédure pénale qu'il n'est pas question ici d'évoquer dans leur détail. Je voudrais plutôt m'attacher à répondre à ce que je crois avoir compris de la demande qui m'était faite, repérer avec vous l'intrication nouvelle des objectifs en question dans les divers modes de traitement des délits en prenant quelques exemples relatifs notamment aux mineurs²⁷. Mais en choisissant délibérément de repérer quelques formes inattendues ou en tout cas originales de ces objectifs.

A. Une réparation peut en cacher une autre.

Une remarquable évaluation de la « réparation pénale mineurs » faite auprès de plusieurs juridictions par R. Brizais, psycho-sociologue, à la demande de la fédération Citoyens et Justice fait apparaître que ce qui inquiète l'opinion selon les acteurs de terrain associés à cette coproduction qu'est aujourd'hui la sécurité, c'est « l'absence de réponse ». Et la « réparation pénale mineurs » serait une réponse sociale qui ferait coup double. Elle serait tout autant destinée à lutter contre le sentiment « d'impunité » ressenti par le corps social que contre le sentiment d'impunité du mineur.

A partir de là, la problématique de la réparation est ainsi posée : « C'est le caractère de fait pénal de la décision, imposant la mesure de réparation qui rend possible, car obligatoire la rencontre à visée éducative sur une durée de moyen terme entre un jeune « difficile/en difficulté » et un adulte référent »²⁸.

Nous saisissons bien à quoi renvoie cette réponse éducative qui n'avait pas pu être donnée dans la sphère sociale. Elle nous renvoie bien sûr à ce constat sans doute un peu général, peut-être un peu facile mais cependant largement partagé, d'un affaiblissement d'autres modes de régulation, d'apprentissage de la loi qui naguère passaient par l'éducation. Et l'on peut ajouter ici au mot éducation quelques adjectifs qui désignent ainsi les lieux, les institutions dans lesquels l'autorité se serait transformée diront les uns, affaissée diront les autres : éducation familiale, religieuse, scolaire, populaire, civique et certains ajouteront même militaire. On voit bien alors pourquoi ces actes que R. Brizais qualifie de « déviants ordinaires » doivent recevoir une réponse pénale qui se veut sociale et à visée éducative, si, ailleurs, la rencontre éducative est jugée absente.

Quels objectifs sont attendus de la « réparation pénale mineurs » ? En premier lieu, il ressort des évaluations effectuées que les effets attendus par les magistrats, c'est notamment qu'elle permette d'examiner plus attentivement la situation du mineur. La réparation est donc aussi un outil de connaissance, la mesure s'inscrit dans un champ de surveillance, et la réparation rejoint donc ici une autre

²⁷ Les développements qui suivent reprennent certaines de nos conclusions présentées sous forme d'un rapport de synthèse, lors d'une journée d'études organisée à Nantes le 19 octobre 2006 par l'association d'action éducative 44, membre de la fédération des associations socio-judiciaires « Citoyens et justice » à partir des travaux présentés par R. BRIZAIS, Psycho-sociologue, auteur d'une étude d'évaluation de certains des dispositifs mis en œuvre pour le compte du parquet par L'AAE44 et présentées également aux IX^{èmes} Rencontres organisées par la Fédération Citoyen et justice à Paris, palais de l'Unesco les 8 et 9 décembre 2005 (voir les actes sur le site internet Citoyens et Justice).

²⁸ Cf R.BRIZAIS.

temporalité dans laquelle la mesure alternative aux poursuites constitue une forme de surveillance et de connaissance du mineur par l'exécution du traitement du délit.

Si l'on se porte à la phase d'exécution de cette « réparation pénale mineurs », les réflexions de certains de ceux qui accueillent des mineurs dans ce cadre permettent de comprendre pourquoi, *in fine*, elle peut être qualifiée de réponse sociale plutôt que pénale ou, si l'on veut, pourquoi elle est une réponse sociale, via un traitement pénal. Dans le cas d'une petite commune rurale où des mineurs exécutent une « réparation pénale mineur » auprès de l'employé municipal et sous le regard attentif de Monsieur le Maire, que nous dit-on ? Les jeunes étaient déjà « connus » pour être « difficiles/en difficulté » mais en revanche, ils avaient le sentiment de ne pas être reconnus. Il n'y avait pas de lien entre les adultes, tel le maire, en l'espèce pourtant un jeune adulte, et ces jeunes. On n'a pas tant « retissé » le lien social que tissé ce lien et la réparation pénale a permis la rencontre qui n'avait pas eu lieu. Mais cette rencontre avec les adultes proches, elle devient alors la réponse sociale pérenne via les relations établies. La justice pénale a fonctionné comme un facilitateur de cette rencontre.

La « réparation pénale mineur » apparaît ici comme un outil de construction des liens en même temps qu'un outil d'observation. Le mineur y répare bien plus qu'un préjudice, il y répare, sous surveillance, son lien au monde. Pour le reste, réparation le plus souvent indirecte du dommage causé ou totalement réglée par d'autres circuits que le pénal. Mais pour autant, c'est une réparation tout de même, qui intéresse y compris la victime, car c'est précisément le risque de réitération que la victime souhaite le plus souvent voir évité et cette réparation de son lien au monde par le mineur peut aussi la rassurer.

B. Les pacifications.

Ici, je me demande s'il ne faut pas parler plutôt de pacifications au pluriel. Prenons le domaine du rappel à la loi. Il est à l'évidence très varié, ses formes aussi, depuis l'avertissement donné par le policier au temps du constat du délit (le racolage par exemple) jusqu'à des formes plus sophistiquées telle la convocation devant le délégué du procureur au palais de justice. Je voudrais m'arrêter un instant sur l'exemple de l'usage de stupéfiants, infraction à la réglementation qui échappe au schéma prévenu/plaignant. Dans certaines juridictions, en 2005, cette infraction constituait le motif de 18% des rappels à la loi mineurs. Je ne puis m'empêcher de rapprocher cette information du constat que s'agissant du cannabis, les acteurs des politiques publiques de sécurité ont bien du mal à susciter un débat et trancher de manière claire, dans un sens ou dans l'autre, la question de la prohibition de l'usage de cannabis. L'écart grandissant entre la statistique judiciaire sur les poursuites pour usage et les chiffres annoncés par les instituts officiels sur la consommation de cannabis chez les jeunes et les adultes dit tout le malaise sur la question. Réaffirmer, maintenir l'interdit autrement que par des poursuites très aléatoires, destinées disent des policiers à faire du chiffre quand il est besoin, obligerait à refonder l'interdit de manière cohérente au regard d'autres addictions ; ce qui n'est sûrement pas impossible mais qui suppose un débat collectif, un consensus politique solide. Le législateur ne s'y résout pas, laissant cet interdit apparaître comme un texte daté (1970) dépassé depuis lors dans l'esprit de très nombreux jeunes, par des législations voisines qui lui sont contraires et les poursuites aléatoires de ces infractions paraissent alors plus arbitraires encore.

Le rappel à la loi ne fonctionne-t-il pas alors comme un correctif, une amodiation, un gommage de cet aléa que des poursuites souligneraient davantage ? Il permet, espère-t-on, de refonder l'interdit à un niveau individuel quand sa refondation collective, globale, législative semble impossible ou inopportune. Le rappel à la loi va servir à expliciter les dangers de l'usage du cannabis et à tenter de « légitimer la loi ». N'est-on pas là devant la recherche d'une pacification à un niveau individuel, et au niveau des pratiques aussi, entre la loi et le mineur ? Entre un groupe social, les jeunes et l'interdit pénal ?

La procédure de médiation pénale apparaît quant à elle comme une forme de pacification très flexible.

La médiation pénale suppose l'accord des parties, parties au pluriel, pour ce traitement alternatif aux poursuites. C'est en effet le pluriel qui fait la spécificité de cet outil. Dans ce cadre, elle est finalisée et veut réparer, mettre fin au trouble, assurer le reclassement. La rétribution en moins donc, les objectifs de la sanction pénale sont là. Mais pour autant, les évaluations qui en sont faites montrent que l'objectif proposé aux parties est éminemment complexe. La médiation pénale veut aboutir à plus qu'une trêve, et

même si elle est intéressée du côté de l'auteur du délit par la recherche d'un classement sans suite. Cependant si elle est plus qu'une trêve, elle est moins qu'une réconciliation. C'est, a-t-on dit, la fin d'un « conflit ouvert générateur d'infractions »²⁹. Une conflictualité peut subsister, mais elle a été verbalisée, et là où en était peut-être même arrivé aux coups, on en vient à la discussion.

Voici donc un objectif de pacification complexe, mais les formes de la médiation pénale ne sont pour l'instant enserrées dans aucune procédure. La pratique seule en réfléchit les formes. Mais à dire vrai, elle n'est pas non plus enfermée par la loi dans une procédure précise, puisque en certaines juridictions où la composition pénale est utilisée, y compris pour les dossiers dans lesquels se rencontre une victime, des délégués du procureur « aménagent » un temps de médiation au milieu de l'entretien de proposition de composition pénale.

La procédure de médiation pénale est un outil de pacification en construction via les pratiques, et la pacification peut être recherchée par d'autres procédures que la médiation pénale *stricto sensu*. Mais la médiation n'est pas seulement une procédure visée par le code. Elle est aussi une approche de l'objectif de pacification qui diffuse dans d'autres procédures, telle la composition pénale.

En conclusion, ce qui frappe, c'est sans doute la grande flexibilité des outils que les nouveaux modes de traitement des délits offrent au parquet. Des outils dans lesquels les parties sont invitées à de nouveaux rôles parfois subtils, complexes, voire paradoxaux et qui supposent de la part de ceux qui les assistent, comme de ceux qui les reçoivent, les orientent et les jugent, un sens pédagogique qu'une justice pénale encore en crise n'est peut-être pas en mesure de favoriser. Il faudra bien un jour se rendre compte que la gestion des flux a ses exigences légitimes et qu'une justice de qualité en a d'autres. Elles ne sont pas incompatibles, mais leur coexistence est quand même affaire de moyens matériels et humains, d'organisation et d'évaluation. De savoir-faire qui soit pris en compte par l'institution et de professionnalisation.

²⁹ R. BRIZAIS.

LES AUDIENCES POUR MINEURS EN MAISON DE JUSTICE. RAPPEL A LA LOI, MEDIATION :
AU-DELA DE L'OPPOSITION PREVENTION/REPRESSION ?¹

ISABELLE COUTANT

Chargée de recherches au CNRS, ENS Paris
icoutant@jourdan.ens.fr

Les Maisons de Justice et du Droit sont issues d'initiatives locales expérimentales au début des années quatre-vingt-dix, en premier lieu dans le Val d'Oise puis en banlieue lyonnaise. Les maires attendaient de l'institution judiciaire qu'elle apporte une réponse aux petits délits jugés responsables du "sentiment d'insécurité". Les parquets ont cherché à traiter le petit contentieux pénal sans encombrer davantage les tribunaux. Implantées au sein des quartiers dits "sensibles", dans des locaux prêtés par les municipalités, encouragées par la politique de la Ville, les MJD ont affiché une double vocation : l'amélioration de l'accès au droit d'une part, le traitement pénal de la petite délinquance par des représentants du parquet d'autre part. Dans la philosophie initiale, cette activité pénale s'adresse en principe à des primo délinquants ayant reconnu les faits qui leur sont reprochés. L'existence des MJD a été officialisée en 1998 et a ensuite fait l'objet d'une politique nationale en vue de leur généralisation : en 2005, on comptait 117 MJD réparties sur l'ensemble du territoire.

La création des Maisons de Justice et du Droit, nouvelles "arènes judiciaires", apparaît dès lors comme l'une des modalités de réponse à la petite délinquance, censée dépasser la dialectique prévention / répression. La solution proposée à travers les MJD correspond à une extension de la labellisation juridique d'un certain nombre de pratiques (les "incivilités") et, parallèlement, à une extension des modalités de règlement juridique des différends (médiation et réparation). Cette solution présuppose que l'étiquetage précoce comme "délinquant" puisse jouer un rôle préventif parce que dissuasif.

Dans le cadre de cette recherche, je me suis intéressée à ce seul aspect des MJD – le traitement pénal de la petite délinquance des mineurs - laissant de côté la dimension "accès au droit" ainsi que le traitement pénal concernant des majeurs (qui inclut la médiation familiale / conjugale ainsi que les contentieux de voisinage). J'ai observé une cinquantaine d'audiences dans deux MJD de la région parisienne en juin 2000 puis de janvier à juin 2001, réalisé des entretiens avec des professionnels, des familles, des plaignants, et consulté des fiches établies par les éducateurs de la Protection judiciaire de la jeunesse.²

Dans cette juridiction, les mineurs doivent en principe être accompagnés de leurs parents. Un éducateur de la PJJ évalue la situation socio-éducative, par extension des pratiques existant au tribunal pour enfants. Les familles sont ensuite reçues par un magistrat du parquet ou, plus généralement, par un délégué du procureur qui fait un "rappel à la loi" ou, si la victime est présente, propose une médiation. En 1997, le parquet a traité 1500 procédures concernant des mineurs délinquants dont 900 en MJD. 90% des mineurs convoqués en Maison de Justice se sont présentés à l'audience. Les audiences durent en moyenne une demi-heure. Dans la grande majorité des cas, l'affaire est ensuite classée. Si le mineur est

¹ Une version plus longue de ce texte est parue sous le titre « Au plaisir de ne plus vous revoir. Les audiences pour mineurs en Maison de Justice et du Droit. » dans *Sur la portée sociale du droit. Usages et légitimité du registre juridique*, CURAPP, PUF, janvier 2005.

² Sur l'ensemble des mineurs auteurs convoqués, 90 % sont des garçons. Environ un quart sont convoqués pour recel, vol ou tentative de vol, un autre quart pour violences ou racket, un cinquième pour tags ou dégradations, les autres étant convoqués pour conduite sans permis, port d'arme, infraction à la législation sur les stupéfiants, menaces et injures.

considéré comme “ en danger ” (en danger de délinquance), notamment s’il n’est plus scolarisé, le dossier est transmis au juge des enfants en vue d’un éventuel suivi éducatif.³

C’est tout d’abord le sens des plaintes juridiques traitées en MJD que nous tenterons d’élucider. Quelles sont les attentes des justiciables vis-à-vis de l’institution ? Qui porte plainte et pourquoi ?

Nous voudrions ensuite mettre en évidence les adaptations de l’institution à ce type d’usages. Le code pénal, tout d’abord, a été adapté aux nouvelles attentes : l’index mentionne à présent les tags, le racket, et un article est apparu en 1996 pour sanctionner l’intrusion dans un établissement scolaire. Mais ce n’est pas la seule dimension illustrant les évolutions de l’institution : le travail effectué en MJD tel que nous l’avons observé témoigne d’une forme d’adaptation à ces usages du droit dans laquelle l’écoute des justiciables et la pédagogie du droit peuvent occuper une place prépondérante. Cette évolution se heurte cependant aux réticences d’une partie des magistrats. Elle est aussi contrecarrée par une approche plus proche du “ traitement en temps réel ” davantage influencée par la logique policière.

Enfin, dans une dernière partie, nous soulignerons l’un des effets indirects de cette adaptation de l’institution concernant les parents des mineurs mis en cause : certains parents, notamment les pères immigrés et les mères célibataires, se heurtent, de la part de la justice, à des injonctions contradictoires. La MJD offre alors une focale particulièrement fructueuse pour penser les relations entre les familles socialement fragiles et les injonctions normatives sous tendues par le droit.

PLAINTE SOCIALE ET PLAINTÉ JURIDIQUE

L’observation d’audiences en MJD et les entretiens réalisés postérieurement suggèrent que la Maison de Justice est une “ caisse de résonance ” des rapports entre les classes moyennes, la classe ouvrière “ stable ”, “ intégrée ” d’un côté et les fractions précarisées des classes populaires. A travers les conflits abordés en Maison de Justice, il est aussi (et peut-être avant tout) question d’identités sociales.

1. Déstabilisation des classes populaires et recours au droit.

Au sein des classes populaires⁴, les conflits se géraient traditionnellement davantage par une imposition pratique des normes que par la mobilisation du droit. C’était aussi la logique de l’“ honneur ” qui incitait à ne pas porter plainte, ne pas dénoncer. La distinction repérée par Hoggart entre “ eux ” et “ nous ” séparait les classes populaires dans leur ensemble des autres groupes sociaux : dans cette perspective, la Justice appartenait au monde des “ autres ”. Il n’en demeure pas moins que les classes populaires sont loin d’être homogènes. C’est notamment ce que montraient Norbert Elias et J. L. Scotson en appliquant la configuration “ marginaux – établis ” à une communauté ouvrière anglaise des années cinquante : dans le monde ouvrier, il y a les “ établis ”, les classes populaires “ respectables ”, celles qui tentent d’imposer leurs normes à l’ensemble du groupe. Et il y a les “ marginaux ” dont la stigmatisation sert la cohésion des “ établis ”. (Elias & Scotson, 1997).

Depuis la fin des années soixante-dix, la précarisation des classes populaires et la déstructuration du groupe ouvrier conduisent, particulièrement dans les cités, à une déstabilisation de la configuration “ marginaux – établis ” propre aux classes populaires. Précarisé, le groupe “ établi ” perd de la cohésion qui faisait sa force. Ne parvenant plus à imposer ses normes dans la pratique, il a recours au droit pour les réaffirmer. Le recours au droit semble alors signaler l’échec de la régulation pratique des litiges et une modification de l’équilibre des tensions entre “ établis ” et “ marginaux ”, un renversement du rapport de forces entre les uns et les autres.

Lorsque l’audience confronte des mineurs à d’autres mineurs, en cas de violences par exemple, on s’aperçoit ainsi que l’ensemble des remarques et des provocations qui sont à l’origine des altercations -

³ De janvier à mars 1999, sur 72 entretiens, 9 débouchent sur une proposition d’IOE (investigation d’orientation éducative visant à évaluer la nécessité d’un suivi éventuel), 6 autres mineurs étant par ailleurs déjà suivis sur le plan éducatif.

⁴ Nous reprenons ici l’acception de Hoggart (1970 : 31) qui y inclut une partie des “ classes moyennes inférieures ”, notamment les employés.

même si elles paraissent à première vue anecdotiques - expriment souvent des tensions liées à des positions différentes dans l'espace social (jeunes appartenant aux fractions supérieures des classes populaires *versus* "jeunes de cités"). Et, tendanciellement, les parents qui portent plainte sont des parents qui aspirent à la réussite scolaire pour leurs enfants, dans une perspective de mobilité sociale ascendante. Ce constat ne signifie pas qu'en dehors de ce type de cas, il n'y aurait pas de violences entre jeunes. Il suggère seulement que le droit n'est pas toujours mobilisé par les familles. Les fractions les plus précaires des classes populaires en particulier apparaissent rarement comme "plaignantes" en Maison de Justice. Sans doute parce qu'une telle démarche suppose des ressources culturelles dont elles sont dépourvues. Mais pas seulement. La distinction entre "eux" et "nous" classe pour elles l'institution judiciaire dans le monde des "autres".

2. La plainte des agents institutionnels.

En Maison de Justice, les audiences réservées aux mineurs mettent régulièrement en scène des représentants d'institutions (Education Nationale, Police, mairies, transports publics) qui portent plainte pour insultes, outrages, dégradations et attendent de l'institution judiciaire qu'elle réaffirme leur "autorité". Dans les affaires traitées de janvier à juin 1999 concernant des mineurs, 10% des victimes sont des agents institutionnels : un éducateur et deux enseignants ont porté plainte pour dégradation de véhicule, un enseignant pour violences (avec une bombe lacrymogène), un proviseur et un agent RATP pour menaces, un principal pour outrage.

Si les incidents auxquels sont confrontés les agents de l'Etat dans les quartiers défavorisés sont davantage signalés qu'auparavant, est-ce simplement qu'ils sont objectivement plus nombreux ? Ne sont-ils pas aussi moins tolérés ? Peut-on à nouveau faire l'hypothèse d'une modification des pratiques, c'est-à-dire d'un glissement du règlement "pratique" des litiges à une régulation juridique ?

2.1 *Le recours au droit : un effet de génération ?*

Les zones "difficiles" sont les lieux d'affectation privilégiés des entrants dans les différentes professions de la fonction publique. Les nouvelles générations de fonctionnaires semblent avoir des pratiques professionnelles plus "formalistes", plus rigides, et donc, en un sens, moins "tolérantes" à l'égard des comportements des jeunes de milieu populaire. Cette moindre tolérance peut résulter de leur moindre expérience et donc de leur plus grande difficulté à gérer les litiges. Elle provient aussi parfois d'un formalisme lié à leur formation plus poussée (du fait de l'élévation du niveau des diplômes qui correspond à la réforme de certains concours et à la concurrence accrue en période de chômage). Mais cette différence de génération, interprétée comme une conséquence de l'élévation du niveau scolaire, correspond sans doute avant tout à une différence de catégorie sociale. La crise économique s'accompagnant d'un rétrécissement des débouchés professionnels, la fonction publique a attiré des jeunes d'origine sociale plus élevée. Les agents institutionnels chargés de l'encadrement des classes populaires sont de plus en plus éloignés, socialement, des populations auxquelles ils sont confrontés. Dès lors, la visibilité des incidents dont sont victimes différentes catégories de fonctionnaires tiendrait aussi aux propriétés sociales de ces nouveaux entrants portés à signaler les incidents davantage qu'auparavant.

Réfléchir aux transformations des différents corps de la fonction publique confrontés aux populations précarisées n'épuise toutefois pas l'explication de la judiciarisation des conflits. Cette judiciarisation tient aussi à une politique d'externalisation du traitement des litiges par les institutions, elle-même tributaire d'orientations plus générales dans un contexte idéologique où l'insécurité devient le principal thème de campagne des hommes politiques.

2.2 *Régulation juridique versus régulation interne*

Différentes institutions encouragent leurs agents à porter plainte en cas d'incident. La RATP, la SNCF, l'Education Nationale mènent ces politiques explicitement. Le contexte autorise davantage l'expression d'éventuelles difficultés et le recours à la Justice devient envisageable. Une déléguée estime que dans les affaires de "violences scolaires", les parents qui portent plainte ont souvent été encouragés par l'établissement.

Les éducateurs intervenant en MJD, surpris de l'affluence d'affaires "scolaires", ont incité les proviseurs d'établissements du secteur à davantage régler les problèmes en interne plutôt que d'infliger

une “ double peine ” à leurs élèves (sanction à l’intérieur de l’établissement par l’intermédiaire du Conseil de discipline puis traitement judiciaire). Mais cette “ externalisation ” concerne aussi la PJJ aux dires des éducateurs les plus anciens, qui expliquent que les agressions d’éducateurs se traitaient auparavant “ en interne ”, à une époque où les institutions étaient selon eux “ plus contenantes ” : “ Autrefois, les affaires du foyer se réglait dans le foyer. Le gamin se prenait une rouste. On n’aurait pas été porter plainte. ” L’évolution des normes en matière d’exercice de l’autorité a discrédité les sanctions corporelles. La “ paire de claques ” dont usaient parfois éducateurs, enseignants, représentants de la force publique est désormais problématique. Le vide laissé par la “ paire de claques ” n’a semble-t-il pas été comblé par l’institution, laissant ses agents relativement démunis dans certaines circonstances. L’absence de réponse institutionnelle fragilise les agents qui se retrouvent seuls face aux incidents, et ont alors tendance à se sentir individuellement mis en cause. En ce sens, la plainte juridique apparaît comme une solution “ par défaut ” peu satisfaisante.

Les agents de l’Etat rencontrés attendent cohérence et cohésion de leur institution d’appartenance lorsqu’ils sont confrontés à des situations auxquelles ils ne savent pas répondre. Mais leurs difficultés ne résultent pas uniquement des “ failles ” de l’institution. Elles relèvent aussi d’un contexte spécifique : la ségrégation spatiale conduit à une concentration des situations socio-économiques les plus difficiles dans certains endroits et les agents institutionnels en charge de la gestion de “ la misère du monde ” se sentent relativement démunis pour accomplir cette mission qui ne leur est pas explicitement assignée, certains parlant même de “ malentendu ”. Non originaires de la région parisienne, les jeunes agents institutionnels rencontrés expriment le sentiment qu’ils ont eu de découvrir “ un autre monde ” en occupant leur premier poste. Derrière la plainte juridique (ou à travers elle) s’exprime ainsi une autre plainte, à l’égard de l’institution. Dans cette perspective, porter plainte, c’est demander à l’Etat, *via* une de ses institutions, la Justice, de réaffirmer un statut fragilisé : c’est une demande d’étayage étatique de l’autorité, la “ violence symbolique ” de certains agents étant inopérante. Ce que chacun des enquêtés met en évidence, c’est son sentiment d’une “ mission impossible ”, l’impression d’être “ en première ligne ” et que la difficulté de ce travail n’est pas reconnue. Ils se perçoivent comme des “ pions ” soumis à des doubles contraintes inconciliables. (Bourdieu, 1993 : 222). Et de “ victimes ” d’outrage, de vol, d’insulte, ces agents finissent par se représenter comme victimes d’un “ système ” - “ victimes expiatoires qui payent pour les autres, (...) pris pour des bourgeois sans en être vraiment ” (Grignon, 1992 : 18).

L’ADAPTATION DE L’INSTITUTION JUDICIAIRE À CES NOUVEAUX USAGES

“ On ne veut pas que ça aille plus loin ”, “ on ne voulait pas vraiment porter plainte ”, “ on veut seulement qu’il comprenne ” entend-on souvent en MJD. Les plaignants ont une attente spécifique de l’institution : dans leur majorité, ils souhaitent surtout que le magistrat ou son représentant “ donne une leçon ” au mineur, quitte à l’effrayer un tant soit peu. Mis à part les commerces et certains agents des transports publics ou des forces de l’ordre, s’il n’y a pas de dégâts matériels, les victimes réclament rarement des dédommagements. Il semble qu’elles attendent moins de la technique juridique que des explications (au double sens du terme). Comment l’institution répond-elle à ces attentes ?

1. Technique juridique, pédagogie du droit, et écoute des justiciables

En Maison de Justice, les magistrats du parquet ou leurs représentants (délégués du procureur) ont pour fonction de faire du “ rappel à la loi ” ou de mener des médiations entre auteurs d’infractions et victimes de manière à régler le litige. Les audiences se déroulent dans des bureaux, sans décorum, de manière relativement informelle. L’observation de cette confrontation directe avec les justiciables met en évidence la manière dont les dispositions personnelles des représentants de l’institution judiciaire sont mises au service de leur fonction. Elle pose aussi la question de la “ force du droit ”, de l’efficacité de ses énoncés, quand le droit se dépouille de ce qui fait sa force (la symbolique et le rituel qui l’entoure).

L’objectif étant de prévenir la réitération - “ au plaisir de ne pas vous revoir ” - la plupart des professionnels considèrent que le simple rappel du code pénal ne suffit pas : ils estiment en général que la loi doit être comprise pour être acceptée. Leurs discours oscillent alors entre trois principaux registres : arguments juridiques, arguments civiques, arguments personnels. Il s’agit pour le délégué ou pour le

magistrat de trouver l'argumentaire qui lui paraît le plus adéquat afin de convaincre le mineur qu'il a intérêt à respecter le droit. Quelles sont les conditions d'efficacité de la " leçon " ?

1.1 Une pédagogie du droit

Les arguments juridiques qui dépassent le simple rappel du code pénal ont pour fonction d'expliquer la raison d'être d'une loi. Lorsqu'il y a congruence entre la qualification juridique et la qualification profane, le travail de traduction est relativement aisé. C'est le cas du vol par exemple. La traduction du langage juridique en langage profane est plus complexe lorsque l'acte n'est pas repéré comme déviant dans l'ethos " indigène " : c'est le cas pour le port d'arme lorsqu'il s'agit d'une bombe lacrymogène, pour le recel, parfois pour les violences. Une déléguée du procureur âgée d'une cinquantaine d'années, Mme Vincent, agrégée de Lettres et docteur en droit, (ancienne avocate, intégrée depuis au corps des magistrats), raconte par exemple que l'ampleur des sanctions prévues par le code pénal pour condamner le recel est souvent perçue comme une injustice par les mineurs pour qui le recel est beaucoup moins grave que le vol. Elle les invite alors à se demander pourquoi, selon eux, le législateur a prévu de telles mesures et les amène à formuler l'idée que s'il n'y avait pas de receleurs, il n'y aurait pas de voleurs. De la même manière, elle justifie le fait que les violences, même sans conséquences graves, soient punies par la loi en précisant que les conséquences involontaires peuvent être importantes. " Là, on fait un peu de droit ", dit-elle.

1.2 Les limites de l'explication pédagogique de la loi et le malaise des professionnels

L'exigence pédagogique inscrite dans leur mission conduit une partie des intervenants à se sentir relativement mal à l'aise dans leur rôle concernant deux principales infractions : la consommation de cannabis et les outrages aux agents de la force publique. On peut douter de l'efficacité d'une pédagogie du droit dans les cas où l'ethos juridique n'est pas congruent avec l'ethos local. Confrontés à des mineurs convoqués pour consommation de cannabis, les délégués semblent frustrés d'en être réduits à l'argument " c'est interdit parce que c'est écrit dans le code pénal ".

En ce qui concerne les outrages aux agents de la force publique, il s'agit de rappeler aux mineurs que la fonction remplie par ces agents est de l'ordre d'un service public et qu'ils peuvent le cas échéant eux aussi en bénéficier. Quand un agent de la force publique " joue le jeu " et évoque les difficultés de son métier plutôt que d'exiger une réparation financière, la tâche du délégué ou du magistrat est facilitée. Dans le cas inverse ou lorsque les plaignants sont absents à l'audience, les représentants du parquet craignent parfois de consacrer des dysfonctionnements, le comportement des forces de l'ordre étant implicitement sujet à caution.

1.3 La menace et l'intérêt bien compris

Dans l'argumentaire de certains délégués, l'institution judiciaire, à travers l'image du procureur, fait office d'épée de Damoclès. Ils rappellent que le procureur dispose de trois années pour juger de l'opportunité des poursuites et insistent sur l'idée que le classement de l'affaire est soumis à condition : le mineur doit " rester tranquille " s'il ne veut pas que son dossier soit " ressorti ". Dans cette perspective, Mme Vincent présente la signature du mineur en fin d'audience comme une forme d'engagement, un contrat avec le procureur. Les différentes manières d'utiliser le code pénal (pour le brandir, le lire, le faire lire), l'évocation des sanctions encourues, l'allusion aux conséquences d'un éventuel casier judiciaire participent de ce registre de la menace qui rappelle en quelque sorte que le tribunal n'est pas loin. Il s'agit de tenter de convaincre le mineur qu'il est dans son intérêt de respecter la loi.

1.4 Le délégué comme metteur en scène : faire advenir un règlement privé sur une scène publique

Certains délégués cherchent à tout prix à susciter une réaction chez le mineur mis en cause pour prévenir la réitération, manipulant différentes formes de " jeu ", se mettant en scène (oscillant entre le silence et la provocation). Face aux mineurs qu'ils perçoivent comme " récalcitrants ", ils peuvent recourir à des arguments d'ordre affectif, personnel, jouant notamment du malaise ressenti par les enfants face à la souffrance de leurs parents. Le délégué cherche alors à faire advenir du privé sur une scène publique, mettant en scène une forme de psychodrame. Il n'est pas rare que les mineurs, même mutiques jusqu'alors, se mettent à pleurer à ce moment-là. Mme Colin confie que lorsqu'elle ne parvient pas à " toucher " les mineurs avec " [ses] mots juridiques ", elle n'hésite pas à faire allusion aux situations personnelles et leur demande de " faire un effort pour leurs parents ".

Pour les jeunes les moins réceptifs au registre juridique, la confrontation avec la “ victime ”, lorsqu’il y en a une, l’espace laissé aux uns et aux autres pour s’exprimer peuvent servir eux aussi, mieux que l’évocation du code pénal, de déclencheur à la réaction. Pour le délégué, il ne s’agit plus d’effectuer un travail de traduction entre le langage juridique et le langage profane, il s’agit simplement de faire advenir un règlement privé du différend sur la scène publique. On peut supposer que si les ethos des deux parties sont homologues, le mis en cause peut plus facilement se mettre en pensée à la place de la victime et être convaincu par un registre argumentatif, par un sens de la justice, qui lui sont familiers. Ainsi, les victimes, comme les parents, peuvent servir de support à une technique de culpabilisation du mineur. Mme Vincent relate l’histoire d’une femme âgée d’une soixantaine d’années s’adressant en Maison de Justice à un jeune qui lui avait volé son solex : elle travaillait dans un restaurant, gagnait peu, et avait dû se lever très tôt pour se rendre au travail en bus après le vol de son seul moyen de locomotion personnel. “ Le gamin, il savait plus quoi faire pour s’excuser ”, raconte la déléguée.

Lorsque les victimes se montrent moins coopératives, notamment lorsqu’elles exigent des dédommagements jugés excessifs, les représentants du parquet ont convenu collectivement de refuser d’entériner la médiation, expliquant aux plaignants que seul un tribunal peut décider. Un certain nombre de règles informelles ont ainsi été décidées pour homogénéiser les pratiques.

1.5 La variété des pratiques

Les différentes manières de faire le “ rappel à la loi ”, de conduire la médiation, tiennent pour partie à l’histoire sociale et professionnelle antérieure des délégués du procureur (policiers, éducateurs, magistrats à la retraite, assistantes de justice, anthropologue, metteur en scène), de la conception implicite de ce qu’est un délinquant qu’on peut remettre sur le “ droit chemin ”. L’un des délégués, M. Martin, commissaire à la retraite, souligne l’importance du cadre pénal qui doit encadrer les médiations et marque sa distance à l’égard de ceux qu’il appelle les “ médiateurs purs ”. La référence précise au code pénal de la part des délégués est en partie liée à la fragilité de leur statut. C’est une manière d’asseoir la légitimité de leur mandat, leur compétence juridique pouvant être mise en cause par les magistrats. Il n’est donc pas étonnant que le procureur soit celui qui fasse le moins référence aux textes juridiques : il peut s’autoriser cette pratique parce que sa compétence proprement juridique ne risque pas d’être mise en question. Etant donné le caractère des délits, il semble plus à l’aise dans le registre civique. Mme Colin, quant à elle, insiste d’abord sur les conséquences d’un éventuel casier judiciaire. Elle ne se lasse pas de répéter : “ Pensez à votre avenir ”. Issue des classes populaires, elle doit son ascension sociale à l’école et s’intéresse à la scolarité des mineurs qu’elle reçoit, cherchant des solutions lorsqu’ils sont déscolarisés. Très attachée à la dimension pédagogique de sa mission, très impliquée dans son travail (“ je me dis toujours, j’ai une demi-heure pour les convaincre ”), elle passe du temps à tenter de susciter la parole des différentes parties en présence. Cette manière d’envisager son rôle l’amène à prendre au sérieux les éventuelles critiques formulées par les justiciables. De ce fait, elle avoue être parfois mal à l’aise :

“ En fait, on tient un discours assez théorique en leur disant : voilà ce qu’il y a dans la loi et voilà ce qu’il faut pas faire. Mais nous, quand on dit ça, on fait abstraction de l’environnement, donc y’a forcément un décalage. Alors remarque qu’ils font systématiquement : “ Oui mais c’est toujours nous qui sommes contrôlés, nous les jeunes de banlieue, les autres, ils font jamais l’objet de contrôle. ” C’est dur de leur répondre à ça. C’est une autre manière de nous dire : “ Vous voyez, j’ai le physique à me faire avoir. Parce que je viens de la banlieue, parce que j’ai la peau un peu colorée, je suis tout le temps emmerdé par la police. ” Que répondre à ça ? ”

Cette “ conversion du regard ” est liée à des dispositions antérieures. Dans le cas de cette déléguée, l’ouverture aux arguments des jeunes et de leurs familles résulte de sa propre trajectoire et de sa position au sein de la magistrature. Fille d’ouvriers, refusée à l’oral de l’Ecole Nationale de la Magistrature, elle éprouve un sentiment d’illégitimité qui la situe “ en dehors ” du champ de la magistrature. Transfuge, elle a l’expérience de deux univers sociaux opposés et n’a sa place dans aucun.

1.6 Les conditions sociales de l’efficacité des discours

Il est difficile d’évaluer l’impact du travail effectué en MJD. Un éducateur s’est livré en 1999 à une évaluation statistique du devenir des mineurs passés en 1998 par la MJD au sein de laquelle il intervenait. Il estime qu’un an après, seulement 8% ont récidivé. Est-ce lié au passage en MJD ? N’auraient-ils, de toute façon, pas récidivé ? Les quelques mineurs rencontrés à leur domicile après leur passage en MJD confiaient qu’ils avaient été particulièrement touchés par l’inquiétude et la honte ressentie par leurs

parents. En second lieu, ils soulignaient leur crainte face au spectre du “ casier judiciaire ”. L’efficacité de la “ leçon ” dépend sans doute principalement de l’avenir intériorisé comme probable par les mineurs : pour ceux dont la scolarité ou les ressources familiales offrent des perspectives d’insertion professionnelle, l’évocation du casier judiciaire peut suffisamment impressionner pour jouer un rôle préventif. L’étiquetage anticipé, la détérioration de l’image de soi joueraient alors le rôle attendu par l’institution. Hakim évoque en ces termes le souvenir qu’il garde de son passage en Maison de Justice : “ Pour moi, j’y croyais pas où j’étais là. Moi, j’suis pas connu. C’est ma première histoire. Donc je me suis retrouvé bizarre. Ça m’a fait un peu de mal de voir tous ces gens parler de moi comme ça... Surtout devant les parents. ” D’autres mineurs cependant expriment leur sentiment d’être “ coincés ”, sans avenir, et mettent en cause la légitimité de l’intervention judiciaire. “ Vous habitez pas dans une cité ”, entend-on régulièrement.

2. Les réticences au sein de l’institution judiciaire.

Pour Max Weber, la tendance à la rationalisation et à la systématisation logique croissante du droit n’est pas incompatible avec le développement parallèle de règlements “ irrationnels ” des litiges “ ayant le caractère de justice de “cadi” ”, en réponse à une demande des profanes (Weber, 1986 : 231, 234). Dans l’histoire du système judiciaire français, la justice professionnelle cohabite avec une justice “ profane ” qui valorise le “ sens de l’équité ordinaire ”. Les débats révolutionnaires opposent ces deux conceptions de l’exercice de la fonction de justice : si le tribunal de famille, innovation révolutionnaire valorisant la conciliation par les pairs, est une institution rapidement désavouée (Commaille, 1989), subsistent les jurys populaires des cours d’assises, la justice paritaire des prud’hommes, les tribunaux de commerce, les justices de paix. La suppression des justices de paix en 1958 s’inscrit dans un processus de centralisation et de professionnalisation de l’institution judiciaire conforme à l’orthodoxie. (Commaille, 2000)

L’essor de la médiation à partir des années quatre-vingt et l’institution progressive des Maisons de Justice et du Droit dans les quartiers “ difficiles ” au cours des années quatre-vingt-dix relancent le débat. Certains professionnels du droit auraient préféré une réforme de la carte judiciaire (avec la création de nouveaux tribunaux d’instance), plus conforme aux évolutions des zones de peuplement, plutôt que la mise en place de ce qu’ils considèrent comme une “ sous-justice ”. Le Syndicat de la magistrature, pourtant favorable à l’idée d’une Justice plus engagée aux côtés des populations démunies, rappelle que la médiation ne respecte pas le principe selon lequel une peine ne peut être prononcée qu’au terme d’un débat contradictoire. Gilles Sainati (Sainati, 2000), vice-président du Syndicat, se référant aux travaux de Loïc Wacquant (Wacquant, 1999), estime que les MJD ont été délibérément orientées vers le pénal pour désengorger les tribunaux, dans une logique de rentabilité. Le Syndicat de la Magistrature craint que les populations les plus démunies aient tendance à accepter des arrangements rapides tandis que les populations favorisées n’hésiteront pas à recourir au tribunal (les études américaines sur la justice “ alternative ” accréditent cette idée). Le Syndicat dénonce également l’institution de cette nouvelle fonction de délégué du procureur : ces nouvelles figures du parquet étant en partie recrutées parmi les cadres retraités de la police et de la gendarmerie, elles augureraient d’un brouillage des frontières entre traitement policier et traitement judiciaire de la délinquance.

Les MJD étudiées ne semblaient pas entièrement soumises à une logique policière ou à des injonctions de rentabilité au moment de l’enquête (ce qui ne signifie pas toutefois que ce ne fut pas ailleurs le cas). Les délégués du procureur avaient des trajectoires professionnelles relativement diverses, et privilégiaient l’écoute, la discussion, à la lecture du code pénal : sur douze, seulement deux étaient issus de la police et de la gendarmerie. Tous deux semblaient avoir occupé des positions relativement marginales dans leur ancien corps : issus des classes populaires, ils étaient restés fidèles à des valeurs politiques “ de gauche ” et insistaient sur les facteurs socio-économiques favorisant la délinquance plus que sur la responsabilité des familles. Toutefois, le décret du 29 janvier 2001 afférant au statut des délégués suggère une primauté de la logique gestionnaire sur la logique pédagogique dans l’esprit du législateur puisque le rappel à la loi est nettement moins rémunéré qu’auparavant : lors des observations réalisées, avant l’application du décret, le « rappel à la loi » durait une demi-heure. La baisse de rémunération s’est traduite par des audiences plus courtes et une moindre implication pédagogique des délégués.

En ce qui concerne l’hypothèse d’une pénalisation accrue des classes populaires, on observe effectivement que dans l’ensemble, les affaires traitées en MJD correspondent à des comportements qui étaient auparavant tolérés. Cette extension de l’étiquetage correspond-elle pour autant à une forme de

pénalisation des comportements des jeunes de milieu populaire ? Pas nécessairement : même s'il y a qualification juridique et stigmatisation, l'audience aboutit dans l'immense majorité des cas à un classement. Lorsqu'une mesure éducative est proposée, elle est généralement souhaitée par les familles.

Mais en encourageant implicitement le signalement de ces faits auparavant considérés comme bénins (les sociétés de transport, les proviseurs, les gérants de supermarchés, les commissariats connaissent ce "débouché" et incitent parfois au dépôt de plainte), l'existence des MJD contribue à l'augmentation des chiffres de la délinquance (principalement les catégories de "vols", "violences", "ports d'arme", "usage de stupéfiants") et participe donc d'une tendance qui nourrit et légitime les discours sécuritaires.

LE SILENCE DE L'INSTITUTION FACE AUX PARENTS FRAGILISÉS PAR DES INJONCTIONS CONTRADICTOIRES.

Les MJD sont aussi une "caisse de résonance", un réceptacle des logiques éducatives des familles de milieu populaire. Les parents des mineurs "mis en cause" sont en effet tenus de s'exprimer sur les relations qu'ils entretiennent avec leurs enfants, leurs éventuelles difficultés éducatives, la manière dont ils appréhendent leur comportement.

Sur 72 fiches établies par les éducateurs, on peut dégager quelques chiffres concernant les caractéristiques socioprofessionnelles des familles de mineurs mis en cause. Dans 16% des cas, le statut du père n'est pas mentionné en raison de décès ou d'abandon du foyer. 12% des pères sont sans emploi. Les pères qui travaillent appartiennent majoritairement à la fraction supérieure des classes populaires. Les mères sont inactives dans 40% des cas. Lorsqu'elles exercent une profession, elles sont sur-représentées parmi les employées (un tiers de l'échantillon), notamment dans le secteur des services directs aux particuliers. 10% d'entre elles sont à la recherche d'un emploi. Dans 25% des cas, l'enfant ne vit pas avec ses deux parents. Un tiers des familles sont composées de cinq enfants ou plus. Si l'on se réfère aux patronymes, enfants "issus de l'immigration" et Français "de souche" représentent chacun environ la moitié de l'échantillon.

1. Les réactions des familles.

Selon les ressources dont ils disposent, les parents sont plus ou moins déstabilisés par le passage en Maison de Justice.

Les parents qui connaissent des situations sociales stables ont tendance à relativiser l'événement, "erreur de jeunesse", "bêtise", et à considérer que la procédure judiciaire servira de coup d'arrêt : "Ça lui servira de leçon", "ça lui mettra du plomb dans la tête". Elle vient confirmer leurs menaces, conforter leur autorité : "Tu vois, je t'avais prévenu" ; "tu as compris ? C'est ce que je t'avais dit".

Les immigrés, même socialement "stables", semblent plus souvent désorientés que les autres parents par la situation : pour ces parents, toute leur vie soumise aux normes de la société d'accueil - "J'ai jamais rien volé, pas même un ticket de métro", expliquent-ils souvent - ce premier contact avec l'institution judiciaire se traduit par la honte et la crainte de voir leur enfant suivre "le mauvais chemin". Ils se sentent eux aussi jugés et, contrairement aux parents appartenant aux catégories socialement moins stigmatisées, ils ne raisonnent pas tellement en fonction de la plus ou moins grande gravité du délit pour relativiser l'événement et l'interpréter comme une erreur de parcours. Leur perception du monde judiciaire est dramatisée et "binaire" : il y a ceux qui ont affaire à la Justice et ceux qui n'y ont pas affaire. Et dans leur esprit, avoir affaire à la Justice, pour un immigré, c'est risquer d'être désigné comme un "mauvais immigré". Leur connaissance de l'institution judiciaire semble plus floue que celle de leurs homologues "français". Ils sont très inquiets lorsque le spectre du casier judiciaire est évoqué, comme s'ils avaient intériorisé l'idée que la légitimité de leur présence en France était intimement liée au travail : dans leur esprit, un enfant qui a "un casier", c'est un enfant qui ne pourra pas travailler. Si ces parents paraissent davantage déstabilisés par la convocation de leur enfant en Maison de Justice, c'est sans doute que le stigmate dont ils sont porteurs fragilise leur position sociale. "Jusqu'à maintenant, ça me travaille cette histoire-là", "faut pas d'erreur", "c'est un point noir", explique le père de Yacine lors d'un entretien à

domicile, comme si le fait d'être issu de l'immigration interdisait tout autre stigmat.

Plus généralement, c'est souvent la précarité sociale (chômage d'un des parents, mère célibataire) qui prédispose à l'inquiétude quant au devenir des enfants. Il arrive régulièrement que les mères qui vivent seules avec leurs enfants, profitent du passage en Maison de Justice pour réitérer une demande de soutien éducatif, énumérant leurs démarches auprès des assistantes sociales scolaires et des assistantes sociales de secteur.

2. Des injonctions contradictoires.

Alors que l'objectif affiché dans les Maisons de Justice est de prévenir l'entrée dans la délinquance, la demande exprimée par les parents en matière de soutien éducatif n'est pas toujours suivie d'effets. D'une part sans doute parce que le suivi éducatif coûte beaucoup plus cher que le "rappel à la loi". Les moyens toutefois n'épuisent pas l'explication du décalage entre les schèmes de perception des familles et les schèmes d'appréhension juridiques du "danger" de délinquance. Du point de vue purement juridique, un mineur "en danger" doit correspondre à des critères objectifs comme la déscolarisation par exemple. Etant donné la faible gravité des faits commis, le magistrat ne peut se fonder sur l'appréhension "subjective" de la situation par l'éducateur ou par les parents du mineur. Régulièrement, les délégués avouent ainsi leur scepticisme quant à la proposition de suivi formulée par l'éducateur et conseillent aux familles une démarche administrative pour obtenir un soutien. Ce faisant, ils renforcent parfois le désarroi des parents qui ont le sentiment que les institutions ne font que se renvoyer la balle (on pourrait retracer le périple de mères qui, ayant déjà contacté divers services sociaux en vain, espèrent bénéficier d'un soutien éducatif après le passage en MJD et se voient renvoyées à la case départ).

Les pères confient parfois leur sentiment d'être pris dans un système d'injonctions contradictoires : ils ont l'impression qu'après les avoir incités à renoncer à des modes d'éducation traditionnels jugés trop sévères, l'institution judiciaire leur reproche maintenant d'être trop laxistes (une déléguée conseillant même à un père de "boucler" son fils). Un père, découragé, soupirait : "Si vous avez une solution, donnez-la moi. Moi, je suis limité. Moi, ce que j'ai peur, c'est que quand je vais me mettre derrière son dos, c'est moi qui vais me retrouver ici." Les modes d'éducation traditionnels des classes populaires ont été disqualifiés au fur et à mesure des avancées en matière de protection de l'enfance et notamment à travers l'abandon de la "correction paternelle" en 1958. Ce qui apparaît à travers les entretiens réalisés auprès de certains pères, c'est qu'ils sont désarmés. Leurs méthodes éducatives sont mises en cause par le droit et, pour eux, c'est leur autorité qui est sapée. Certains parents se sentent implicitement désignés comme de "mauvais parents", démunis pour jouer autrement leur rôle, dans un contexte particulièrement difficile pour eux compte tenu des tentations de "l'argent facile" auxquelles leurs enfants sont parfois soumis.

Les injonctions contradictoires qui déstabilisent certaines familles des classes populaires, notamment les familles immigrées, révèlent les contradictions d'un Etat qui, de sa "main gauche", préconise la protection de "l'enfance en danger" (dévaluant les modes d'éducation populaires traditionnels sans s'assurer de la diffusion de modèles éducatifs alternatifs) et, de sa "main droite", appelle à "surveiller et punir". C'est le caractère difficilement conciliable de ces deux exigences qui avait jusqu'ici conduit les représentants de l'institution judiciaire à considérer que les mineurs délinquants étaient d'abord des mineurs "en danger". Selon leur degré d'investissement personnel, les délégués cherchent plus ou moins à répondre à la détresse des parents.

CONCLUSION

L'activité pénale des Maisons de Justice et du Droit est traversée par une double logique. Pour les promoteurs de cette institution, il s'agit de dépasser l'opposition prévention/.répression dans le traitement de la petite délinquance, en présupposant que la menace de l'étiquetage comme délinquant puisse jouer un rôle préventif. Mais pour certains contempteurs des MJD, notamment dans le champ de la magistrature, il s'agit plutôt d'une logique gestionnaire qui vise à désengorger les tribunaux. En ce sens, cette activité serait plus proche du traitement en temps réel et davantage soumise à des impératifs policiers. (Wyvekens, 1997).

Les observations réalisées au début des années 2000, en région parisienne, dans des MJD encore imprégnées de l'esprit des « pionniers », suggéraient que c'était ici la première dimension qui primait : c'est elle qui motivait l'investissement des éducateurs de la PJJ dans le dispositif. Et c'est elle qui justifiait l'implication pédagogique des professionnels du droit et le temps qu'ils consacraient aux audiences : la « médiation » était l'occasion d'une traduction du registre juridique dans l'ethos « indigène », notamment dans la confrontation des mineurs aux victimes ou à leurs parents, condition préalable à une pédagogie du droit. Les MJD semblent alors fonctionner comme une sorte de réceptacle de la « question sociale », intervenant dans un contexte de précarisation et de déstructuration du groupe ouvrier qui ne trouve plus toujours en son sein les instruments de son autorégulation, et appelées à soutenir d'autres institutions dont les agents se sentent abandonnés et déconsidérés.

Les évolutions récentes (baisse de la rémunération des délégués du procureur engendrant un raccourcissement des audiences) et le décalage (occulté) entre la réponse de l'institution et les attentes de certaines familles en matière de soutien éducatif indiquent toutefois que la logique gestionnaire est probablement plus présente désormais que la visée pédagogique initiale.

CONCLUSIONS

LOUIS DE CARBONNIERES

Professeur à l'Université de Lille II

louis.decarbonnieres@univ-lille2.fr

Présenter les conclusions d'un colloque est toujours un honneur redoutable et souvent un immense plaisir. Ce présent colloque ne déroge pas à la tradition.

Différents travaux collectifs se sont attachés depuis une dizaine d'années à cerner les divers aspects des règlements des conflits, de la composition, de la transaction et autres actes relevant du néologisme que constitue « l'infrajudiciaire », qu'il s'agisse des actes du colloque de Dijon publiés sous la direction de Benoît Garnot¹, de ceux consacrés au Moyen Âge par la Société des médiévistes de l'enseignement supérieur², ou de ceux de l'Institut d'anthropologie juridique de Limoges³. Ils renouvellent en les enrichissant les problématiques passionnantes des travaux si importants sur l'appréhension du phénomène de la transaction aux temps modernes d'Yves et Nicole Castan⁴. Pour paraphraser Voltaire dans son épître à Catherine II, « c'est du Nord aujourd'hui que nous vient la lumière », une lumière nouvelle sur le sujet. Contrairement à certains travaux antérieurs, ce colloque montre bien la place primordiale du droit dans la transaction, celle reconnue dans la doctrine médiévale par les maîtres comme Azon⁵. En effet, si « l'Etat, pas plus que le droit qui contribue largement à le fonder, n'assure de réelle continuité chronologique entre les modes de résolution des conflits » comme l'écrit madame Gauvard⁶, les cours sont le lieu qui garantissent la formation équitable de la transaction, le respect des consentements, la garantie de l'exécution, qu'il s'agisse du Moyen Âge ou du XXI^e siècle. En ce sens, le juge reprend le contrôle d'un accord entre parties, assurant la protection d'une société qui ne saurait accepter de voir l'intérêt public de la répression subordonné aux intérêts privés des auteurs et des victimes, ou tout au moins sans que le juge n'y jette un regard même complaisant à l'extrême. Par là, pacification, répression, réparation dans le cadre de la résolution des conflits illustrent parfaitement la phrase que Pierre Caron de Beaumarchais, lui-même plaideur acharné, juge au bailliage des chasses et capitainerie du Louvre, fait prononcer à Figaro : « Si le fond des procès appartient aux plaideurs, on sait bien que la forme est le patrimoine des tribunaux ». La procédure reste bien l'apanage du tribunal et du ministère public, « constante des siècles », comme l'a rappelé le professeur Varinard dans l'Introduction qu'il a prononcée pour ouvrir les journées du colloque.

Les auteurs ont montré l'existence des faits invariables, au-delà des différentes procédures et des appellations diverses léguées par les siècles à ces mécanismes particuliers de résolution des conflits, au-delà de leurs champs respectifs de recherche, de leurs périodes de prédilection ou de leurs sources. Le domaine de la pacification concerne le domaine du petit contentieux dont on souhaite ne pas encombrer les tribunaux (Coutant), celui des injures (Arnal-Cortier). Ceci rejoint les préoccupations du droit romain et de ses commentateurs (Eckert). On encourage peut-être la transaction pour des délits qui ne relèvent pas des *Questiones* sous la République et finalement concernent davantage l'individu que la société. Cependant, des actes plus graves, homicides (Eckert) sous l'Ancien Régime, menaces, vol, recel... dans nos sociétés contemporaines (Coutant) ou les sociétés traditionnelles (Courtois) sont tout autant concernés. Les atteintes à l'honneur sont aussi concernées au premier chef (Eckert), soit qu'il s'agisse d'injures qui

¹ *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine, actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995*, Dijon, 1996.

² *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, XXXI^e congrès de la S.H.M.E.S. (Angers, juin 2000), Paris, 2001.

³ *Résolution des conflits. Jalons pour une anthropologie historique du droit*, Limoges, 2003.

⁴ Par exemple, N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, 1980.

⁵ J.-M. CARBASSE, « Ne homines interficiantur. Quelques remarques sur la sanction pénale de l'homicide », *Auctoritates xenia R.V. Van Caenegem oblita*, s. la dir. S. DAUCHY, J. MONBALLYU, A. WIJFFELS, Bruxelles, 1997.

⁶ *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, *op. cit.*, p. 379.

dégénèrent et que la justice doit réparer (Arnal), soit que l'action pénale attente à l'honneur de l'inculpé (Wenzel) et qu'une résolution non-contentieuse évite la honte de l'aveu public (Danet). Les sociétés ont toujours recours à la vengeance qu'apporte le procès, comme le manifestent les félicitations que Caton l'Ancien adressait à un fils ayant fait perdre les droits civiques à un ennemi de son père défunt en lui déclarant « voilà ce qu'il faut offrir à ses parents, non des agneaux et des chevreux mais des larmes et la condamnation de leurs ennemis »⁷. L'action judiciaire vient venger publiquement l'honneur, la transaction le fait de manière privée. Selon le vieil adage, « mon âme appartient à Dieu, ma vie appartient au roi (ou à l'Etat) ; mon honneur m'appartient », l'action entre alors dans le patrimoine de la victime qui peut même céder ses droits (Martinage) alors qu'elle entre dans celui de la famille dans les sociétés sans Etat (Courtois).

Il devient alors compréhensible que le juge ait toujours voulu souhaiter conserver un certain contrôle sur ces procédures infra ou extra judiciaires, qu'il s'agisse de la doctrine ou de la législation. L'infrajustice devient même une justice quand elle est encadrée par les institutions judiciaires (Wenzel). Ainsi, de limitée dans le projet de l'ordonnance de 1670, la transaction fut largement autorisée dans le texte final, sauf pour les crimes capitaux avec peine afflictive (Martinage). A moins qu'il ne s'agisse de faire participer le mis en cause au règlement du conflit dans les procédures contemporaines (Danet), ou qu'à l'instar du pragmatisme médiéval, l'autorité judiciaire préfère contrôler des transactions pénales plutôt que d'organiser une répression difficile à mettre en œuvre, ou encore que certains actes soient trop graves pour rester impunis mais pas assez pour venir devant les tribunaux traditionnels à cause du « vide laissé par la paire de claques » (Coutant)?

Quel que soit le motif, le juge tient à contrôler la transaction, laquelle ne peut donc être réduite à un contrat purement civil (Eckert) ; l'appareil d'Etat tient bien à conserver la mainmise sur le règlement des conflits (Arnal). Sans accord du juge, il y aura collusion. Surtout, la transaction ne vaut qu'entre les parties, il n'y a pas d'autorité de la chose transigée *erga omnes*.

Cependant la partie peut reprendre l'avantage, soit en négociant avec sa partie adverse l'abandon de la procédure soit en choisissant de civiliser le procès (Wenzel). Elle reste aussi protégée par les voies de recours, l'appel, ce « palladium de la procédure ». De fait, un fort taux d'appel se constate qu'il s'agisse du Moyen Âge (Eckert) ou de la période moderne (Arnal). Même les archives médiévales du parlement de Paris que j'ai pu consulter montrent une pratique large de l'accord, même sur les modalités d'exécution d'un arrêt ou sur les modalités d'exécution d'un accord... Les parties maîtrisent donc la stratégie du conflit judiciaire, mais l'important n'est-il pas l'écoute (Danet, Coutant) ? Les pratiques les plus contemporaines s'inspireraient de cette cour de Parlement, qui est précisément celle où on parle et où, pour les historiens des lettres, il est parfois plus important de débattre d'un conflit que d'obtenir une décision⁸, quand la société traditionnelle utilise le *palabrero* au terme évocateur (Courtois). Il faut, alors, faire attention à ce que ces pratiques n'instrumentalisent pas la justice ainsi que le précisait le professeur Varinard dans son Introduction orale. L'actualité la plus récente donne raison à cette constante historique. Une semaine avant la tenue du colloque, la *Dépêche du Midi* du samedi 2 décembre 2006 consacrait un article à un procès mettant en scène une famille venant devant la justice dénoncer le meurtre du fils, jeune dealer assassiné, parce que l'assassin ne lui avait proposé par accord qu'une réparation à cinquante mille euros.

Le juge doit bien rester le maître de la procédure, ne serait-ce qu'en raison de la grande flexibilité des outils offerts au Parquet contemporain en matière de transaction pénale (Danet), qui s'inspire ici de la « souplesse procédurale » de l'ancien droit (Wenzel). Il maîtrisera les effets pratiques, qui là aussi, relèvent d'une constante : une plus grande clémence dans l'ancienne pratique (Wenzel), une invitation à un rabais sensible dans le droit le plus contemporain (Danet). Le danger devient alors celui de la liberté du consentement, qu'il s'agisse de celui de l'auteur ou de celui de la victime (Martinage), dans cet aveu judiciaire qui entraîne la conviction. En effet, l'auteur présumé ne pourrait-il être tenté d'avouer un crime pour lequel il est innocent pour parvenir à ce résultat, ce qui peut arriver quand on recherche absolument

⁷ Plutarque, *Caton*, XV, 3.

⁸ C. GAUVARD, « Les juges jugent-ils ? Les peines prononcées par le Parlement criminel, vers 1380-vers 1455 », dans *Penser le pouvoir au Moyen Âge (VIII^e-XV^e siècle)*, *Etudes d'histoire et de littérature offertes à Françoise Autrand*, Paris, 2000, pp. 69 *sqq.*

l'assentiment du coupable (Danet), qui cherche à éviter la honte publique (Coutant). Thomas Corneille nous a pourtant avertis dans *Le Comte d'Essex* que « le crime fait la honte et non l'échafaud ». Encore une fois, ces problématiques contemporaines se rencontraient déjà sous l'Ancien Régime, ainsi que le livrent les papiers de l'avocat général Gilbert de Voisins sous Louis XV. Dans les années 1720, un apprenti horloger est accusé par son maître d'avoir volé une superbe montre appartenant à un client. Le père transige pour éviter de nuire à la future carrière de son fils. Quelques années plus tard, la montre est retrouvée sur un complice de Cartouche qui avoue le vol. L'affaire parvient devant la justice parce que le père de l'ancien apprenti demande réparation au motif que les aveux avaient été extorqués par les coups de l'horloger sur son fils pour le faire avouer. Pour le Parquet d'alors, on peut corriger un adolescent quand on le soupçonne de vol. Le père obtint rescision de la transaction et non des dommages et intérêts⁹.

Cependant, même si la transaction rend compte de pratiques sociales et judiciaires relativement harmonieuses (Eckert), il faut noter, ainsi que le fait judicieusement remarquer un des auteurs, que les transactions pénales conclues pour éviter des procès ont donné lieu à un important contentieux judiciaire (Martinage). D'ailleurs, la source principale des historiens pour aborder la transaction semble être la source judiciaire, soit des transactions qui ont échoué ! Ceux-ci seraient-ils condamnés à ignorer les transactions qui furent exécutées sereinement par les parties, finalement un « chiffre blanc » de la transaction qui serait le miroir du « chiffre noir » de la criminalité ? De tout temps, des transactions ont échoué. Mon expérience médiévale me conduit à évoquer deux affaires du XIV^e siècle. Dans l'affaire Fraillon-Masilles, l'exécution d'une transaction sur un mur mitoyen donne lieu à coups et blessures, guet-apens, meurtres¹⁰... Dans l'affaire de la succession à la vicomté de Murat, le premier acte de procédure conservé est une lettre du Parlement de 1362 continuant la cause sous espoir d'accord. La cause donna lieu à une guerre privée sur trois générations et un accord final un siècle plus tard dans les années 1460, pour le centième des demandes initiales¹¹. La transaction restait pourtant pour les juges médiévaux préférable à un procès, car la formule de renvoi de la cause « sous espérance » (*sub spe*) d'accord est fréquente et la justice fut de tout temps attentive à permettre les transactions comme le montrent les auteurs dans leurs différentes communications. La sagesse populaire voulant qu'un mauvais accord fût préférable à un bon procès était partagée par la robe. Il manquait peut-être aux transactions l'apparat de la décision, qui marque les esprits, donne une première satisfaction juridique par son rituel. Les procédures actuelles ne devraient pas l'oublier sous peine d'être dévaluées. On rend la justice au Palais de justice, on rend la transaction dans la maison de justice : la proximité, pour ne pas dire la familiarité peut nuire à une transaction rendue à la sauvette quand la décision de justice se prononce.

La leçon que nous donne l'histoire mérite attention, le contrôle du juge doit empêcher que la transaction, la négociation, les modes alternatifs de résolution des conflits ne deviennent pas pour la justice ce que la médecine douce est à la médecine, à savoir une justice douce. L'histoire nous apprend aussi en cette matière que les procédures anciennes permettent de remettre en perspective les avant-gardes actuelles (Wenzel). Il ne faut pas non plus oublier que, si la transaction peut échouer ou ne pas être appliquée, il en va de même des décisions de justice, sinon la matière essentielle que sont les voies d'exécution n'aurait pas lieu d'être. Donc la réparation ne va jamais de soi, quel que soit le cadre choisi, judiciaire, infra ou extra judiciaire, et François Terré a raison d'avancer dans le volume consacré à l'exécution des décisions de justice par l'Association Capitant, que la Justice a les yeux bandés pour ne pas voir ce que les hommes font de ses décisions¹².

⁹ Archives nationales, U 840, affaire Martinot, jugée le 23 mars 1723.

¹⁰ L. de CARBONNIERES, *La procédure devant la chambre criminelle du Parlement de Paris au XIV^e siècle*, Paris, 2004, p. 579.

¹¹ L. de CARBONNIERES, « La vanité de dire le droit ou l'inexécution des arrêts : l'affaire de la succession à la vicomté de Murat (vers 1360-vers 1470) », *Dire le droit : normes, juges, juriconsultes*, Paris, 2006, pp. 191-222

¹² F. TERRE, « Rapport de synthèse », dans *L'effectivité des décisions de justice*, Travaux de l'association Henri Capitant, t. XXXVI, 1985, p. 25.

« *La résolution des conflits familiaux* »

La famille – qui devrait être un lieu privilégié d'entente – est souvent le théâtre de conflits passionnés. C'est aussi un lieu privé, et même intime, par excellence dont l'Etat répugne cependant à se désintéresser.

Ce double paradoxe explique les contraintes contradictoires qui pèsent traditionnellement sur le choix des modes de résolution des conflits familiaux et la volonté de surmonter ce paradoxe justifie les efforts tentés pour trouver des voies de règlement originales de ces conflits. Partout et à toutes les époques, on a en effet cherché le moyen idéal de les apaiser et, à défaut, de les régler. L'espoir de permettre une issue si possible négociée et, en toute hypothèse, rapide et discrète, seule à même de préserver le lien familial, milite pour une résolution « à l'interne » mais l'Etat, soucieux d'assurer le bon fonctionnement de l'institution familiale, est souvent amené à imposer un contrôle externe, quand il ne prétend pas imposer purement et simplement sa justice... Le souci de tenir compte des caractères particuliers des conflits familiaux peut toutefois le conduire à mettre en place des juridictions spécifiques et/ou à exiger une participation de la famille.

Les expériences menées en la matière révèlent donc un choix difficile entre justice privée et publique, quand elles ne procèdent pas d'un savant mélange entre ces deux types de justice.

Ce sont ces diverses expériences que nous nous proposons d'étudier en répondant, par exemple, aux questions suivantes : Qui est ou a été appelé à participer à la résolution des conflits familiaux ? Quels moyens spécifiques ont été mis en œuvre pour régler ces conflits ? Pourquoi certains procédés (tel, par exemple, la médiation familiale) réussissent-ils ici et pas ailleurs ?...

ANNE BONZON

IRHiS (CNRS UMR 8529)

Maître de conférences à l'Université Charles de Gaulle - Lille 3

annebonzon@wanadoo.fr

En 1663, l'assemblée des curés de Beauvais¹ met à l'ordre du jour de ses débats la question suivante : que faire envers une femme qui « en derrière de son mary souffre la hantise et familiarité d'un jeune homme avec sa fille, la recherchant en mariage, quoy qu'elle sache que son mary n'y veut pas consentir, dans l'esperance qu'elle a de luy pouvoir persuader ? ». Elle conclut que « ceste mere ne devoit souffrir ceste familiarité et hantise d'autant que le Pere est le chef de sa famille et qu'on ne peut sans commettre une grande injustice engager sa fille a une affaire si importante que le mariage contre son gré, et que d'ailleurs il y a trop de peril en ceste conversation ». Tout en soulignant le caractère dangereux de cette fréquentation, les curés précisent toutefois que si le père n'est pas raisonnable, qu'il ne veut pas « pourvoir » ses enfants, le confesseur peut conseiller à la mère d'intervenir auprès de son époux afin de l'amener à une attitude plus compréhensive vis-à-vis de sa fille².

Ce cas de conscience, fondé sur un conflit interne à la cellule familiale, vient nous rappeler que les curés, ainsi que toute la hiérarchie cléricale, sont fréquemment amenés, par l'exercice même de leur ministère, à résoudre des conflits familiaux de manière plus ou moins directe. Mais cette activité ayant essentiellement pour cadre le secret du confessionnal, elle n'est habituellement pas saisissable par l'historien.

Pourtant, et surtout lorsque ces conflits se rapportent au mariage, ils sont à la fois du ressort de l'Eglise et de celui de la société. On connaît les discordances révélées dans la période post-tridentine entre les positions de l'une et de l'autre sur ce sujet³. Il s'agira ici d'examiner comment, de manière quasi-indépendante de la justice civile, l'appareil ecclésiastique s'efforce de résoudre ce type d'affaire. Peut-on désigner par le terme de médiation l'intervention cléricale en vue de la résolution de ces conflits ? Quelles préoccupations animent les gens d'Eglise lorsqu'ils se mêlent de ces questions ? Ce faisant, l'image de la famille qui se dégage de leurs positions est-elle en concordance ou en décalage avec celle qui domine alors ? Pour aborder ces questions, je m'appuierai essentiellement sur l'exemple des diocèses de Beauvais et Châlons en Champagne, complétés par des éclairages issus de journaux de curés exerçant dans d'autres provinces.

I. FAIRE RESPECTER LES SACREMENTS.

En ce temps de Réforme catholique et de discipline religieuse de la société, le respect des sacrements est la préoccupation première des membres du clergé. A commencer par le mariage. Fondateur de la famille, il est considéré par les curés comme leur spécialité et le règlement des difficultés qui y sont liées fait partie intégrante de leur activité pastorale. On voit les prêtres du diocèse de Beauvais intervenir

¹ Sur cette instance confraternelle qui rassemble les curés dans plusieurs villes épiscopales depuis le Moyen Age, qu'il me soit permis de renvoyer à A. BONZON, « Fonctions et fonctionnement des communautés de curés dans les villes épiscopales de la province ecclésiastique de Reims au temps de la Réforme catholique », dans *Revue d'Histoire de l'Eglise de France*, t. 93, 2007, pp. 323-341.

² A. D. Oise, G 7951* (registre 1659-1701)

³ J. GAUDEMET, « Législations canoniques et attitudes séculières à l'égard du lien matrimonial au XVII^e siècle », dans *Dix-septième siècle*, n° 102-103, 1974, pp. 15-30 ; Y. JEANCLOS, « Le consentement dans le mariage à la Française aux XVII^e et XVIII^e siècles », dans *Revue de Droit Canonique*, 2003, t. 53/1, pp. 41-76.

dans les dissolutions de fiançailles et dans les mariages irréguliers⁴, recevoir les oppositions après la proclamation des bans⁵, recommander à l'évêque des paroissiens demandant des dispenses pour se marier malgré leur parenté⁶, veiller à la bonne moralité au sein de la famille⁷.

Par ailleurs, en cas de situation irrégulière vis-à-vis du mariage, mais aussi de comportement querelleur ou d'inimitié tenace, assimilables à des péchés publics, les curés sont autorisés à refuser l'absolution à des paroissiens qui s'exposent alors à une forte pression sociale : l'article 67 des statuts synodaux de Beauvais, en 1646, ordonne de différer l'absolution, entre autres, « à ceux qui sont en inimitiez, sans faire leur devoir de se reconcilier⁸ ». Dans les diocèses examinés ici, c'est la traque des réfractaires au devoir pascal qui permet de repérer les conflits familiaux. A Beauvais, l'évêque réformateur Nicolas Choart de Buzenval, à la suite d'une première tournée pastorale, a publié pas moins de quatre ordonnances sur ce sujet entre 1650 et 1679⁹ ; il poursuit ce faisant une offensive entamée dès 1644 par son prédécesseur Augustin Potier¹⁰ ; son confrère de Châlons, Félix Vialart de Herse (1640-1680) ainsi que les deux successeurs de ce dernier, Louis-Antoine de Noailles (1680-1695) et Gaston de Noailles (1696-1720), agissent de même. Dans ces deux diocèses, bien que la part de ceux qui ne communient pas soit finalement fort réduite¹¹, ces cas de résistance suscitent une intense activité de la part d'un clergé majoritairement rigoriste. Ainsi, l'évêque de Beauvais demande aux curés de lui indiquer les noms des réfractaires et de préciser à chaque fois la cause, « si elle est publique ». Sur 88 personnes repérées pour la période 1646-1667, les motifs avancés renvoient dans 10 cas à des séparations d'époux et dans 7 cas à des inimitiés ou conflits, parfois avec un membre de la famille. Là résident donc les causes les plus fréquentes des abstentions.

Dans les deux diocèses, depuis le milieu du siècle, les non-pascalisans font l'objet du même type de poursuite¹² : à trois reprises, une exhortation privée de leur curé ; puis un avertissement public mais anonyme, sous forme d'un affichage à la porte de l'église et d'une annonce au prône de la messe ; une dénonciation à l'évêque ; et enfin le déclenchement d'une procédure d'excommunication. A Beauvais, les archives de l'Officialité ont conservé plusieurs dossiers relatifs aux non-pascalisans¹³. A côté des sentences proprement dites, les pièces qu'ils renferment témoignent de la mise en place d'un véritable suivi de ces individus par toute la hiérarchie ecclésiastique. Par exemple, un mémoire établi dans les années 1660 pour la paroisse de Conteville dresse une liste de 13 paroissiens qui n'ont pas fait leurs Pâques, et précise les raisons de cette abstention. L'action de l'évêque en visite y est parfois indiquée : « Monseigneur luy a parlé, a promis de s'accommoder d'un différent qu'elle a avec son frere » ; ou encore : « Monseigneur leur a parlé, ont promis de se mettre en leur devoir »¹⁴. Sous chacun des noms sont ajoutées les remarques

⁴ Par exemple : A.D. Oise, G 3624 ou G 3640.

⁵ Par exemple : A.D. Oise, G 3635

⁶ Par exemple : A.D. Oise, G 3237 ou G 3630

⁷ Ainsi, en 1662, le curé d'Haudivillers prive de sacrements un nommé Simon Caboche « à cause d'une hantise scandaleuse avec une fille », ainsi que l'intéressée et la mère de celle-ci, « pour permettre ladite hantise », G 3638. Cette affaire est similaire au cas évoqué par la communauté des curés, cité ci-dessus.

⁸ Statuts synodaux de 1646, dans GOUSSET, *Actes de la province ecclésiastique de Reims*, Reims, 1842-1844, 4 vol, t. IV, p. 129. Cet article reprend une ordonnance du 24 octobre 1644, A. D. Oise, G 2353, f° 462.

⁹ 24 novembre 1656, 5 mai 1666, 6 août 1666, 25 février 1679.

¹⁰ Ordonnance du 24 octobre 1644, *op. cit.*

¹¹ Cette question a été étudiée pour Beauvais par Jean VINOT-PREFONTAINE, « Sanctions prises dans l'ancien diocèse de Beauvais au XVII^e siècle contre les réfractaires au devoir pascal », dans *Revue d'Histoire de l'Eglise de France*, 1938, pp. 76-83 et pour Châlons par Gabriel LE BRAS, « Etat religieux et moral du diocèse de Châlons au dernier siècle de l'Ancien Régime », dans *Etudes de Sociologie religieuse*, Paris, 1955, t. I, pp. 54-68 : on ne dénombre qu'une trentaine de cas, en 1698, pour le doyenné de Coole qui compte 4000 communiants environ ; la proportion est sensiblement la même dans le doyenné de Joinville à la même date ; mais de nombreux réfractaires se concentrent dans certaines paroisses (jusqu'à 10% de l'effectif).

¹² Rappelons que Félix Vialart et Nicolas Choart de Buzenval, proches par leurs orientations doctrinales, ont coutume de coopérer, ce qu'attestent leurs échanges épistolaires, BNF, ms fr, coll de Champagne, t. X. Le détail de la procédure a déjà été étudié par les articles précédemment cités de Gabriel LE BRAS et Jean VINOT-PREFONTAINE.

¹³ Outre le « pouillé » du diocèse, A.D. Oise, G 2353, un dossier est spécialement consacré à cette question, A.D. Oise, G 3359 ; on trouve aussi d'autres cas dispersés dans les « dossiers de paroisse » suivants : G 2915 (Andeville), G 3071 (Fouquenies), G 3093 (Le Hamel), G 3247 (Rainvillers), G 3322 (Uilly-Saint-Georges).

¹⁴ A.D. Oise, G 3359

d'un autre visiteur - archidiacre ou doyen rural - et des compléments émanant du curé lui-même. D'autres dossiers, relatifs aux mariages¹⁵, montrent comment sont traités les cas que l'Église considère comme des « scandales ». Comme dans les précédents, on y repère différents niveaux d'intervention cléricale dont la finalité est de réconcilier les époux séparés afin de leur permettre l'accès à la Sainte Table... Par ailleurs, la correspondance entre les curés confrontés à de tels conflits et l'administration diocésaine nous permet de retracer la logique de leurs interventions médiatrices.

Un peu plus tardive, l'offensive est similaire dans le diocèse de Châlons¹⁶. Louis-Antoine de Noailles a demandé dans un mandement de 1681 de lui signaler les noms de ceux qui ne communient pas à Pâques, ainsi que ceux des querelleurs. Mais peu de réponses de curés sont conservées¹⁷. En revanche, les formulaires imprimés pour la visite de son successeur en 1697-1698 s'enquêtent de la présence de procès, d'inimitiés, de scandales et de fidèles qui « n'ont pas satisfait au devoir pascal ». Les réponses nous sont parvenues pour 4 des 9 doyennés qui composent le diocèse¹⁸. En 1704, s'y ajoute une rubrique sur les « vices dominants » de la paroisse. Lors de leurs tournées pastorales, les évêques de Beauvais et de Châlons ont la réputation, d'après leurs biographes¹⁹, de procéder eux-mêmes à des accommodements, ce que confirment les procès-verbaux de visites et certains actes notariés²⁰. Les différents personnages - évêque, archidiacre, doyens ruraux - qui se répartissent les visites peuvent eux-mêmes procéder à des réconciliations²¹. En cas d'échec, il revient aux curés de relayer leurs efforts. Il va de soi que ces derniers, lorsqu'ils rendent compte à leurs supérieurs ou remplissent les questionnaires, s'efforcent de donner la meilleure image d'eux-mêmes. En cette fin du XVII^e siècle, s'ils ne sortent pas encore tous du séminaire, les conférences ecclésiastiques leur ont dispensé une formation régulière et les visites plus fréquentes ont modelé un corps pastoral de qualité²². Les remarques qu'ils formulent au sujet de ces conflits familiaux nous offrent donc un discours homogène, en phase avec ce qu'attendent les différents niveaux de la hiérarchie cléricale.

¹⁵ A.D. Oise, G 3591 à 3602 (Mariages. Scandales et concubinages, 1634-1704) ; G 3604-3680 (Mariages. Quittements et actes divers, 1602-1790).

¹⁶ Dès sa visite pastorale de 1661, l'évêque rappelle aux curés qu'ils peuvent différer l'absolution de ceux qui n'ont pas encore satisfait à la réconciliation ou à la restitution qu'ils avaient promise (*Statuts, ordonnances... de Noailles*, Châlons, Seneuze, 1693, p. 22).

¹⁷ *Mémoire envoyé par Monseigneur à tous les curés de son diocèse en 1681, pour estre instruit de l'état de leurs paroisses*, A.D. Marne, G 14 ; exemplaires de réponses conservées aux A.D. Marne, G 144, G 145, H 1481. Le même prélat, dans le mandement annonçant sa visite, exprime son intention « d'apaiser les querelles et les divisions ; d'accommoder les procez ; d'ôter les scandales » (*Statuts, ordonnances... de Noailles, op. cit.*, pp. 344-345).

¹⁸ Il s'agit des doyennés de Coole, de Joinville, de Perthes et de Possesse, A.D. Marne, G 108, G 112, G 116 et G 119.

¹⁹ GOUJET, biographe de l'évêque de Châlons, insiste beaucoup sur cet aspect : lors des visites pastorales, « s'il y avoit quelque procès, il travailloit, après la visite, à l'accommoder. Il terminoit les querelles et les inimitiés qui alteroient la paix des familles. Jamais il ne laissoit sortir ceux qui étoient en division, qu'ils ne se fussent reconciliés », etc, *La vie de messire Félix Vialart de Herse, évêque et comte de Châlons*, Cologne, 1738, p. 71. De même, MESENGUY rapporte que l'évêque de Beauvais, lors de ses visites, « travailloit à la réconciliation des ennemis, prenoit connoissance de tous les differends des paroissiens, et s'appliquoit ou par lui-même ou par d'autres, soit ecclésiastiques, soit magistrats, ou avocats d'une probité reconnue, à les terminer tous avant la fin de sa visite [...]. Quand il étoit obligé de les quitter sans pouvoir leur faire entendre raison, il n'abandonnoit pas pour cela leur affaire : mais il chargeoit le curé du lieu d'y travailler, et de lui en écrire, engageoit les gentilshommes et les principaux de la paroisse de parler aux parties, mais surtout prioit beaucoup et faisoit souvent penitence pour eux », *Idée de la vie et de l'esprit de messire Nicolas Choart de Buzèval, évêque et comte de Beauvais...*, Paris, 1717, pp. 117-118.

²⁰ Pour Beauvais, un premier sondage dans l'étude de Me Etienne Baudichon a permis de repérer au moins deux accommodements passés au palais épiscopal, en présence de l'évêque, A.D. Oise, 2EP1/1013, 11 décembre 1671 et 12 décembre 1671

²¹ Quelques exemples issus des procès-verbaux du diocèse de Châlons : en 1698, à Savonnière, « plusieurs procès ont été terminés par Monseigneur », A.D. Marne, G 112, f° 78 v° ; à Planrut, où des inimitiés sont signalées, « Monseigneur y a mis ordre », A.D. Marne, G 116, f° 96 v° ; en 1697, à Notre-Dame de Charmontois, le visiteur signale : « Un particulier est séparé de sa femme et pour ce ne fait pas ses Pasques, il nous a promis qu'il la recevra », A.D. Marne, G 119, f° 16 v°.

²² Le diocèse de Beauvais dispose d'un séminaire depuis 1647 seulement, mais les conférences ecclésiastiques et des retraites préparatoires à l'ordination y ont été organisées dès les années 1620, A. BONZON, *L'esprit de clocher. Prêtres et paroisses dans le diocèse de Beauvais. (1535-1650)*, Paris, 1999 ; à Châlons, le séminaire diocésain et les conférences ecclésiastiques fonctionnent depuis 1650, G. CLAUSSE (dir), *Le diocèse de Châlons*, Paris, 1989.

Il faut préciser toutefois que ces conflits restent peu nombreux - une trentaine repérée dans les archives de l'officialité de Beauvais entre 1645 et 1667, une douzaine dans les quatre doyennés du diocèse de Châlons - et que leur traitement par l'Eglise a une valeur essentiellement pédagogique : à partir de quelques déviances, elle souhaite insister sur le respect dû aux sacrements. Ainsi, dans le doyenné de Joinville en 1704, les ordonnances prises lors de la visite d'évêque sont calquées sur les « vices dominants » relevés dans chaque paroisse par son curé. Lorsqu'il est question de « divisions », le visiteur exhorte, comme à Mussé par exemple, « les paroissiens de vivre dans une plus grande union, d'oublier les injures, de se reconcilier les uns avec les autres dans une parfaite sincérité et d'éviter avec grand soin tout ce qui peut blesser la charité »²³. C'est la transgression qui permet de rappeler les normes à respecter, et notamment, au sujet du mariage, l'obligation de demeurer ensemble²⁴.

Les cas d'époux séparés, ceux que nous connaissons le mieux, sont apparemment pour les curés les plus simples à résoudre. Le principe de base est l'indissolubilité du mariage et, contrairement à ce qui s'observe dans le diocèse de Cambrai²⁵, le divorce (*séparation a thoro*) n'est jamais envisagé ici, parce qu'il relève dorénavant de la justice civile, laquelle l'accorde beaucoup moins facilement. Dans les rares cas où une séparation est évoquée²⁶, le clergé, désireux de se réserver le traitement des questions matrimoniales, la considère avec réprobation²⁷. Face aux conflits conjugaux, la seule issue aux yeux des curés est donc la réconciliation, laquelle est présentée, non seulement comme une condition pour le salut, mais aussi comme une question d'obéissance. Ainsi, un curé se réjouit qu'une femme accepte de retourner avec son mari pourtant brutal « pour obéir aux lois de l'Eglise »²⁸. Cependant, si le retour au foyer est avéré dans quelques cas²⁹, les affaires de couples séparés peuvent connaître - n'en déplaise aux curés - d'autres conclusions. La mort en est une : on apprend ainsi du curé de Chevrières que la nommée Renée Deléans a « gagné son proces par la mort de son mary arrivée depuis deux jours »³⁰. La fuite en est une autre, mentionnée par le rapport du doyen rural de Pont en 1664 : « La femme de celluy de Noë-Saint-Rémy est a Paris, laquelle je ne peulx faire revenir... »³¹. Relativement fréquents dans les dossiers de l'Officialité, ces

²³ A.D. Marne, G 113.

²⁴ A Beauvais, l'ordonnance de 1644 déjà citée menace d'excommunication « tous ceux qui vivent dans le mariage en séparation ou divorce ». L'article 99 des statuts synodaux de 1646 reprend cette disposition. A Châlons, en 1661 les doyens sont invités à aviser l'évêque « des duels, des divorces, des inimitiés entre les plus proches », sans pouvoir les absoudre eux-mêmes, *Reglements pour les doyens ruraux pour tenir la main à l'exécution de la visite pastorale du diocèse, Statuts, ordonnances... de Noailles, op. cit.*, pp. 27-34.

²⁵ Cette divergence d'évolution entre les Officialités françaises et celles des anciens Pays-Bas, sur la longue durée, a été analysée par A. LABEL-CLIQUETUEUX, « Le consentement des époux à la séparation. L'Officialité de Cambrai à la croisée des influences (XIV^e-XVIII^e siècles) », Thèse de l'Université de Lille II, 2003. Voir aussi, sur le cas de Cambrai, A. LOTTIN *et al.*, *La désunion du couple sous l'Ancien Régime. L'exemple du Nord*, Villeneuve d'Ascq, Presses Universitaires, 1975, notamment le chapitre 5.

²⁶ Au Hamel, en 1658, une femme séparée de son mari depuis neuf ans semble souhaiter une séparation de corps mais le curé ne s'y montre pas du tout favorable, A.D. Oise, G 3093 ; à Pont, en 1662, une femme qui accepte de revenir avec son mari signale qu'une séparation de biens a été obtenue de la « justice séculière », A.D. Oise, G 3638.

²⁷ Pour les protagonistes, ce sont encore des questions qui relèvent de la justice d'Eglise. Ainsi, l'article 99 des statuts synodaux de 1646, à Beauvais, précise : « Les personnes mariées ne se sépareront point de demeure, que par nostre autorité » ce qui laisse supposer une intervention possible de l'officialité... Pourtant les dossiers conservés n'envisagent pas cette éventualité. On sait par ailleurs qu'un arrêt de 1663 sur appel comme d'abus d'une sentence de l'official de Châlons déclare que le juge d'Eglise n'est pas compétent pour connaître d'une séparation entre mari et femme. Voir T LE MARC'HADOUR, « La répression de la criminalité conjugale : l'exemple des Pays-Bas français », Thèse de l'Université de Lille II, 1996.

²⁸ A.D. Oise, G 3638.

²⁹ Séparés depuis 1658, Jérôme Plessier et Catherine Lalie font l'objet d'une procédure à l'Officialité en 1662. Une note au dos de l'assignation, datée de 1664, mentionne qu'« ils demeurent ensemble en la paroisse de Campremy ainsy que M le doyen l'a mandé », A.D. Oise, G 3359. La même année, le baptême d'un enfant issu de la réconciliation indique que ce rapprochement n'était pas une feinte (acte mentionné par J. VINOT-PREFONTAINE, *op. cit.*, p. 79. Un autre cas de réconciliation est signalé au passage par Richard, curé de Sacy-le-Grand et doyen rural de Pont, en octobre 1664 « pour ceux de ma paroisse, ils se sont remis ensemble », A.D. Oise, G 3640.

³⁰ A.D. Oise, G 3637. De même, le curé de Mouy évoque cette solution au sujet d'un couple séparé en 1661 : « à ce qu'on peut juger elle [l'épouse] ne peut pas vivre bien longtemps », A.D. Oise, G 3598.

³¹ A.D. Oise, G 3640.

cas de déracinement, parfois suivis de remariages, suscitent parfois, à terme, de nouvelles difficultés, liées à des situations de bigamie³².

Il faut donc aller plus avant dans le détail de l'approche ecclésiastique de ces conflits et rechercher maintenant, derrière les interventions conciliatrices, une volonté de pacification des relations humaines.

II - CONTRIBUER À PACIFIER LES RELATIONS HUMAINES.

Les travaux sur les méthodes extra-judiciaires de résolution des conflits, qui se sont multipliés ces dernières années, ont montré qu'il ne fallait pas opposer trop schématiquement les interventions d'intermédiaires dans le rapprochement des parties et le recours à la justice. On sait aussi que les gens d'Eglise figurent au premier rang des conciliateurs, à la fois en raison de l'estime et de l'autorité dont ils jouissent dans la société et parce que leurs fonctions religieuses en font des spécialistes de certaines affaires à connotation morale³³. Quand nous avons la chance de pouvoir suivre l'activité quotidienne d'un curé sur la longue durée par l'intermédiaire de son journal, nous remarquons, parmi les nombreux conflits qu'il s'efforce de dénouer, la place prépondérante des questions familiales. Ainsi, Hugues Aulanier, à la tête de la paroisse du Brignon, dans le Velay, pendant cinquante ans, nous a laissé témoignage de nombreux litiges accommodés ou arbitrés par ses soins³⁴ : 42 en 20 ans (1643-1667 et 1674-1680), répartis irrégulièrement dans le temps. Parmi ces affaires, une dizaine de conflits familiaux - la famille étant ici entendue au sens large de parenté ; il s'agit surtout de successions contestées ou compliquées par la naissance d'enfants de différents lits. Ces accommodements se prolongent dans d'autres activités conciliatrices, très majoritairement liées à la famille : le curé se mêle des arrangements de dot, régularise les mariages qu'il considère comme clandestins et, usant de l'arme de l'excommunication, obtient la repentance d'une fille enlevée et sa réconciliation avec sa mère (1653). A ses yeux, nulle différence entre les accords qui relèvent de l'infra-judiciaire proprement dit et les autres.

Nous disposons de peu de témoignages de cette médiation cléricale avant le XVII^e siècle ; il est probable qu'elle existait, sans qu'elle ait eu nécessairement besoin de laisser de traces écrites. Au temps de la Réforme catholique cependant, plusieurs éléments nouveaux incitent les prêtres à s'impliquer dans de telles activités. D'une part, les missionnaires qui sillonnent alors villes et campagnes du royaume placent la pacification, quel que soit leur ordre d'appartenance, au premier rang de leurs objectifs. La réussite d'une mission se mesure au nombre de réconciliations obtenues, annoncées comme autant de bulletins de victoire³⁵. D'autre part, le mouvement dévot, porteur d'une véritable utopie sociale, place au premier rang

³² Ainsi de cette affaire révélée en 1656 : un certain Noël Brou, marié avec Anne Hue, a quitté la ville de Creil, ce qui a *de facto* mis fin à leur mauvais ménage. Rien n'indique qu'il soit mort, mais son épouse a contracté une nouvelle union, probablement clandestine, avec Mathieu Ringa. D'où des poursuites pour concubinage, A.D. Oise, G 3595.

³³ N. CASTAN, *Justice et répression en Languedoc à l'époque des Lumières*, Paris, 1980 ; J. QUENIART, « Recteurs et régulation sociale en Bretagne au XVIII^e siècle », dans B. GARNOT (éd.), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Dijon, 1996, pp. 231-239 ; E. WENZEL, « Le clergé diocésain d'Ancien Régime au cœur de l'infra-justice : l'exemple de la Bourgogne aux XVII^e et XVIII^e siècles », *Ibid*, pp. 241-249 ; A. SOMAN, « L'infra-justice à Paris d'après les archives notariales », *Histoire, Economie et Société*, 1982, n^o2, pp. 369-375. Y. DURAND, « Le curé, médiateur social aux XVII^e et XVIII^e siècles », dans B. BARBICHE, J.-P. POUSSOU ET A. TALLON (dir.), *Pouvoirs, contestations et comportements dans l'Europe moderne : mélanges en l'honneur du professeur Yves-Marie Bervé*, Paris, 2005, pp. 714-731 ; A. BONZON, « Accorder selon Dieu et conscience. Le rôle des curés dans le règlement des conflits locaux sous l'Ancien Régime », dans A. FOLLAIN (éd.), *Les justices locales dans les villes et les villages du XV^e au XIX^e siècle*, Rennes, 2006, pp. 159-178.

³⁴ S. HEUZE (éd.), *Moi, Hugues Aulanier : journal de l'abbé Aulanier, curé du Brignon, 1638-1691...*, Saint-Vidal, tome II (1641-1650), 1987 ; tome III (1651-1655), 1990 ; tome IV (1656-1661), 1995 ; tome V (1662-1667), 2000, tome VI (1674-1680), 2005.

³⁵ La célèbre mission du P. Honoré de Cannes à Angers, par exemple, accorde une large place à cette dimension réconciliatrice. L'existence d'un lien de parenté entre les anciens ennemis confère une sorte de valeur ajoutée à ces accommodements (*Relation de ce qui s'est passé dans la ville d'Angers au cours de la mission du P. Honoré de Cannes capucin missionnaire apostolique, en l'année mil six cens quatre-vingt-quatre*, 38 p. Voir aussi J. MAILLARD, « La mission du Père Honoré de Cannes à Angers en 1684 », *Annales de Bretagne et des pays de l'Ouest*, 1974, t. 81, pp. 501-516 ; J. DELUMEAU, « Missions de l'intérieur au XVII^e siècle », *Un chemin d'histoire. Chrétienté et christianisation*, 1981, pp. 154-187 ; F. LEBRUN, « Les missions des lazaristes en Haute-Bretagne », repris dans *Cultures et croyances dans la France d'Ancien Régime*, Paris, 2001, pp. 43-73 ; Ch. BERTHELOT DU CHESNAY, *Les missions de saint Jean Eudes. Contribution à*

de ses mots d'ordre et de ses activités la pacification de la société. Dans la paroisse Saint-Sulpice à Paris, un conseil charitable établi dans un premier temps (1651) par le curé Jean-Jacques Olier - dont on connaît l'importance dans la formation de plusieurs générations de clercs - est spécialement destiné à l'accommodement des procès. Réorganisé en 1666 sous l'influence de membres de la Compagnie du Saint-Sacrement, cet organisme dont les procès-verbaux des réunions sont partiellement conservés³⁶ parvient à régler plusieurs différends parmi lesquels un tiers environ renvoie indubitablement à des conflits familiaux. On sait que de petites compagnies de province agissent de la sorte³⁷.

Au début du règne personnel de Louis XIV, la question donne lieu à une série de publications émanant de la Compagnie du Saint-Sacrement, dont un ouvrage d'une centaine de pages intitulé *L'Arbitre charitable, pour éviter les procez et querelles, ou du moins les terminer promptement*³⁸. Anonyme, ce véritable manuel de la médiation, qui prend appui sur l'expérience du conseil charitable de la paroisse Saint-Sulpice, confère un rôle essentiel aux membres du clergé dans la résolution des conflits, qu'il s'agisse de simples querelles, d'inimitiés ou de procès. Les développements qu'il consacre aux curés leur proposent des méthodes calquées sur leurs devoirs pastoraux : offrir leurs services de médiateurs lors du prône de la messe ; interroger les pénitents, lors de la confession, sur d'éventuelles haines ou inimitiés. Pour atteindre les paroisses, l'auteur s'en remet aux évêques : le contenu de son ouvrage, présenté à l'assemblée du clergé en 1670, est diffusé par plusieurs prélats parmi lesquels on ne s'étonnera guère de trouver Nicolas Choart de Buzenval, évêque de Beauvais, et Félix Vialart de Herse, évêque de Châlons. Du reste, ce dernier, parent et proche de Jean-Jacques Olier, a fait publier, dès les années 1650, plusieurs textes abordant ce sujet³⁹. Il a également mis la question des accommodements au programme des conférences ecclésiastiques⁴⁰ de Châlons. Et le diocèse a été le théâtre d'une grande mission des Eudistes en 1665, commandée et financée par l'évêque, avec une forte dimension réconciliatrice⁴¹.

Si les curés adhèrent à ce devoir qui ne fait pourtant pas partie de leurs obligations canoniques, c'est parce que leur activité pacificatrice au service de la communauté rehausse leur image et conforte leur rôle pastoral. Ces hommes d'Eglise sont très certainement sensibles à la concordance apparente entre la médiation religieuse et la médiation sociale : à leurs yeux, il semble que l'image de médiateur qui s'attache au prêtre dans la pensée de l'Ecole française de spiritualité ne contribue qu'à renforcer et à légitimer leur activité conciliatrice. En ces temps de valorisation du sacrement de pénitence, elle les autorise à servir de

L'histoire des missions en France au XVII^e siècle, Paris, 1967, pp. 169-175.

³⁶ Procès-verbaux reproduits, pour les années 1666-1673, dans S. de DONCOURT, *Remarques historiques sur l'église de Saint-Sulpice, tirées du premier volume des instructions et prières à l'usage de ladite paroisse*, Paris, 1773, t. III, Pièces justificatives, pp. 310 et s. Le conseil charitable existe encore en 1698, *Recueil de pièces... relatives à l'administration pour le soulagement des pauvres de la paroisse Saint-Sulpice*, B.N.F., R-1502, doc 28.

³⁷ Par exemple celle de Vitré, en 1655-1656, étudiée par B. RESTIF, « La filiale vitréenne de la Compagnie du Saint-Sacrement au milieu du XVII^e siècle d'après les registres de délibération », communication présentée au congrès de la Société d'Histoire et d'Archéologie de Bretagne en 2005. Je remercie l'auteur d'avoir bien voulu me communiquer le texte de cette intervention. Sur la Compagnie de Vitré et ses différentes activités, B. RESTIF, *La Révolution des paroisses. Culture paroissiale et Réforme catholique en Haute-Bretagne aux XVI^e et XVII^e siècles*, Rennes, 2006.

³⁸ *L'Arbitre charitable pour éviter les procez et les querelles, ou du moins pour les terminer promptement...*, Paris, 1668 (1^{re} éd., s.l., 1666 ; plusieurs rééditions). Cette publication a retenu récemment l'attention de S. CARROLL, « The Peace in the Feud in Sixteenth-and Seventeenth-Century France », *Past and Present*, 178, février 2003, pp. 74-11 ainsi que de J.-P. GUTTON, *Dévots et société au XVII^e siècle. Construire le ciel sur la terre*, Paris, 2004.

³⁹ *Traité des devoirs du bon curé*, dans *L'Eschole chrestienne...*, Châlons, Seneuze, 1660, pp. 415-487 ; *Reglement sur quelques points de discipline ecclésiastique* (23 septembre 1665), dans *Statuts, ordonnances... de Noailles, op. cit.*, p. 50 et s. ; *Mandement du bon emploi que les ecclésiastiques, et principalement les curés, tant des villes que de la campagne, doivent faire de leur tems* (septembre 1657), *Ibid.*, pp. 107 et s. ; *Lettre à tous les fidèles de son diocèse, sur le sujet de la paix* (19 février 1659), *Ibid.*, pp. 269 et s.

⁴⁰ *Recueil de plus importants sujets de piété et de doctrine pour servir aux conférences ecclésiastiques du diocèse de Châlons*, Châlons, 1671.

⁴¹ Ainsi les *Reglemens pour ceux qui sont employez dans les Missions du diocèse de Châlons*, de 1664, précisent : « Ils s'emploieront de bonne heure à pacifier les differens, et à terminer les Procès s'il s'y en trouve, afin de mettre ces personnes en état de recevoir les Sacremens » (*Statuts, ordonnances... de Noailles, op. cit.*, p. 371). Cette mission est aussi évoquée par G. CHEREST, « L'évêque de la paix : Félix Vialart de Herse, évêque et compte de Châlons-sur-Marne, pair de France », *Mémoires de la Société d'Agriculture, Commerce, Sciences et Arts de la Marne*, 1970-1976, ici p. 124 et par Ch. BERTHELOT DU CHESNAY, « Les missions de saint Jean Eudes », *XVII^e siècle*, 1958, pp. 328-348.

guide spirituel et à s'ingérer dans des affaires qui risqueraient de troubler la paix commune. Elle n'incite donc pas nécessairement à un retrait vis-à-vis des préoccupations temporelles.

Que le conflit oppose des parents aggrave ses conséquences pour le salut. Ainsi, le curé lyonnais Noël Chomel, dans un ouvrage qui contribue à diffuser le message de *l'Arbitre charitable*, affirme au sujet de la pénitence, en 1685 : « Si vous êtes parent de votre ennemi, vous ne serez point absous si vous n'êtes resolu de frequenter ou visiter votre parent, selon les regles ordinaires du parentage »⁴². Les curés, sollicités par leur hiérarchie, témoignent eux-mêmes de leur action, nous offrant une image biaisée, mais éclairante de celle-ci. Par exemple en 1727, le curé de Sarry indique qu'il a accommodé plusieurs procès et ajoute : « Il n'y en reste que deux, l'un d'entre François et Perart son beau frere et l'autre entre trois garçons freres només les Chartons et ils sont les une et les autres en voye de conciliation »⁴³. Celui de Vesigneux-sur-Marne précise au sujet des procès : « La paroisse est assez tranquille a cet egard parce que je les previent et les accomode quand il s'en trouve que je n'ay pu prévoir »⁴⁴. En effet, ils sont amenés à tenir informés leurs supérieurs des suites de leur intervention qui a pu commencer, on l'a vu, lors de la visite pastorale. Le mot clé du règlement de ces conflits semble bien la persuasion, recherchée lors des visites de l'évêque, de l'archidiacre ou du doyen rural par le biais d'entretiens particuliers assortis d'admonestations. En cas d'échec, le curé peut poursuivre l'entreprise, soit lors de la confession - mais dans ce dernier cas, contraint au secret, il ne peut pas donner les noms des intéressés - soit autrement. Le curé se présente comme le premier interlocuteur, il va trouver successivement l'un et l'autre des époux, et reçoit leurs promesses⁴⁵. Il cherche à obtenir des engagements fermes de chacune des parties et se fait éventuellement aider par des tiers qui disposent de leur confiance. D'autres intervenants locaux, dotés eux aussi d'une certaine assise sociale, peuvent soutenir l'homme d'Eglise dans ses tentatives réconciliatrices : on note par exemple dans la paroisse du Meux en 1662 la participation de la femme du seigneur, laquelle suit de près les rebondissements d'une affaire d'époux séparés⁴⁶. Dans un autre cas, celui d'un couple écarté de la sainte Table en raison d'un différend avec le frère de la femme, il est prévu que l'accommodement s'effectue sous la direction du curé, du maître d'école et d'un autre intermédiaire⁴⁷.

En cas d'échec, les curés n'hésitent pas à faire alterner la persuasion avec la menace. En effet, dès que l'un au moins des intéressés refuse la réconciliation et, par son attitude obstinée, fait obstacle à l'action du curé, celui-ci en vient à utiliser la menace d'excommunication. Ainsi, dans sa lettre à son évêque, le curé du Hamel explique qu'il a échoué à réconcilier Anne Longuette et son époux, et préconise de passer à l'étape suivante : « Et j'ay seu qu'elle estoit absolument resolu de ne retourner avec son mary quoy qu'on l'excommunie, et partant je vous supplie de m'envoyer pouvoir de l'excommunier »⁴⁸. De même, le curé de Chevrières, sans donner de noms, écrit : « J'ai fait tout le possible pour faire retourner ces deux femmes avec leurs maris et n'ayant peu rien gagner sur ces mauvais esprits je leur ay signifié la contumace escrite de nouveau »⁴⁹. On rencontre aussi des situations où une seule des deux parties accepte l'accommodement⁵⁰. Bien que le petit nombre de cas repérés invite à la prudence, il semble que les menaces aboutissent plus rapidement au résultat recherché quand le conflit n'oppose pas mari et femme,

⁴² N. CHOMEL, *Recueil de plusieurs lettres familiares d'un curé...*, Lyon 1697, Ve lettre (1685), p. 52.

⁴³ A.D. Marne, G 105, p. 3

⁴⁴ *Ibid.*, p. 38

⁴⁵ C'est ainsi que procède le curé de Conteville, qui obtient des promesses par l'intermédiaire d'un tiers envoyé par la femme comme gage de sa bonne volonté. Une annotation du mémoire pour visite (probablement de la main du curé) nous apprend : « M'a promis d'aller apres aoust derniere avec elle, et elle m'a fait dire par un vieillard qui se disoit envoyé de sa part qu'un mois apres qu'il aura demeuré avec elle a Grez elle reviendra demeurer aud. Conteville ou par tout il plaira a son mary », A.D. Oise, G 3359. De même, on voit le curé de Breuil-Le-Vert « s'entremettre », avec d'autres personnes, dans le conflit qui oppose Pierre Gaultier et son père hostile à son mariage, A.D. Oise, G 3644.

⁴⁶ C'est d'ailleurs à cette intermédiaire, désignée comme « la femme de M de Rouville », que le mari promet de reprendre son épouse avec lui, A.D. Oise, G 3599.

⁴⁷ Le visiteur note : « Ils se sont soumis au nommè Roger, au magister et au curé, moyennant cela j'ay dit au curé de les recevoir au sacrement de penitence », A.D. Oise, G 3359.

⁴⁸ A.D. Oise, G 3093.

⁴⁹ A.D. Oise, G 3637.

⁵⁰ Dans la paroisse de Faux, en 1698 : procès « entre la veuve Nicolas Caillat et ses beaux-fils enfants et heritiers dud. Caillat. Desire qu'on l'accomode, ses beaux-fils ne se sont trouvez a la visite », A.D. Marne, G 108, f° 40 v°.

mais frère et sœur ou encore père et fils⁵¹. Sans doute l'absence d'arrière-plan sexuel explique-t-elle cette différence.

Comment, en effet, inciter les intéressés à se remettre ensemble ? Leur en donner l'ordre, comme le fait l'official lors de leur comparution quand l'affaire en arrive à ce stade, semble pure rhétorique. De même que la mise en scène imaginée par le curé d'Ully-Saint-Georges, en 1651, à la suite d'une sentence de l'officialité, n'a pour effet apparent que de rendre évidente à tous, si elle ne l'était pas encore, la faute publique d'une épouse infidèle. Le curé, accompagné du vicaire et de témoins, se rend d'abord chez le mari et lui donne ordre de l'accompagner chez le concubin « pour audit lieu reprendre laditte Blanchet sa femme ». Sur place, l'épouse est mise en demeure de rejoindre le domicile conjugal. Supplée par son mari qui se dit prêt à lui pardonner, elle manifeste, sans surprise, son refus de se soumettre⁵². Néanmoins, la tentative de ritualisation ici décrite⁵³ révèle la capacité des curés à user de moyens diversifiés pour parvenir à la réconciliation, en l'absence de réel pouvoir de contrainte.

Pour extorquer une promesse de réconciliation, les curés se montrent prêts à exploiter la moindre situation de faiblesse. C'est précisément ce que lui recommandent les ouvrages qui encouragent leur médiation : on conseille aux curés, dans *L'arbitre charitable*⁵⁴, d'attendre que les paroissiens réticents à se réconcilier connaissent une mauvaise passe : « On sent la main de Dieu qui s'appesantit sur nous, on a recours au Ciel, et à son Curé, on luy compte [sic] sa douleur, on le prie de renouer l'accommodement »... Ainsi, à Saint-Léger en 1657, une épouse infidèle sur le point d'accoucher ne se voit accorder l'absolution qu'en promettant de revenir vivre avec son mari⁵⁵. On comprend néanmoins que les succès obtenus avec de telles méthodes restent aléatoires et souvent sans lendemain.

Quoi qu'il en soit, le lien maintenu par la correspondance avec l'évêque et ses auxiliaires offre au curé la possibilité d'exercer un autre type d'intercession. S'il appelle parfois le châtiment sur ses administrés, et se montre intraitable pour les obstinés⁵⁶, il peut aussi demander la clémence pour l'un des deux époux, soit parce qu'il le considère comme victime d'une situation qu'il subit, soit parce qu'il a engagé une démarche de réconciliation. Ainsi, on voit le curé de Pont, en 1662, prendre clairement le parti d'une épouse délaissée : « Honnette et vertueuse », c'est elle qui, déjà déshonorée par la vie de son mari, souffre d'être privée des sacrements - subissant en quelque sorte une double peine. Il développe l'image d'une paroissienne soumise, « elle est preste de faire ce qu'on luy demandera⁵⁷ ». Prête à retourner avec son mari qui mène de son côté une vie « toute dérégée », elle mérite d'après son curé d'être admise aux sacrements. De même, le curé du Hamel demande pour sa paroissienne Marie Catignan une levée partielle de la sanction, dans la mesure où elle a offert, devant témoins, de reprendre la vie conjugale en dépit de l'infidélité de son mari. Cette démarche de réparation s'est faite très probablement à l'instigation des curés qui sont présents (celui du Hamel et celui de la paroisse où réside le mari). Celui-ci souligne le caractère volontaire de son geste, développant l'image de l'épouse qui se sacrifie : « elle s'est offerte a quoy on ne la scauroit obliger »⁵⁸. L'urgence pour ces pasteurs est de laisser la possibilité de se confesser ou de

⁵¹ Les conflits entre parents et enfants majeurs proviennent la plupart du temps de l'opposition à un mariage. La position des curés est alors claire : l'opposition formulée par les parents n'empêche pas la validité de l'union. C'est ainsi que face à l'opposition au mariage, en 1660, de Catherine de la Campagne par son grand-père, le curé de Grumesnil se dit prêt à poursuivre le mariage, fût-ce au péril de sa vie !, A.D. Oise, G 3638.

⁵² A.D. Oise, G 3597

⁵³ Sur la ritualisation nécessaire à l'exercice de la médiation, J. P. BONAFE-SCHMITT, « La médiation : une alternative à la justice ? », dans N. KASIRER ET P. NOREAU (éd.), *Sources et instruments de justice en droit privé*, Montréal, 2002, pp. 141-180, plus particulièrement pp. 157-158.

⁵⁴ *L'Arbitre charitable...*, *Ouvr. cité*, p. 12.

⁵⁵ A.D. Oise, G 3634.

⁵⁶ Dans plusieurs affaires, l'obstination de l'épouse joue contre elle : elle se voit complètement accablée par son curé, A.D. Oise, G 3093, G 3359, G 3633, G 3634, G 3636, G 3637.

⁵⁷ A.D. Oise, G 3638. Cette soumission à l'Eglise est un écho à la soumission au mari, qualité attendue des épouses. Cependant, on sait grâce aux travaux de Marcel BERNOS que le discours de l'Eglise sur ce point est plus nuancé qu'on ne le prétend généralement, *Femmes et gens d'Eglise dans la France classique (XVII^e-XVIII^e s)*, Paris, 2003, pp. 119-148).

⁵⁸ A.D. Oise, G 3093. De même, le curé d'Andeville demande l'autorisation au grand vicaire, en 1662, d'entendre en confession son paroissien Guillaume Basseux dès lors qu'il a accepté de « recevoir maritalement sa femme », et avant même que ce geste soit suivi d'effet, A.D. Oise, G 3639.

communier à celui qu'ils considèrent comme la victime. Dans d'autres cas, une punition précipitée pourrait, aux dires du curé, compromettre une activité médiatrice en cours⁵⁹.

Avant l'excommunication, toutefois, les intéressés peuvent développer toute une stratégie de feintes, de contournements, de fausses promesses et de rétractations qui éloigne d'autant l'échéance, et dont certains usent avec une grande maîtrise⁶⁰. Cela explique que les conflits durent parfois plusieurs années⁶¹ avant de donner lieu à une punition effective. Le temps n'allant pas dans le sens d'une simplification de la situation, les curés s'efforcent de repérer les mauvais ménages dès leur naissance⁶².

III - PROMOUVOIR UNE CERTAINE IDEE DE LA FAMILLE.

Le curé est-il bien placé pour exercer cette activité médiatrice ? On a vu précédemment que, proche des problèmes quotidiens de ses paroissiens, il se sentait qualifié pour intervenir auprès de sa hiérarchie dans le sens qui lui paraissait bon pour eux. En effet, la place particulière du curé dans la société rurale le désigne naturellement comme un intermédiaire : il est à la fois membre de la communauté, informé des forces qui parcourent ce microcosme, et différent des autres villageois par sa culture, son origine sociale, son célibat et son lien avec l'extérieur. Cette situation peut être assez inconfortable car il est à la fois le premier maillon de la chaîne (celui qui reçoit les confidences, qui connaît les intéressés, les côtoie quotidiennement), et le dernier (celui qui transmet les assignations et les sentences). Le curé de Saint-Leu-d'Esserent remarque en signifiant une sentence en 1662 « que ces sortes de commissions ne servent qu'à discrediter les curez dans l'esprit des paroissiens quy croient que lesdits curez sont auteurs ou parties secrettes de telles poursuites » ; il ajoute pourtant « cela ny aucune consideration ne me dispensera pourtant jamais d'executer fidelement tout ce quy me sera par vous adresse de la part de Monseigneur⁶³ ». Plus encore, le curé peut être l'accusateur et, comme son devoir l'exige, l'informateur privilégié. Certains nous apparaissent particulièrement scrupuleux, voire excessivement zélés comme celui de Chevrières, qui dans ses lettres de novembre 1661 au greffier de l'officialité ne mentionne pas moins de 5 cas d'époux séparés en même temps, ajoutant : « Je pense que ceste parroisse sera l'unique pour les desordres de ceste nature dans le diocèse⁶⁴ ».

Leur immersion dans la société locale aide les curés à connaître les conflits, mais ne facilite probablement pas leur résolution. C'est en cela que leur rôle de médiateur se distingue de celui que peuvent remplir les missionnaires, présents seulement quelque temps, ou bien les évêques, archidiacres et doyens qui ne viennent sur place que ponctuellement lors des visites. En effet, est-il possible de s'abstraire de tout un environnement villageois, de ses clans et de ses racontars ? Dans leur manière de présenter ces affaires, ces curés ne se montrent pas du tout impartiaux, ce qui explique probablement leurs difficultés à les résoudre. Derrière les variations tenant aux individus et aux situations, on peut considérer que les partis pris des curés reflètent les valeurs qu'ils souhaitent promouvoir au sein de leur paroisse. Celles-ci reflètent les principes chrétiens, mais aussi les attentes de la société locale, comme l'a montré Alain Lottin pour le diocèse de Cambrai au XVIII^e siècle⁶⁵.

⁵⁹ Affaire Jean Blochet, Mouy, 1661, A.D. Oise, G 3598.

⁶⁰ Ainsi, le curé du Hamel écrit à l'évêque au sujet de sa paroissienne Louise Moreau, qu'elle a d'abord offert de reprendre la vie conjugale si son mari acceptait de la recevoir, mais à présent « son mary la veut recevoir et elle ne veut plus ». Ce petit jeu lui permet de gagner du temps : « Depuis trois ans elle cherche toujours allongement et ne songe rien moins que de se remettre », A.D. Oise, G 3093. Autre cas : celui de Charles Chocquet, que le curé de Vendeuil trouve, après la signification de l'excommunication, « tres resolut de reprendre sa femme » en 1655 (après dix ans de séparation), mais qui demeure encore avec sa concubine un an plus tard, A.D. Oise, G 3594.

⁶¹ Dans le diocèse de Beauvais, trois des affaires dont la durée est connue s'étendent sur plus de 9 ans, six durent 4 à 6 ans, cinq durent de 1 à 3 ans.

⁶² Ce souci est exprimé par les curés du Meux en 1662 et de Chevrières en 1660, A.D. Oise, G 3599 et G 3636.

⁶³ A.D. Oise, G 3638

⁶⁴ A.D. Oise, G 3637.

⁶⁵ A. LOTTIN, *La désunion du couple...*, *op. cit.*, p. 182).

Si la reconstitution d'une bonne entente au sein de la famille reste leur objectif ultime, les curés se montrent prêts à comprendre - plus en tout cas que le tribunal ecclésiastique⁶⁶ - les femmes qui ont fui leur foyer à cause des violences domestiques qu'elles y subissaient. Ils n'ignorent pas que le rituel en usage dans le diocèse de Beauvais depuis 1637 indique, au titre des avertissements que reçoivent les fiancés : « L'homme traitera son épouse comme sa compagne, avec bonté et honneur, parce qu'elle a été formée à partir de sa côte et non de son pied »⁶⁷. Et que l'Officialité, lorsqu'elle se trouve face à ce cas, ordonne au mari de « traiter maritalement » sa femme, ou lui interdit de la battre. De même, l'évêque de Châlons propose par l'intermédiaire de ses curés une vision relativement équilibrée des rapports entre époux : « Les femmes se soumettront à leurs Maris comme au Seigneur, de peur qu'il ne blasphème son Saint Nom ; les maris aimeront leurs femmes comme Jésus Christ aime son Eglise, et ne seront point de mauvaise humeur avec elles⁶⁸ ».

Pourtant, les bonnes excuses se trouvent souvent, il faut le reconnaître, du côté masculin. Voici par exemple un curé prêt à comprendre un mari séparé de son épouse défigurée par la maladie, pourvu qu'il lui fasse porter des secours et ne manque donc pas au devoir d'entraide⁶⁹. Il est intervenu vainement en faveur d'une reconstitution du couple : « ce qui est de facheux c'est sa mauvaise disposition car je ne vois pas en luy une bonne volonté de vivre avec elle en société en cas de convalescence » et semble même souhaiter, comme issue de la crise, la mort de la femme ! « Si Dieu veut le sauver il disposera de sa femme pour le faire entrer en luy mesme par après ».

De même, un autre curé semble admettre qu'un époux veuille se débarrasser d'une mauvaise ménagère⁷⁰, surtout si elle se double d'une mauvaise chrétienne. L'homme d'Eglise adhère totalement ici au discours du mari, lequel cherche peut-être à faire passer sa femme pour folle dans l'espoir d'une dissolution. L'ignorance religieuse est invoquée à l'appui de ce qui est probablement l'essentiel : une grande maladresse pour les travaux domestiques, empêchant de fait le partage des tâches qui vient, rappelons-le, au premier rang des motifs que l'on a de se marier⁷¹.

De plus, dans leurs témoignages, les curés n'hésitent pas à relayer tous les racontars qui circulent dans le village, au sujet des mœurs dissolues de telle paroissienne⁷² ou de supposées relations incestueuses de telle autre avec son frère⁷³. Scandale, mauvais exemple, mauvaise édification sont les maîtres-mots de ce discours qui emprunte largement à la *vox populi* et jette l'opprobre sur ce qui vient déstabiliser l'ordre des familles. Cette sensibilité au scandale, dont le curé se fait le porte-parole, tient non seulement à son rôle dans l'Eglise mais à celui qu'il joue dans la communauté. A travers la présentation des conflits familiaux

⁶⁶ Pour le tribunal, faire son devoir signifie, pour la femme, revenir avec son mari, même brutal, même s'il est enjoint à celui-ci de la traiter « maritalement ».

⁶⁷ *Manuale bellonacense, reverendi in Christo patris domini, D. Augustini Potier Episcopi et Comitibus Belvacensis, ac Franciae Paris auctoritate restitutum*, Beauvais, 1637, p. 138-139. Voir aussi A. BONZON, *op. cit.*, pp. 350 et s.

⁶⁸ F. VIALART DE HERSE, *Lettre à tous les fidèles de son diocèse, sur le sujet de la paix*, 1659, dans *Statuts, ordonnances... de Noailles, op. cit.*, p. 275.

⁶⁹ Il la décrit « enflée, pleine d'ordures, qui peuvent servir de pretexte suffisant pour ne pas demeurer dans ce temps avec elle, pourvu qu'il l'assiste et la visite quelquefois », A.D. Oise, G 3598.

⁷⁰ Le témoignage du mari mérite d'être largement cité : « Je ne suis point séparé sans juste cause car a l'heur de minuyct s'en nest allée sans scavoit ou, plus luy davoit prié de mestre la marmite et apprester le disner, elle a bien pendu la marmite mais alle na rien mis dedans et sy elle fessoit un feu arrotire tant que la marmite fut cassée. Il a pour dire sur toutes choses elle ne peult rien faire na point na droit jusque pour aller au puis elle a mis le saille au bout de la soue sans la crocher tant que la saille est demeuré dans le puis, apres quand ont luy a commandé d'aller donner de la paille a les vasches elle leur a donné de l'avoinne pour montrer qu'il y a bien apparence quelle n'a point d'entendement. Apres quand on a fait la lessive elle mestoit les sendres au sous au lieu de les mestre au dessus, elle ne seroit point retourner une chemise elle ne scait point par quel bout il faut commencer. Quelle apparence d'avoir une femme sans scavoit faire un morceau de pain ny avoir vullu apprendre a en faire. Jusque a sa creance elle n'en scait point ny pater ny ave maria car seulement le curé de Rothois et Gaudechart dit qu'il ne l'eust point marié sy eust esté sa parroissienne », A.D. Oise, G 3624.

⁷¹ C'est ce qu'expose, notamment, le catéchisme du concile de Trente en 1566, M. BERNOS, *Op. cit.*, p. 124.

⁷² A Saint-Léger, Barbe Mennessier « porte scandale dans la paroisse à cause de sa hantise avec certains quidams », A.D. Oise, G 3633.

⁷³ Au Hamel, Louise Moreau est accusée d'être manipulée par son frère, « sans luy elle retourneroit [chez son mari] et tout le monde le juge plus criminel encor qu'elle, ils couchent mesme ensemble a ce qu'on dit », A.D. Oise, G 3093.

par ces prêtres, un parallèle s'établit entre deux niveaux de pacification. A l'intérieur de la famille, il faut éviter au maximum le conflit - ce qui signifie accepter patiemment l'autre tel qu'il est : supporter les violences, revenir vers un mari « déloyal et infidèle », accepter les enfants de l'autre. Au sein de ce lieu privé qu'est la famille, les difficultés devraient normalement se régler à l'interne, et l'action du prêtre se limiter à la confession, et demeurer secrète. C'est quand le conflit ne peut plus être retenu à l'intérieur de la famille qu'il devient « scandale » et éclate sur la place publique, soit par la séparation du couple, soit par l'abstention de la confession et de la communion pascales, soit parce que les violences sont de notoriété publique : ainsi le seul conflit entre enfant et parent que j'ai rencontré - hormis ceux qui touchent au consentement à un mariage - est d'une rare violence : un fils de 19 ans qui bat sa mère, « laquelle il maltraite non seulement de paroles mais de coups, si bien qu'il y a quinze jours il manqua de luy jeter un œil hors de la teste⁷⁴ ».

Lorsque le conflit se transforme en scandale, il représente une véritable anomalie qui non seulement met en péril le salut des intéressés, mais risque de déstabiliser la communauté tout entière. C'est pour cela que l'aspect « contagieux » de certaines séparations inquiète certains curés⁷⁵. Dans ce cas, il est essentiel pour eux de contenir l'affaire à l'échelle de la communauté, ne pas la faire émerger de la sphère locale et religieuse. Voilà pourquoi certains minimisent la chose : après avoir évoqué pas moins de quatre cas de séparations d'époux, le curé du Hamel conclut son rapport par ces mots : « il n'y a plus par la Grace de Dieu que ces quelques épines à couper, le reste va assez bien⁷⁶ ». De son côté, Jean-Baptiste Raveneau, curé de la région de Meaux qui a laissé son journal, s'efforce également de résoudre le plus discrètement possible ce type de difficulté : en janvier 1684, plutôt que de livrer à la justice séculière un jeune homme qui a eu un enfant illégitime avec une fille de la paroisse, il précipite le mariage célébré sans cérémonies, après avoir pris la précaution de dresser un acte par lequel le jeune homme reconnaît sa faute et annonce son intention d'épouser la fille. Sur ces conflits internes, on le voit, l'intervention du curé obéit à une logique simple : maintenir l'affaire à l'intérieur de la communauté, obtenir une pacification qui évite à la fois les violences et le recours à l'appareil judiciaire. Raveneau note au sujet du mariage précipité « mais moy de le livrer à la justice séculière, luy qui se venoit jeter entre mes mains pour se mettre à couvert, c'eut esté trahir mon Ministère et ma conscience⁷⁷ ».

Cette situation particulière, à l'intersection des intérêts locaux et de ceux de l'Eglise - lesquels ne sont pas nécessairement contradictoires - s'exprime dans le parallèle souvent établi entre la paroisse et la famille. L'image du père est toujours convoquée pour parler du rôle pacificateur des curés : ainsi le chanoine Dognon, dans le traité *Le bon curé*, de 1638, écrit : « Estant Pere Spirituel et commun d'eux tous [ses paroissiens], vous devez garder au mieux que vous pourres entr'eux l'équité que saint Ambroise recommande aux peres naturels à l'endroit de plusieurs enfans, lesquels il leur commande d'aimer sans preference⁷⁸ ». De même, le *Traité des devoirs du bon curé* de Félix Vialart conseille, en 1660, de ne « jamais prendre party pour l'un, ni pour l'autre, mais se montrant un Père commun à leur endroit⁷⁹ ». C'est sans doute de telles images que les curés tirent argument pour se considérer non seulement comme les garants de l'autorité et de l'ordre, mais aussi comme les pacificateurs par excellence des conflits familiaux.

Alors que la pacification sous la conduite des clercs n'est pas toujours bien reçue quand il s'agit de haines recuites ou de différends entre voisins, il semble que pour les conflits familiaux, leur compétence soit assez largement reconnue. Cette particularité s'explique probablement par la forte interaction avec l'administration des sacrements, domaine de compétence des curés, mais aussi par la connotation morale de tout ce qui s'attache à la famille ainsi que par le relatif consensus sur les valeurs fondatrices de celle-ci : soumission de la femme au mari, partage bien défini des tâches entre l'un et l'autre, obéissance des enfants aux parents, fraternité entre enfants d'un même couple.

⁷⁴ A.D. Marne, G 106, f°38.

⁷⁵ Celui de Chevières, honteux que sa paroisse compte simultanément cinq ménages désunis, écrit à son doyen, le 1^{er} septembre 1660 : « Le mauvais exemple du mariage separé de Martine Vallée a produit ici quelque chose de semblable, la mere de ce porteur a esté chassée de son mary depuis quinze jours pour de foibles pretextes », etc., A.D. Oise, G 3636 et G 3637.

⁷⁶ A.D. Oise, G 3093.

⁷⁷ *Journal (1676-1688) de Jean-Baptiste Raveneau*, Etrepilly, 1994, p. 165.

⁷⁸ R. DOGNON, *Le bon curé, ou advis à MM les curez, touchant leurs charges...*, Rouen, 1638, p. 345.

⁷⁹ *Traité des devoirs du bon curé*, *op. cit.*, p. 439.

Quant à la réalité et aux résultats de la médiation cléricale, il faut bien reconnaître qu'ils nous échappent en grande partie. Nous en saisissons néanmoins les circonstances et les motivations, qu'elles soient religieuses ou non. En raison de leur place dans la communauté, les curés représentent des médiateurs particulièrement qualifiés. Tenus au secret, ils savent contenir les conflits dans la sphère privée ; mais leurs fonctions les obligent parfois à les rendre publics. S'ils paraissent agir sous l'impulsion de leur hiérarchie, ils se préoccupent également de la cohésion de la société locale, laquelle repose précisément sur la cellule familiale et sur le respect de certaines normes en son sein. C'est sur ce fondement que repose leur autorité.

L'INTERVENTION DE L'INTENDANT DANS LA RESOLUTION DES CONFLITS FAMILIAUX :
L'EXEMPLE DE L'INTENDANT D'AUVERGNE AU XVIII^E SIECLE.

VIRGINIE LEMONNIER-LESAGE
Professeur à l'Université de Nancy II
Centre Lorrain d'Histoire du Droit
virginielesage@wanadoo.fr

« *L'un, touché des soucis, des longueurs, des traverses,
Qu'en apanage on voit aux procès attachés,
S'offrit de les juger sans récompense aucune,
Peu soigneux d'établir ici-bas sa fortune.
Depuis qu'il est des lois, l'Homme pour ses péchés
Se condamne à plaider la moitié de sa vie.
La moitié ? Les trois-quarts, et bien souvent le tout.
Le conciliateur crut qu'il viendrait à bout
De guérir cette folle et détestable envie* ».

La Fontaine, *Fables*, liv. XII, fable XXIX : Le juge arbitre, l'hospitalier et le solitaire (extrait).

On sait que les conflits familiaux se règlent avant tout au sein des familles. La justice domestique est prépondérante ; elle représente le premier stade de la résolution de ce type de conflits. Elle est bien sûr difficile à apercevoir parce que, par définition, elle se veut discrète, pour ne pas dire secrète. Elle relève de la parajustice telle qu'elle est définie par B. GARNOT : « ... procédure privée, située... hors de la justice, (qui) ne suppose ni intervention d'un tiers, ni publicité, simplement un accord accepté par les deux parties... »¹. Nous n'en gardons trace, directement, que lorsque la famille décide de faire enregistrer l'accord par le notaire. Nous l'apercevons parfois, indirectement, lorsque l'entente se brise et que la résolution du conflit suppose une intervention extérieure à la famille et qu'il est fait allusion à l'échec du précédent accord. Nous sommes alors face à un deuxième stade de la résolution des conflits ; celui de l'infrajustice qui fait intervenir un arbitre. Toujours selon B. GARNOT : « L'infrajustice suppose des procédures publiques d'accommodement, hors de la justice, avec l'intervention d'un tiers choisi à dessein pour entériner l'accord ou pour décider d'un arbitrage, que la pression du milieu impose, si nécessaire, aux deux parties... »².

A ce stade de la résolution des conflits familiaux, la conciliation est encore préférée à l'intervention de la justice³. Arbitrage, transaction⁴, compromis, médiation, accommodement⁵... en définitive, il semble que

¹ B. GARNOT, « Les victimes pendant l'Ancien Régime », *La cour d'assises. Bilan d'un héritage démocratique*, La documentation française, coll. Histoire de la justice, association française pour l'histoire de la justice, 2001, pp. 241-245.

² B. GARNOT, « Les victimes pendant l'Ancien Régime », *op. cit., ibid.* Nous retenons cette définition plus précise que celle de F. CHAUVAUD, *L'infrajudiciaire du Moyen Age à nos jours*, (dir, B. Garnot), débats, p. 194 : l'infrajudiciaire : « c'est le règlement de tous les écarts à la norme qui ne trouvent pas de solution devant les tribunaux, quel que soit le mode de ce règlement, vengeance privée, ou arrangement, ou négociation ».

³ Parfois même elle est imposée. Ainsi en Italie, les statuts florentins de 1325 « finissaient par rendre obligatoire de recourir à l'arbitrage dans le cas de litiges surgissant au sein du groupe familial lui-même ». cf. A. ZORZI, « Conflits et pratiques infrajudiciaires dans les formations politiques italiennes du XIII^e au XV^e siècle », *L'infrajudiciaire du Moyen Age à nos jours*, (dir, B. Garnot), p. 22.

⁴ C. GAUVARD, *L'infrajudiciaire du Moyen Age à nos jours*, (dir, B. Garnot), débats, p. 462 : « il me semble qu'on a trop

les rédacteurs de ces actes ont eu une terminologie fluctuante, mais en cas d'échec, le stade ultime sera le recours à la justice⁶.

Le plus souvent, les membres d'une même famille, en conflit, se tournent spontanément vers l'arbitre par excellence : le notaire⁷. Le pourcentage des actes de transaction dans les registres des notaires peut parfois être élevé⁸. Mais un autre interlocuteur, moins attendu, est parfois sollicité : l'intendant. Les archives de l'intendance permettent de mieux approcher cette frontière mouvante, non seulement entre l'infrajustice et la justice, mais aussi entre la justice retenue et la justice réglée.

Par sa formation, l'intendant est un juriste parfaitement à même de résoudre les conflits familiaux⁹, mais cette mission est rarement abordée par les historiens du droit. L'on s'attache surtout à présenter l'administrateur d'une province ou d'une généralité, d'une intendance.

Bien sûr l'intendant a une mission de justice ; « elle est l'attribution cardinale des intendants »¹⁰, mais il s'agit pour lui de régler essentiellement un contentieux administratif. De même, lorsqu'il intervient dans le domaine pénal, c'est pour garantir la sûreté de l'Etat¹¹.

Peut-être son intervention en matière de conflits familiaux répond-elle à sa mission de police. En effet, on range sous ce terme, d'acception particulièrement large depuis le Moyen Age, non seulement tout ce qui concerne l'administration générale mais aussi le « bon état naturel et moral de la société »¹². La famille

confondu l'arbitrage et la transaction. Dans la résolution de l'infrajudiciaire, il y a des degrés normatifs : la transaction simple, et l'arbitrage, qui n'est qu'une forme de la transaction ». Cf. également J. BART, *ibid.* : « En somme, il y a une espèce de graduation dans l'infrajudiciaire : quand deux individus réalisent une transaction, ils sont loin de l'institution judiciaire, et quand ils s'entendent sur un arbitre, ils constituent une sorte de substitut de l'institution judiciaire ».

⁵ Y. CASTAN, *L'infrajudiciaire...*, *op. cit.*, *ibid.*, « Il me semble que le juge officiel est un homme qui dit le droit, un droit que tout le monde peut connaître, et qui, par conséquent, a une certaine universalité. Mais quand on fait appel à l'arbitre, le terme indiqué est celui d'accommodement : on cherche sur le terrain empirique un endroit où on ne se montera pas trop les uns et les autres sur les pieds. L'accommodement est une réalité prosaïque, qui tient au fait que les gens tiennent surtout à ne pas avoir entre eux des conflits qui pourraient avoir des conséquences néfastes ».

⁶ BCIU Clermont-Ferrand, fonds Auvergne, A 82 IV, Mémoire signifié pour messire Guy-François Durant... et messire Jean-Baptiste Durant... contre messire François Durant, sieur de saint-Cirgues. Le *factum* évoque « la paix dont jouissoient les parties, sous la foy des reglemens de famille fait entr'elles ». Cette paix est troublée : un conflit s'élève entre les frères à propos de leurs droits respectifs dans les successions de leur père et aïeule. La première atteinte à la paix a été donnée par le sieur de Saint Cirgues « en refusant de soumettre ces droits à la décision des arbitres ». Le recours aux arbitres apparaît alors comme une solution pour maintenir la paix entre les membres de la famille. La paix est rompue lorsqu'il y a recours à la justice traditionnelle. A propos du recours aux arbitres, l'avocat mentionne : « c'étoit sans doute le parti le plus naturel et le plus décent entre des personnes que les liens du sang unissent de si près, la voye de conciliation étoit la seule qu'ils devoient prendre pour terminer leur différens ». On notera ici la confusion de la terminologie : décision des arbitres et conciliation.

⁷ A. ZORZI, *ibid.* pp. 21-22 fait le même constat pour l'Italie médiévale : « Les protocoles notariés laissent entrevoir un réseau de relations de médiation fonctionnant dans le cadre des relations de voisinage ou d'une corporation de métiers qui concourait à la résolution pacifique du conflit : c'est ce qui ressort, par exemple, des actes notariaux toscans du XIII^e siècle et romains du XIV^e siècle. Pour les conflits touchant à la transmission du patrimoine (héritage, dot, etc...) on tendait le plus souvent à recourir à la procédure de l'arbitrage, les arbitres étant choisis dans une large mesure par les parties parmi les individus inspirant une confiance réciproque (parents, amis, voisins) ».

⁸ J. FAYARD, *L'infrajudiciaire...*, *op. cit.*, débats, p. 130 : « En Valais, surtout au XV^e siècle, lorsque l'évêque contrôle strictement la nomination des notaires, au moins 10% des actes notariés sont des accommodements » ; J. BART, *ibid.*, « En Bourgogne, les protocoles des notaires des XIV^e et XV^e siècles permettraient de saisir beaucoup d'arrangements et de compromis ».

⁹ A. RIGAUDIERE, *Introduction historique à l'étude du droit et des institutions*, Economica, Paris, 2006, p. 673 : « Son état d'esprit est celui d'un juriste formé à la pratique d'une cour souveraine où il a presque toujours été conseiller avant de devenir maître des requêtes... Il y avait là tout un vécu qui valait à l'intendant de conserver l'esprit d'indépendance de la magistrature et d'apporter à sa carrière d'administrateur ses inestimables qualités de juriste ».

¹⁰ A. RIGAUDIERE, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 681

¹¹ A. RIGAUDIERE, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 683 : « Il a ... compétence pour poursuivre et réprimer dans les plus brefs délais, tous les crimes contre l'Etat, assemblées illicites, monopoles, séditions, rebellions et, de manière plus générale, toute entreprise contre le roi, l'Etat et ses agents. Relèvent aussi de son pouvoir d'investigation et de sanction le faux-saulnage, la contrebande, ainsi que tous crimes de péculat, de concussion et de détournement de fonds publics propres à ternir l'image du gouvernement et de l'Etat ».

¹² A. RIGAUDIERE, *Introduction historique...*, *op. cit.*, p. 685

n'est-elle pas le pilier de la société ? La paix des familles est certainement pour l'intendant un gage de ce bon état moral de la société et tout particulièrement de sa province.

Et, effectivement, en pratique, si l'on se réfère à nos archives, l'intendant dépasse très largement ce cadre administratif d'intervention auquel le limitent souvent les auteurs.

Nous conservons aux archives départementales du Puy-de-Dôme bon nombre de dossiers que l'intendant lui-même appelle « affaires particulières »¹³, parmi lesquelles de nombreux conflits de famille traités entre 1689 et 1762. Les dossiers sont très inégaux. Certains ne sont constitués que d'une ou deux pièces – généralement la requête présentée à l'intendant – mais beaucoup sont plus étoffés, comprenant de nombreux échanges épistolaires entre Paris, l'intendant, les subdélégués et les particuliers.

Ces archives particulièrement riches nous permettent de saisir le rôle joué par l'intendant dans la résolution des conflits familiaux. Homme du roi exerçant sa justice retenue, il est aussi l'homme de la population qui sollicite son autorité protectrice. Son degré d'implication dans la résolution du conflit familial est variable. Entre justice et infrajustice, l'intendant évolue.

La frontière entre les deux modes de résolution des conflits (justice – infrajustice) est parfois très nette ; l'intendant évolue dans un cadre bien défini (I) mais cette frontière est parfois aussi, mouvante. Justice et infrajustice s'imbriquent, se répondent (II).

I. UN CADRE D'INTERVENTION EN PRINCIPE BIEN DEFINI : JUSTICE OU INFRAJUSTICE.

L'intendant interviendra dans le cadre de la justice du conseil du roi, en qualité d'informateur. Il pourra aussi intervenir plus directement, dans le cadre de sa propre justice, celle du commissaire du roi, qui exerce la justice retenue. Mais en dehors de ce cadre strictement judiciaire, il sera parfois fait appel à lui en qualité d'arbitre, et, plus souvent, on sollicitera son intervention pour permettre une conciliation entre les membres de la famille par l'entremise de son autorité.

Premier cadre d'intervention : l'exercice de la justice retenue par le conseil du roi.

L'intendant peut être saisi par Paris, par le chancelier ou par un ministre qui a reçu un placet à présenter au roi. Le conflit de famille sera tranché par le conseil du roi. L'intendant ne jouera qu'un rôle d'informateur pour permettre à Paris d'apprécier l'opportunité du placet. Il joue alors, en quelque sorte, le rôle de relais entre Paris qui a besoin d'informations et le subdélégué qui les détient pour être sur le terrain.

Le sieur Chabrol¹⁴ a adressé un placet au roi pour qu'il lui permette de disposer entre vifs de son bien en faveur de son fils du second lit¹⁵, « ayant des sujets de mécontentements contre ses enfants du premier lit ». Nous sommes, là encore, dans le cadre de la justice du roi qui a été saisie ; l'intendant jouera le rôle d'informateur.

Le 24 août 1730, Saint-Florentin, secrétaire d'Etat, écrit une lettre à l'intendant d'Auvergne, Trudaine, pour qu'il s'informe de la situation du sieur Chabrol et des conséquences qu'il y aurait à accepter le placet. Trudaine, le 29 août, en marge de cette lettre qu'il a reçu le jour même, ébauche un courrier à l'intention de son subdélégué¹⁶ de Riom, monsieur Urion ; courrier par lequel il répercute la demande d'information.

¹³ Ces affaires particulières sont rassemblées sous les cotes 1 C 1661 à 1 C 1700, Elles représentent environ 9 m.l. d'archives.

¹⁴ ADPDD 1 C 1671, Affaire Chabrol, 1730. Il s'agit de Jacques Chabrol, reçu avocat du roi à la sénéchaussée d'Auvergne en 1697 où il exerça ses fonctions pendant près de trente six ans.

¹⁵ Il s'agit de Guillaume-Michel Chabrol, dernier commentateur de la coutume d'Auvergne. Cf. M. WELTER, *Chabrol et la coutume d'Auvergne*, discours prononcé à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Riom, 4 novembre 1873, p. 11 : « Il [Jacques Chabrol] approchait de la vieillesse lorsqu'il épousa, en secondes noces, la veuve d'un de ses collègues, M. de Brugeas, ancien conseiller au Présidial de Riom ; et c'est de ce mariage que naquit à Riom, le 1^{er} septembre 1714, le commentateur Guillaume-Michel Chabrol ».

¹⁶ A. RIGAUDIERE, *Introduction historique...*, p. 694 : « Ces subdélégués sont, le plus souvent, choisis parmi les juges, les avocats ou les autres hommes de loi. Ce sont, la plupart du temps, des agents recrutés sur place qui proviennent du milieu des officiers locaux. Ils deviennent rapidement des agents importants et l'intendant leur délègue des compétences extrêmement larges ».

Trudaine transmettra les informations attendues par Paris et appuiera la demande de Chabrol. Le 20 septembre 1730, Saint-Florentin informe Trudaine qu'il a transmis le placet au roi et il lui adresse le brevet dont Chabrol aura besoin pour disposer librement de ses biens en faveur de son fils Guillaume-Michel Chabrol¹⁷.

Dans l'affaire Garderin, la lettre que le chancelier d'Aguesseau adresse le 18 janvier 1738 à l'intendant d'Auvergne Rossignol est explicite : « Monsieur, Je vous envoie l'extrait d'une lettre que le sieur Garderin de Lascarière m'a écrite, afin que vous preniez, s'il vous plaist, la peine de vous faire instruire par des personnes sûres des faits qui y sont exposés, et de m'en rendre compte »¹⁸. Rossignol répercute la requête et saisit le subdélégué d'Aurillac, Lasvernhes dès le 26 janvier. Celui-ci mène son enquête sur le terrain et rend compte à l'intendant par courrier du 2 mars 1738¹⁹. Fort de ces renseignements, le secrétaire de l'intendance – Rossignol étant malade – répercute l'information au chancelier.

Dans l'affaire d'Escorailles, c'est encore la justice retenue du roi qui est saisie ; le secrétaire d'Etat sollicite l'intendant : « ayez, s'il vous plaist, agréable de vous informer le plus secrettement quil se pourra des faits enoncez dans ce placet et de m'en mander la vérité avec votre avis pour en rendre compte au roy »²⁰. L'intendant répercute la requête auprès de son subdélégué dans des termes identiques. Il faut noter que l'information devra se faire « le plus secrettement quil se pourra ». Nous n'avons rencontré cette mention que pour cette affaire. Elle se justifie certainement par le fait qu'il s'agit d'enquêter sur la vie scandaleuse d'un grand d'Auvergne.

Sans se limiter à une simple demande d'informations, le chancelier ou le ministre peut aussi demander à l'intendant d'aller plus loin et de rendre la justice lui-même, d'exercer la justice retenue du roi.

Deuxième cadre d'intervention : la justice retenue exercée par le commissaire du roi.

Joachim Fabre, invalide, adresse un placet au ministre et secrétaire d'Etat à la guerre « a ce qu'il luy plaise vouloir bien renvoyer la connoissance du fait par devant monsieur l'intendant de Clermont pour luy en rendre justice ». Le ministre adressera le placet à l'intendant et lui demandera d'examiner l'affaire et de procurer à Fabre toute la justice qu'il pourra lui accorder²¹.

Dans ce même cadre de la justice retenue, il semble parfois que l'intendant se saisisse de son propre mouvement.

Granier, élu particulier en l'élection de Mauriac et son fils doivent depuis près de trente ans la somme de 20 000 livres aux Granier de Paris, « tant pour droit de légitime que pour argent prêté »²². Plusieurs sentences du Châtelet ont ordonné le remboursement de la somme, « sans que les sieurs Granier aient pu en arracher un sou ; ils ont au contraire essuié toute la chiquane la plus raffinée de la part de ceux de Mauriac pour en éluder le paiement jusques à deffendre aux huissiers dudit lieu dexploiter contre eux ».

Face aux manœuvres des Granier de Mauriac, qu'il découvre lors de l'une de ses tournées, l'intendant de la Granville semble se saisir d'office de l'affaire. Il entend, immédiatement, sur place à Mauriac, contradictoirement, les parties et ordonne à l'élu de verser une provision à son parent parisien en attendant qu'il règle définitivement le problème à son retour à Clermont²³. Dans le même temps, il

¹⁷ Le panégyriste de son fils, M. Welter, rappelle cette donation sans faire allusion aucune au conflit qui opposait Chabrol père à son fils aîné : *op.cit.*, p. 12 : « Plus tard, en 1730, et lorsque Chabrol n'avait encore que 16 ans, son père prenait de nouvelles dispositions en sa faveur ; l'acte de donation qui en fut dressé porte que le donataire agit sans aucune suggestion, mais bien par le motif de prédilection qu'il a pour Guillaume-Michel, son fils, fondé sur ses mœurs, son inclination à l'étude et ce qu'il promet pour l'avenir ». En marge de cette lettre nous conservons le brouillon, daté du 15 octobre, de l'accusé de réception du courrier de Saint-Florentin et du courrier adressé à Chabrol lui transmettant le brevet.

¹⁸ ADPDD, 1 C 1680, Affaire Garderin, lettre du chancelier d'Aguesseau à l'intendant Rossignol du 18 janv. 1738.

¹⁹ ADPDD, 1 C 1680, Affaire Garderin, lettre du subdélégué Lasvernhes à l'intendant Rossignol du 2 mars 1738.

²⁰ ADPDD, 1 C 1678, Affaire d'Escorailles, lettre de Saint-Florentin à l'intendant du 26 nov. 1728.

²¹ ADPDD, 1 C 1678, Affaire Fabre, 1723 : Joachim Fabre réclame à son père marié en secondes noces les comptes des biens de sa mère qu'il retient depuis 28 ans.

²² ADPDD, 1 C 1681, Affaire Granier, requête adressée à l'intendant Trudaine.

²³ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Granier, requête adressée à l'intendant Trudaine : « Cet indigne procédé aient esté

ordonne à son subdélégué « d'obliger les huissiers à exploiter contre les sieurs Granier de Mauriac toutes les fois qu'ils en seroient requis par ceux de Paris et de faire mettre en prison ceux des huissiers qui refuseroient d'obéir »²⁴. Peu de temps avant de partir pour l'intendance de Lille, de la Granville écrit à « Vigier, son subdélégué d'y tenir la main et de faire agir les huissiers ». Les termes employés sont ceux de la justice : les parties ont été entendues contradictoirement ; l'intendant a ordonné²⁵.

L'intendant peut également être saisi par des particuliers, par un tiers ou par l'une des parties, et parmi elles beaucoup de militaires. Les militaires voient dans l'intendant leur protecteur naturel. On sait le rôle important joué par l'intendant dans l'administration militaire de sa province et son intervention vigilante pour des rapports harmonieux avec le pouvoir civil. On peut dès lors s'attendre à ce que l'intendant soit saisi dans sa fonction de juge.

C'est le cas dans l'affaire Guillot²⁶. Si Claude Guillot « soldat dans le régiment du roy, dragon » s'adresse à l'intendant c'est que celui-ci est le « protecteur des gens qui sont au service de sa majesté » et d'ailleurs ce conflit concernant un soldat du roi doit être regardé selon Guillot « comme propres affaires de sa majesté »²⁷. Il demande à l'intendant de rendre une ordonnance exigeant de son père qu'il lui délivre les biens de sa mère décédée. Et prévoyant la réticence de son père, Guillot suggère à l'intendant, pour l'exécution de son ordonnance, « de faire mettre garnison chés ledit Guillot jusqu'au paiement de ce qui sera ... adjudgé »²⁸. Dans l'esprit de Claude Guillot, l'intendant est le protecteur naturel du soldat²⁹.

Le chevalier de Chambaud, capitaine au régiment de cavalerie de Beaucaire supplie le chancelier d'Aguesseau de renvoyer l'affaire qui l'oppose à son frère devant l'intendant d'Auvergne. C'est la justice retenue qui est ici réclamée ; le chevalier demande au chancelier « de vouloir bien luy accorder un arrest d'attribution pour que l'affaire qu'il a avec son frère aîné pour son droit de légitime soit renvoyé pardevant monsieur Rossignol intendant d'Auvergne pour être jugé définitivement »³⁰.

Antoine Grelet³¹, sollicite également de l'intendant une ordonnance pour enjoindre à son père de lui délivrer la dot de sa mère décédée.

L'intendant est régulièrement saisi pour obtenir des lettres de cachet³² qui permettront à la famille d'écarter, sans scandale, la brebis galeuse. Il appartient à l'intendant de faire respecter la « loi des pères »³³.

connu par monsieur De La Granville dans une de ses dernières tournées, après avoir ouy contradictoirement les parties, il ordona au sieur Granier de Mauriac de donner trois mil livres à ceux de Paris, dont l'un estoit alors audit lieu de Mauriac, et ce, à compte des sommes à eux deües. Et que pour le surplus, il régleroit à son retour à Clermont les difficultés qu'ils faisoient de payer le reste ».

²⁴ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Granier, requête adressée à l'intendant Trudaine.

²⁵ Nous sommes ici dans le cadre de la mission de l'intendant qui doit faire appliquer dans son ressort les décisions de justice.

²⁶ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Guillot, 1741.

²⁷ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Guillot, requête de Claude Guillot à l'intendant, 1741.

²⁸ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Guillot, requête de Claude Guillot à l'intendant, 1741.

²⁹ C'est cette idée que l'on retrouve dans l'affaire Pélaçot, fils, ADPDD, 1 C 1690. C'est encore ce qui se dégage de l'affaire Aufort, ADPDD, 1 C 1664. Il ne s'agit pas en l'espèce du règlement d'un conflit familial, mais d'une revendication de terres. Jean Aufort, dit La marche, soldat caporal au régiment de Ponthieu s'adresse tout naturellement à l'intendant pour recouvrer son bien.

³⁰ ADPDD, 1 C 1671, Affaire de Chambaud, placet du chevalier de Chambaud au chancelier d'Aguesseau.

³¹ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Grelet, 1735.

³² A. RIGAUDIERE, *Introduction historique...*, p. 686 : « L'intendant jouait un rôle essentiel dans la décision prise par le roi, dans la mesure où il était souvent consulté avant la rédaction de la lettre. Son contenu dépendait des renseignements qu'il donnait et sa mise en application lui était, pour l'essentiel, confiée. Ainsi jouait-il, en permanence, un rôle de tout premier plan en matière de liberté individuelle ».

³³ ADPDD, 1 C 1673, affaire Collonge, lettre de Mignot à l'intendant du 27 juin 1766 : « J'ose vous la demander (votre autorité) pour cet honnête homme qui méritoit un bien meilleur sort, je suis assuré d'avance que chargé de l'exécution des loix en general dans la province soumise à vos ordres vous vous ferés vous plaisir de faire respecter celle des pères, une des plus sacrées, dans la personne du sieur Collonges en contribuant par vostre crédit à ce que son fils soit mis en lieu de sureté ».

Le sieur Duménil saisit l'intendant du conflit qui oppose Bonniol, changeur de la ville de Riom, à son fils libertin et violent³⁴. C'est la justice de l'intendant qui est sollicitée pour faire interner ce fils indigne. L'intendant rendra une ordonnance dans ce sens.

Dans l'affaire Garderin de Lascarière le différend oppose le père et le fils. Le fils aurait menacé plusieurs fois d'attenter à la vie de son père « par le fer et par le poison »³⁵. Pour écarter le danger et punir se fils indigne avec toute la discrétion requise par son état, le père demande au chancelier « qu'il soit envoyé dans les nouvelles colonies, n'étant pas en état de luy payer une pension ailleurs »³⁶. Froquières sollicite de l'intendant une lettre de cachet pour éloigner son fils marié d'une fille qui vit « dans le libertinage public »³⁷. Dans l'affaire Bert, c'est le frère aîné qui veut expédier son cadet aux îles de la Désirade³⁸. La justice du roi s'est exercée, implacable.

Dans les affaires qui précèdent c'est l'intendant dans sa fonction de juge que les parties sollicitent. Mais le plus souvent, elles espèrent que l'autorité de l'intendant, indépendamment de toute intervention judiciaire, s'imposera aux familles pour régler le conflit amiablement.

Troisième cadre d'intervention : la conciliation.

Ainsi le sieur du Corail fait-il écrire à « monsieur de Trudaine, intendant d'Auvergne pour le prier de prendre connoissance des affaires que le sieur du Corail doit terminer avec sa famille pour les porter tous a un accomodement à l'amiable »³⁹.

Dans l'affaire Dumas, le curé, inquiet d'une situation familiale conflictuelle, réclame l'autorité de l'intendant. Si ce curé écrit à l'intendant pour lui expliquer la situation et demander qu'il la règle d'autorité, il sait que quelques jours auparavant le subdélégué avait, lui aussi, saisi l'intendant. Il insiste : « Les instances de monsieur votre subdélégué de Mauriac sont justes et raisonnables. Votre bonté ordinaire, monseigneur, la justice que vous voules quelle reigne dans votre provaince procurera du pain à des pauvres mineurs et conservera la vie corporelle et spirituelle »⁴⁰. Il écrit encore à l'intendant : « Il y a déjà longtemps que je gémiss pour une famille déplorable ou est compris une mère de l'âge de quatre vingt sept ans y joint quatre personnes » ; un fils prodigue « a expulsé ce pauvre monde dans les rües qui vivent de charité depuis environ un an... il n'est point de moyen que l'hauteur de monseigneur l'intendant d'Auvergne pour le mettre à la raison »⁴¹.

Monsieur de Sieujac saisit l'intendant pour qu'il convainc un certain Rochette, beau-frère d' « un bon homme que nous aimons tous », de s'accommoder avec ce dernier⁴². La seule entremise gracieuse de l'intendant est demandée.

Dans l'affaire Grelet, si le fils réclame la justice de l'intendant, le père, soutenu par un voisin et par Tallemandier, secrétaire du roi à Langeac, sollicite une conciliation menée par une assemblée de parents⁴³.

Le sieur d'Apchin se recommande de sa belle famille, protégée de l'intendant⁴⁴. L'intendant se montre alors très attentif à la requête. En marge de celle-ci, l'intendant note, certainement à l'adresse de

³⁴ ADPDD, 1 C 1667, Affaire Bonniol, 1741. Il ne semble pas y avoir de liens autres que professionnels entre les deux hommes.

³⁵ ADPDD, 1 C 1680, Affaire Garderin, lettre de Dupin au chancelier d'Aguesseau du 19 mars 1738.

³⁶ ADPDD, 1 C 1680, Affaire Garderin, lettre de Dupin au chancelier d'Aguesseau du 19 mars 1738.

³⁷ ADPDD, 1 C 1679, Affaire Froquières, requête du sieur Froquières à l'intendant.

³⁸ ADPDD, 1 C 1666, Affaire Bert, 1764.

³⁹ ADPDD, 1 C 1673, Affaire du Corail, lettre du sieur du Corail, s.d.

⁴⁰ ADPDD, 1 C 1677, Affaire Dumas, copie de la lettre de Fresquet, curé, écrite à l'intendant le 4 déc. 1760.

⁴¹ ADPDD, 1 C 1677, Affaire Dumas, copie de la lettre de Fresquet, curé, écrite à l'intendant le 4 déc. 1760.

⁴² ADPDD, 1 C 1677, Affaire Dupuy, lettre de monsieur de Sieujac à l'intendant, du 21 juin 1731.

⁴³ ADPDD, 1 C 1681, Affaire Grelet, lettre de Lormet à Tallemandier, du 26 juin 1735 : « Je vous prie, monsieur, que vous ayiés la bonté d'ordonner que leurs intérêts soient réglé par une assemblée de parents ou ceux de la mère seront tous appelés ».

⁴⁴ ADPDD, 1 C 1662, affaire d'Apchin, requête de d'Apchin à l'intendant, du 6 juin 1731 : « Quoique je n'ay pas lhonneur destre connu de vous jose prendre la liberté de vous demander vostre protection sous les ospices de monsieur Dupuget encien major de Calais a qui vostre famille a toujours eu la bonté de luy accorder et comme jay eu lhonneur despouser mademoiselle sa fille jespère que vous voudrez bien me faire cette mesme grace en mhonorent de lautorité que vous aves dans vostre intendance ».

son secrétaire, d'écrire au subdélégué Sadourny : « quil me fera plaisir dengager M. d'Apchin, eleu à Aurillac, de rendre justice à M. son oncle sur la légitime quil luy doit »⁴⁵.

Messieurs d'Aubusson-Bausson projettent de marier leur nièce à un procureur de la ville de Riom, « ce qui ne convient nullement »⁴⁶ à l'un de leur parent, le duc de la Feuillade. Le marquis de la Vrillière saisit l'intendant : « S.A.S. m'a chargé de vous écrire que son intention est que vous interposiez vôtre autorité pour suspendre ce mariage, que même vous le disiez à ces messieurs. Et elle m'a aussi ordonné d'en écrire à M. l'Evêque de Clermont afin quil enjoigne au curé de ne point passer outre à la célébration ».

L'intendant aussitôt cherche à rencontrer les protagonistes. Il prend contact avec monsieur Pradier, père du prétendant pressenti, qui lui assure qu'il ne passera pas outre le consentement du duc de la Feuillade. Mais un contrat de mariage a été passé, par chance non encore contrôlé, et l'intendant va alors intervenir pour sauvegarder les intérêts financiers de Pradier avec des arguments que n'aurait pas reniés Molière : « d'un côté le sieur Pradier souhaiteroit fort que la cour ne voulut point s'opposer au mariage de son fils qui luy est fort avantageux, d'un autre côté il seroit fort triste pour luy de payer une grosse somme pour le contrôle du contrat de mariage sil n'a point d'effet et si la cour continue toujours à s'y opposer »⁴⁷.

Le projet de mariage est donc suspendu et l'intendant est maintenant sollicité pour obtenir les renseignements nécessaires au duc de la Feuillade pour prendre une décision définitive quant à cette union ; le marquis de la Vrillière sert à nouveau d'intermédiaire : « Il seroit à propos que vous me marquassiez l'âge, la conduite et quels biens peut avoir mademoiselle Daubusson et l'état de sa famille, d'autant que S. A. S. souhaite le sçavoir »⁴⁸. Le dossier contient deux mémoires, concordants, sur cet état de la famille. L'un est certainement dressé par le subdélégué de Riom, l'autre par le sieur de Bausson lui-même. Celui-ci décrit dans les moindres détails les démêlés familiaux qui l'ont plongé dans un état de nécessité dont seul ce mariage pourrait le sortir ; il est redevable de nombreuses avances qui lui ont été faites pas les Pradier, père et fils et à son tour il demande à l'intendant d'intervenir auprès du duc de la Feuillade et d'assurer sa famille de sa protection⁴⁹.

L'intendant peut au contraire être sollicité pour favoriser un mariage ; c'est la requête que lui adresse monsieur de Siougeat en faveur de son neveu : « il faut que vous maidiés de toutes vos bontés et de tout votre crédit en faveur du comte de Brion mon neveu en luy procurant un établissement qui luy est convenable et qui seroit desjà consommé par les bons sentiments que la demoiselle a pour luy sans les bizarreries ordinaires de la mère lorsqu'il est question de marier sa fille... »⁵⁰.

Ces cadres d'intervention sont clairement compris des populations. Tantôt l'intendant participe à la justice retenue du roi, tantôt il met son autorité au service de l'infrajustice.

Pourtant les affaires sont parfois plus complexes et passent d'un cadre à l'autre.

II. UN CADRE EN PRATIQUE PLUS MOUVANT.

Peut-être même au-delà de la frontière mouvante, il y a véritable imbrication.

Le glissement d'un cadre d'intervention à l'autre, de la justice à l'infrajustice est parfois le fait des autorités ; il peut également être lié au fait que la compétence de l'intendant en la matière est fragile et que tout repose sur son autorité. Autorité impuissante face à la mauvaise foi des parties.

⁴⁵ ADPDD, 1 C 1662, affaire d'Apchin, note, datée du 13 juin 1731, en marge de la requête de d'Apchin à l'intendant, du 6 juin 1731.

⁴⁶ ADPDD, 1 C 1663, affaire d'Aubusson, lettre de Lavrillière à l'intendant de la Granville du 18 janv. 1724.

⁴⁷ ADPDD, 1 C 1663, affaire d'Aubusson, lettre de l'intendant à Monsieur Dodin du 28 janv. 1724.

⁴⁸ ADPDD, 1 C 1663, affaire d'Aubusson, lettre de Lavrillière à l'intendant de la Granville du 9 fév. 1724.

⁴⁹ ADPDD, 1 C 1663, affaire d'Aubusson, mémoire du comte de Bausson adressé à l'intendant : « sans le secours quil (le suppliant) a eut du sieur Pradier procureur à Riom, il estoit contraint de tout abandonner ; se procureur luy a fait des avances considérables luy est son fils qui est avocat au parlement l'ont soutenus dans tout ses malheurs... vous voudres biens, Monseigneur, en luy rendant justice luy accorder lhonneur de vostre protection par vostre avis charitable quil vous demande dans informer Monseigneur le duc de la Feuillade a fin quil se puisse se tirer de la mauvaise situation ou il est ».

⁵⁰ ADPDD, 1 C 1669, Affaire Brion, lettre de monsieur de Siougeat du 27 oct. 1731.

Il est très clair que ces autorités, parisiennes ou provinciales, souhaitent avant tout, dans la plupart des affaires, que les parties trouvent un accord amiable. Les ordres sont souvent donnés dans ce sens. Paris, saisie par un placet pour mettre en œuvre la justice retenue, demandera souvent à l'intendant, en dehors de l'exercice de cette justice, de tenter une conciliation ou d'imposer son autorité pour l'exécution de celle-ci. Nous glissons alors du judiciaire à l'infrajudiciaire.

Monsieur de Pélacot a été condamné aux galères pour avoir été pris en compagnie de criminels. Ses biens furent confisqués et remis à des administrateurs qui les délaissèrent au frère de Pélacot, le sieur de la Pras. En raison de son jeune âge au moment des faits, le sieur de Pélacot obtint du roi des lettres de rappel de galères. Ces lettres lui rendirent sa noblesse sans faire état des biens confisqués. Son frère ne voulant pas les lui rendre, Pélacot adresse un placet au roi, ayant « recours à la pitié de votre majesté pour la supplier d'ordonner à l'intendant d'Auvergne de faire rendre par le sieur de la Prias le bien du suppliant... »⁵¹. L'intendant ne recevra pas un ordre aussi strict. La situation de Pélacot est prise en considération, mais ce sont des consignes de règlement amiable qui sont données à l'intendant. En janvier 1725, le conseiller de la Vrillière écrit à l'intendant d'Auvergne, Bidé de la Granville : « Je sçais qu'aux termes de ses lettres de rappel il n'a rien à prétendre de droit, mais comme il y a cependant une espèce de justice dans sa demande ayez sil vous plait agréable de parler à ce frère et de voir sil ny auroit pas moyen de terminer cette affaire à l'amiable »⁵². C'est l'équité, « une espèce de justice », qui motiverait ce règlement amiable⁵³. L'intendant adressera une lettre aux termes rigoureusement identiques à son subdélégué d'Issoire, monsieur Guérin : « je vous prie de parler au frère et de voir s'il n'y auroit pas moyen de terminer cette affaire à l'amiable ensuite vous aurez agréable de m'en rendre compte en me renvoyant le placet cy-joint »⁵⁴.

Dans un conflit qui oppose une sœur à son frère pour le partage de la succession paternelle, le secrétaire d'Etat, Saint-Florentin, qui transmet le placet à l'intendant, demande à celui-ci « de tâcher de l'engager (le frère) à rendre justice à madame sa sœur »⁵⁵. Il s'agit ici d'une simple entremise gracieuse. L'affaire Chateaueux voit encore l'intendant demander à son subdélégué d'accommoder deux frères à propos de la légitime de l'un d'eux. En l'espèce, l'intendant répercute l'ordre du ministre d'Argenson qui lui demandait de « prendre connaissance de cette contestation et de faire ce que dépendroit de lui pour la terminer à l'amiable »⁵⁶.

Dans l'Affaire Blanc, le chancelier d'Aguesseau demande à l'intendant d'intervenir auprès d'un frère pour qu'il exécute la convention qu'il a passée avec sa soeur. L'intendant pourra certainement à cet effet interposer son autorité. Si le chancelier, dans un premier temps, préconisait d'« engager » le frère à respecter son accord, le mot est rayé et remplacé par « obliger »⁵⁷. L'intendant pourrait passer de l'incitation à la contrainte. Mais jusqu'où pourrait aller cette contrainte ? Pourrait-on passer de l'amiable au judiciaire ? Le dossier ne le dit pas.

⁵¹ ADPDD, 1 C 1690, Affaire Pélacot, Placet

⁵² ADPDD, 1 C 1690, Affaire Pélacot, lettre de la Vrillière de janvier 1725.

⁵³ L'équité des arbitres est souvent recherchée : A.D.M.M., 12 E 31, P.V. Bayon : Alix de Bayon rappelle qu'elle « ne se conduit que par les voyes d'honneur et par des motifs d'équité, de justices et de conscience ». Elle soumet aux arbitres ses arguments tout en leur laissant la possibilité d'en invoquer d'autres « qu'ils vous plaira messieurs de suppléer par vostre équité ».

⁵⁴ ADPDD, 1 C 1690, Affaire Pélacot, lettre de l'intendant Bidé de la Granville du 22 janvier 1725.

⁵⁵ ADPDD, 1 C 1671, Affaire de Chaptés, lettre de Saint-Florentin à l'intendant, du 4 mars 1732.

⁵⁶ ADPDD, 1 C 1671, Affaire Chateaueux, lettre de l'intendant à d'Argenson : « Vous m'avez chargé ... de prendre connoissance de cette contestation et de faire ce qui dépendroit de moy pour la terminer à l'amiable. J'ai écrit a mon subdélégué a Chaudesaigues de voir M. Tarrieux, de l'engager à rendre justice a son frère et de me marquer ce quil auroit fait, et lui a communiqué en prendre de plusieurs personnes parents et amis des 2 frères qui s'employa a les concilier.... Lorsque j'aurai fait ce qui dependra de moy pour concilier les parties, j'aurai lhonneur de vous en donner avis, même de vous faire part des difficultés si aucunes subsistent ».

⁵⁷ ADPDD, 1 C 1667, Affaire Blanc, Lettre du chancelier à l'intendant du 20 oct. 1750 : « Je vous envoie un placet que la nommée Anne Blanc m'a adressé afin que vous preniés la peine de voir si vous ne pourriés point (~~engager~~) obliger son frère à exécuter la convention qui a esté faite entre eux ».

Un autre élément rend la frontière infrajustice – justice mouvante. L'intendant, en matière de conflits familiaux, voit sa compétence parfois contestée. Il ne peut jouer que de son autorité. Ce qui explique que lorsque celle-ci est inopérante, il soit obligé de céder le pas à la justice réglée.

L'affaire Bariane⁵⁸ illustre bien cette possible impasse. Il s'agit de résoudre un conflit qui oppose Jean François Ducros, veuf d'Hélène Chabrier et Madeleine Bariane, veuve de Jean Chabrier, oncle et tuteur d'Hélène. « ... pendant cette tutelle ladite Hélène Chabrier a esté en souffrance sans que son tuteur luy aye donné aucune esducation ny secours ; il consenty seulement à son mariage avec le suppliant »⁵⁹. Un an avant ce mariage, Jean Chabrier fit donation entre vifs de tous ses biens à sa femme. Jamais aucun compte de tutelle ne fut établi. C'est la veuve Chabrier qui saisit l'intendant Trudaine. Au décès de son mari, Jean Ducros faisant valoir la créance de sa femme sur la succession de Jean Chabrier, prit possession de cette succession. Madeleine Bariane requiert de l'intendant qu'il le fasse assigner pour répondre de ses voies de fait et qu'en attendant, eu égard à l'extrême misère de la veuve, il lui adjuge une provision⁶⁰. C'est l'intendant dans sa fonction de justice qui est saisi.

Comme d'habitude l'intendant transmet la requête à son subdélégué qui devra entendre les parties⁶¹. Trudaine préconise une voie amiable tout en se réservant la possibilité d'intervenir d'autorité : « Je vous prie de mander d'une part le nommé Ducros dont elle se plaint et quand vous les aurez entendus contradictoirement de dire à ce Ducros que s'il ne rend de luy même justice à cette pauvre veuve, j'employeray les voyes d'autorité pour ly contraindre »⁶².

Le subdélégué Madur n'a pu entendre les parties contradictoirement, mais il a remis la requête de la veuve Chabrier à Ducros qui a fait immédiatement un contredit. Le subdélégué transmet les pièces à l'intendant. Trudaine étudie le dossier, examine les prétentions de chaque partie, et fait part de son avis au subdélégué : la veuve Chabrier est créancière de la succession de son mari pour la restitution de sa dot et de ses avantages matrimoniaux ; elle est par ailleurs donataire. Ducros au nom de sa femme est lui aussi créancier de la succession, mais il ne peut s'emparer des biens « sans se les être préalablement fait adjuger pour ses créances par préférence à ladite Bariane »⁶³.

Encore une fois l'intendant suggère l'accommodement : « vous pouvés employer vos bons offices pour procurer entre eux quelque acomodement »⁶⁴. Et comme il a été informé de l'état de nécessité de la veuve, il prie le subdélégué « d'engager Ducros à luy donner quelques secours en attendant la décision de cette affaire »⁶⁵.

Les remarques notées en marge de ces propos, par le subdélégué - on le suppose - sont intéressantes : « Monsieur Ducros pourra refuser de donner cette somme et il y seroit fondé an ce que monsieur l'intendant n'est pas compétent pour connaître de cette affaire ». Il ajoute immédiatement une question restée sans réponse : « Si cette femme est si misérable, comment pourra-t-elle le poursuivre ? »⁶⁶.

Le subdélégué ne parviendra pas à mettre d'accord les parties. Il n'y aura pas d'arrangement amiable en cette année 1733. L'affaire n'est toujours pas réglée en 1735 et les parties semblent s'être tournées depuis vers un juge ordinaire qui, lui aussi, tentera la conciliation. Le dossier comporte en effet une ultime lettre adressée par le subdélégué Madur au nouvel intendant de la province d'Auvergne, Rossignol. On remarque une fois encore que le subdélégué permet d'assurer la continuité des affaires, en l'espèce non sans un certain agacement : « Cette Bariane a importuné bien de fois la dessus Monsieur Trudaine ; c'est

⁵⁸ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane.

⁵⁹ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : requête de Ducros adressée à Madur, subdélégué d'Ambert.

⁶⁰ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : requête de Madeleine Bariane adressée à l'intendant Trudaine.

⁶¹ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : lettre de l'intendant Trudaine au subdélégué d'Ambert, Madur du 10 mai 1733: « Je vous envoie, monsieur, la requête de la nommée Madelaine Bariane veuve de Jean Chabrier, plusieurs personnes dignes de foy m'assure que les faits qu'elle expose sont vrais ».

⁶² ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : lettre de l'intendant Trudaine au subdélégué d'Ambert, Madur, du 10 mai 1733.

⁶³ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : lettre de l'intendant Trudaine au subdélégué d'Ambert, Madur, du 13 juin 1733.

⁶⁴ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : lettre de l'intendant Trudaine au subdélégué d'Ambert, Madur, du 13 juin 1733.

⁶⁵ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : lettre de l'intendant Trudaine au subdélégué d'Ambert, Madur, du 13 juin 1733.

⁶⁶ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Bariane : Notes marginales à la lettre de l'intendant Trudaine au subdélégué d'Ambert, Madur, du 13 juin 1733.

pour la quatrième fois que je rends compte de cette affaire »⁶⁷. La contestation entre les parties a été estimée à 150 £ « dont le juge de Bouthonnargues⁶⁸... avoit voulu... faire faire [à Ducros] un sacrifice pour terminer à l'amiable ces contestations ». Ducros semble vouloir s'y soumettre puisqu'aux dires du subdélégué il a prévu de vendre un héritage à cet effet. Cela n'apaise pas les inquiétudes de Madur qui n'hésite pas à faire part de ses souhaits à l'intendant Rossignol : « je souhaiterois en vérité pour le bien et le repos de toutes ces parties qu'elles se fissent régler par ce même juge de Bouthonnargues qui est leur juge naturel si ce que Ducros m'a avancé ne convient point à ladite Barriane »⁶⁹. Ainsi, le subdélégué, conscient des limites de l'autorité de l'intendance en la matière (compétence et délais), souhaite, à défaut du règlement amiable du conflit, voir l'affaire tranchée par la justice réglée.

Madame d'Escorailles, réfugiée chez son père au moment du décès de celui-ci, et accusée par son frère d'avoir capté la succession, s'adresse à l'intendant en ces termes : « quoique... je ne puisse pas me promettre, monsieur, d'avoir le bonheur de vous avoir pour juge en pareil cas, j'ose néanmoins espérer que sensible aux manières de ce frère, touché de l'état où je me trouve, vous voudrez bien avoir la bonté de lui inspirer des sentimens de paix et de réconciliation... »⁷⁰ ; ce à quoi l'intendant lui répond : « ... au sujet des contestations où vous estes sur le point d'entrer avec monsieur votre frère quoique cette affaire ne me regarde en aucune façon, je serois charmé de pouvoir vous racommoder ensemble⁷¹ ; je suis persuadé que cest le meilleur party que vous pourriez prendre l'un et l'autre »⁷².

Il faut bien avoir à l'esprit, pour comprendre la frontière mouvante entre justice et infrajustice, que si les parties ne souhaitent pas ou plus s'accommoder, malgré l'intervention autoritaire de l'intendant, celui-ci se trouve alors désarmé. Il n'a d'autre choix que de laisser la justice ordinaire trancher le litige. Et l'on glisse alors de l'infrajustice à la justice (régulée cette fois-ci).

Dans l'affaire d'Escorailles, c'est l'intendant qui propose au chancelier de tenter un arrangement à l'amiable avant de lui rendre compte des tenants et aboutissans de l'affaire⁷³. L'intendant rend compte au chancelier de l'impossibilité de trouver un arrangement et le chancelier de répondre : « je pense comme vous qu'il n'y a qu'à laisser ces affaires dans le cours ordinaire de la justice ; le caractère des parties et la nature des différends ne permettent gueres d'espérer qu'on puisse les terminer par une autre voye »⁷⁴. Après avoir tenté de concilier un neveu et sa tante, le subdélégué d'Issoire renonce à regret devant le farouche esprit de chicane de la famille : « j'ay esté très mortifié de ne pouvoir pas seconder le zèle que (vous) avez monseigneur, pour assoupir les guerres domestiques, mais je prend la liberté de vous représenter qu'il y a certaines familles où un si louable projet est très difficile par l'habitude dans laquelle pareils gens sont de continuer tout ce qui peut tendre à leur ruine totale... »⁷⁵.

Pour certaines affaires, l'hésitation des parties entre justice et conciliation est calculée. Si la frontière paraît mouvante c'est qu'il y a parfois une véritable stratégie utilisée par les parties en matière de règlement de conflit familiaux ; on le sait la voie privilégiée est celle de l'accommodement, qui suppose un compromis, des concessions de part et d'autre. À défaut de conciliation, c'est la voie judiciaire - celle de la justice réglée - qui sera empruntée. Or, si l'une des parties qui n'a pas envie de faire de concession, d'abandonner une partie de ses prétentions, sait que son adversaire est démuné et n'a pas les moyens de

⁶⁷ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Barriane : Lettre du subdélégué d'Ambert à l'intendant Rossignol, du 29 juin 1735. L'agacement de Madur à l'égard de la veuve est peut-être lié au fait qu'il est parent avec Ducros (cf. ADPDD, 1 C 1665, Affaire Barriane, lettre du subdélégué Madur à l'intendant Trudaine du 28 mai 1733).

⁶⁸ Bailliage seigneurial, aujourd'hui : Boutonnargue.

⁶⁹ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Barriane : Lettre du subdélégué d'Ambert à l'intendant Rossignol, du 29 juin 1735.

⁷⁰ ADPDD, 1 C 1678, Affaire d'Escorailles, lettre de madame d'Escorailles à l'intendant, du 29 mai 1733.

⁷¹ Il faut noter le style assez peu juridique qui laisse plutôt entendre la mise en œuvre d'un réseau d'influence.

⁷² ADPDD, 1 C 1678, Affaire d'Escorailles, apostille de l'intendant en marge de la lettre de madame d'Escorailles, du 29 mai 1733.

⁷³ ADPDD, 1 C 1678, Affaire d'Escorailles, lettre de l'intendant au chancelier du 29 déc. 1738 : « Je vais m'employer pour tâcher de luy procurer amiablement la justice qui peut luy estre due ; et si je n'y puis parvenir j'auray l'honneur de vous rendre compte du fondement de ses prétentions ».

⁷⁴ ADPDD, 1 C 1678, Affaire d'Escorailles, lettre du chancelier à l'intendant du 22 février 1739. Le 4 juillet suivant, le chancelier recommandera pourtant madame d'Escorailles aux bons soins de l'intendant.

⁷⁵ ADPDD, 1 C 1665, Barriane, Lettre du subdélégué à l'intendant du 28 nov. 1734 : « ...a juger selon les apparences, ce sont des personnes qui sont fort aigriées les unes contres les autres et qui s'estudient à mettre en usage tout ce que le procès peut inspirer de malice et de détours... ».

soutenir un procès devant la justice réglée, elle aura beau jeu de refuser toute conciliation et même tout arbitrage, sachant que, pour des raisons financières, la voie judiciaire est fermée à son contradicteur. Reste pour ce dernier le secours de l'intendant.

Le sieur Barrière explique à l'intendant les raisons qui l'ont poussé à le saisir pour régler le différend qui l'oppose à sa tante : «... elle na cessé de le poursuivre vigoureusement dans le temps quil na pas le moyen de se deffendre et destablir son droit, le suppliant a esté conseillé de se jeter aux pieds de vostre grandeur et de recourir à son autorité »⁷⁶. C'est encore la démarche de Madeleine Martin qui requiert l'intervention de l'intendant pour le règlement d'une succession qui l'oppose à son neveu: « Quelques propositions quelle luy aye faite... il se prévaut de la nécessité de la remontrante qui la met hors d'état de le poursuivre à l'ordinaire... Pour avoir justice elle a été conseillée de vous donner la présente requête »⁷⁷.

L'intendant interpose son autorité dans le conflit qui oppose madame de Chaptès à son frère car sa situation financière ne lui permet pas « la voye des procédures qui sont ouvertes dans la justice ordinaire »⁷⁸. L'intendant informe le secrétaire d'Etat qui l'a saisi : le frère « ne refuse l'arbitrage que par ce quil sent que madame sa sœur est entièrement hors d'état de le poursuivre au parlement »⁷⁹. Il y a de la part du frère une véritable stratégie. C'est cette stratégie que l'intendant pourra tenter faire échouer en interposant son autorité. Trudaine s'en fait un devoir : « ce serait un grand bien que de pouvoir procurer une bonne et prompte et (sic) justice à ceux qui sont vexés par les chicanes et par les longueurs et les frais de procédure »⁸⁰.

C'est encore à la justice réglée que souhaite se soumettre Dumas fils alors qu'il avait, dans un premier temps offert un règlement à l'amiable. Il y a là vraisemblablement une stratégie de la part de ce fils indigne ; il sait que sa mère, malade et dans la misère ne pourra faire face financièrement à un procès⁸¹.

Tout repose donc sur l'autorité de l'intendant.

La personnalité de l'intendant et son autorité peuvent suffire à résoudre amiablement les litiges. Si l'affaire Chabrol, nous l'avons vu, a été réglée par la justice du roi, le subdélégué Urion ne doutait pourtant pas d'une fructueuse intervention de l'intendant pour le règlement amiable d'un conflit qui ruinait la paix familiale depuis plus de quinze ans : « Comme il doit toujours y avoir dans le cœur du père le plus irrité de quoy revenir, vous pourriés peut-être le porter à rendre enfin son amitié à son fils aîné, à finir les procès qu'ils ont ensemble et par là, procurer un arrangement convenable à toute la famille de M. Chabrol ; il n'est pas permis de douter qu'il n'aye beaucoup de déférence pour vos sentiments lorsque vous voudrés

⁷⁶ ADPDD, 1 C 1665, Affaire Barrière, requête de Barrière à l'intendant, s.d. L'intendant nommera Mornac de la Ronzière « pour arbitre commun des parties » ; celui-ci ne parviendra pourtant pas à les accommoder et l'intendant les renverra devant les juges ordinaires.

⁷⁷ ADPDD, 1 C 1687, Affaire Martin, requête de Madeleine Martin à l'intendant, sept. 1733.

⁷⁸ ADPDD, 1 C 1671, Affaire de Chaptès, lettre du subdélégué à l'intendant, du 27 mai 1732 : « Il me paraît, Monsieur, que sans une autorité supérieure madame de Chaptès ne pourra obliger monsieur son frère a venir au partage... Vous savés la situation des affaires de Monsieur et Madame de Chaptès ; ils sont hors d'état de réduire Monsieur de la Rocheaymond par la voye des procédures qui sont ouvertes dans la justice ordinaire ».

⁷⁹ ADPDD, 1 C 1671, Affaire de Chaptès, lettre de l'intendant au secrétaire d'Etat Saint-Florentin.

⁸⁰ ADPDD, 1 C 1671, Affaire de Chaptès, apostille de Trudaine en marge de la lettre que lui adresse Saint-Florentin le 4 mars 1732. Ce grand bien pourrait bien sûr être assuré par les intendants de façon ponctuelle – et c'est bien ce que Trudaine s'apprête à faire dans l'affaire de Chaptès comme dans tant d'autres – mais c'est une réforme générale qu'il suggère au secrétaire d'Etat : « ...il y aurait peut-être aussi beaucoup d'inconvénients à distraire ces sortes d'affaires des juridictions ordinaires pour les renvoyer devant les commissaires. Il y aurait trop de gens qui seroient enduit de demander une pareille grace. Les frais et la longueur des procès sont des abus généraux dont tous les sujets du roy souffrent également et quil faut songer a réformer par des règlements généraux plutôt que de remédier aux cas particuliers par des graces particulières qui dérangent lordre judiciaire établi dans le royaume ».

⁸¹ ADPDD, 1 C 1677, Affaire Dumas, lettre du subdélégué à l'intendant du 5 janv. 1761 : le subdélégué de Mauriac relance l'intendant : « Pour régler ses prétention il (Dumas fils) ofroit de sen soumettre a des arbitres. Cette dernière proposition me parut très raisonnable. Je la crûs sincère et me chargeay de la faire agréer a sa mère, ses neveu et nièces ; mais lorsqu'il a été question de leffectuer, ce particulier a repondû qu'on navoit qu'a le suivre en justice réglée ».

bien lui faire connoître ce qu'il doit faire pour son propre repos et pour entretenir la paix entre ses enfants »⁸². L'intervention de l'intendant serait informelle, presque amicale. En l'espèce, elle n'aura pas lieu, mais la simple intercession de l'intendant semblait pouvoir suffire.

Même idée dans l'affaire Dupuy : « si vous vouliez bien avoir, monsieur, la bonté de faire dire un petit mot à monsieur Rochette sur son opiniâtreté à vouloir plaider un beau frère qui luy fait des propositions bien raisonnables je suis sur qu'ils les écouterait »⁸³.

D'Apchin semble très confiant dans la simple intervention de l'intendant pour contraindre son neveu au paiement : « comme je sais que vous y estes très respecté et honoré (à Aurillac dont le neveu est l'un des élus), je ne doute pas que je le détermine ou par menaces ou autrement à me satisfaire »⁸⁴.

Même espoir chez madame Lompré qui intervient en faveur de son amie, madame d'Escorailles, en conflit avec son frère à propos de la succession paternelle et qui résume assez bien la situation de l'intendant en matière de résolution des conflits familiaux : « je sais que vôtre pouvoir est borné dans ces sortes de discussions mais la volonté d'un intendant respecté fait une vive impression »⁸⁵.

L'intendant pour la population représente le roi. Pas seulement la justice du roi, mais aussi l'autorité du roi. Pas seulement celle du roi justicier, mais aussi - et peut-être surtout - celle du roi protecteur, le bon père de ses sujets. C'est l'autorité du père que l'on sollicite à travers l'intendant ; le conflit ne sort pas de la famille.

⁸² ADPDD, 1 C 1671, Affaire Chabrol.

⁸³ ADPDD, 1 C 1677, Affaire Dupuy, Lettre de monsieur de Sieujac à l'intendant, du 21 juin 1731. L'intendant écrira à Rochette dès le lendemain : « Monsieur Dupuy me fait presser, monsieur, de vous engager à vous accommoder avec luy ; il ma remis un mémoire au sujet de cette affaire dont la proposition me paroit raisonnable ; tout ce que je puis vous dire sur cela est que vous serez toujours mal conseillé de vous jeter dans les embarras d'un proces ... ».

⁸⁴ ADPDD, 1 C 1662, affaire d'Apchin, requête de d'Apchin à l'intendant, du 6 juin 1731.

⁸⁵ ADPDD, 1 C 1678, affaire d'Escorailles, lettre de madame Lompré à l'intendant, du 27 may 1734.

LA FAMILLE ASSEMBLEE EN TRIBUNAL, INSTANCE DE PACIFICATION CONVIVIALE OU AUTHENTIQUE JURIDICTION ARBITRALE ?

JERÔME FERRAND

Maître de conférences à l'Université de Grenoble II

Jerome.Ferrand@upmf-grenoble.fr

Le tribunal de famille est une comète institutionnelle apparue dans le ciel révolutionnaire à la fin de l'été 1790. Aux termes de l'article 12 du titre 10 de la loi des 16-24 août 1790, « s'il s'élève quelque contestation entre mari et femme, père et fils, grand-père et petit-fils, frères et sœurs, neveux et oncles, ou entre alliés aux degrés ci-dessus, comme aussi entre pupilles et leurs tuteurs pour choses relatives à la tutelle, les parties seront tenues de nommer des parents, ou, à leur défaut, des amis ou voisins pour arbitres, devant lesquels ils éclairciront leur différend, et qui, après les avoir entendues et avoir pris les connaissances nécessaires, rendront une décision motivée »¹. Dans l'esprit du législateur, chaque tribunal de famille est unique, tant par sa composition que par la nature du différend dont il est saisi². Autant de litiges opposant des parents s'élèveront, autant de tribunaux de famille se constitueront.

Bien qu'ayant suscité beaucoup d'espoir et de ferveur au moment de sa création, l'institution connut un destin tragique. À l'instar des corps célestes laissant quelque trace éphémère, elle perdit une partie de sa chevelure en 1794³ et sa queue en 1796⁴. Il ne reste de cette institution que des particules en suspension qui offrent à celui qui s'en empare une matière inerte susceptible de légitimer toutes les interprétations.

Par-delà les appréciations diverses qu'on a pu porter à son égard⁵, une constante historiographique se dégage : la suppression du tribunal de famille après cinq années d'une éphémère existence serait la marque d'un échec⁶. Les auteurs divergent en revanche lorsqu'il s'agit d'expliquer les raisons de l'échec prétendu de cette institution. Si l'on excepte la thèse sociologique qui consiste à imputer l'échec du

¹ J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du conseil d'état depuis 1788, par ordre chronologique*, Paris, 1837, t. I, p. 373.

² L'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 précise les modalités de désignation des arbitres (chacune des deux parties nomme deux arbitres ; si l'une s'y refuse, l'autre pourra s'adresser « au juge » pour obtenir la désignation des arbitres d'office ; en cas de partage d'opinion, la désignation d'un surarbitre est prévue). L'article 14 prévoit qu'on pourra appeler de ces jugements devant le tribunal de district qui statue en dernier ressort.

Les articles 15 à 17 sont consacrés au tribunal de famille institué comme instance de la discipline domestique. Parce qu'elle procède d'un tout autre esprit, la procédure de correction régie par ces dispositions ne sera pas abordée par la présente contribution.

³ Les lois successorales de l'an II confient à des arbitres forcés la plus grande partie du contentieux qui était attribué jusqu'alors aux tribunaux de famille.

⁴ Les tribunaux de famille sont formellement supprimés par un décret du 9 ventôse an IV (29 février 1796), J. B. DUVERGIER, *op. cit.*, t. 9, p. 52.

⁵ En considérant que le tribunal de famille est un « contresens historique » (*Les tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, thèse, Paris, 1903, p. 134), Darnis s'inscrit dans un courant historiographique qui tend à démontrer que l'arbitrage produit les plus heureux effets au sein des sociétés primitives et faiblement institutionnalisées (Dans ce sens, F. DE MENTHON, *Le rôle de l'arbitrage dans l'évolution judiciaire*, Paris, 1926). FORCIOLI poursuit sur le même registre en présentant cette institution comme une « anomalie (...) produit de l'illusion d'un législateur révolutionnaire ayant cru voir en lui la panacée à toutes les discordes familiales » (*Les tribunaux de famille d'après les archives du district de Caen*, thèse droit, Caen, 1932, pp. 101-102). Plus neutres à ce sujet, les chercheurs contemporains semblent avant tout l'appréhender comme une « curiosité », répondant ainsi à l'appel de Jacques COMMAILLE qui voyait en lui un « objet de recherche exceptionnel » (« Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille », *La famille, la loi, l'État*, Paris, Imprimerie nationale, 1989, pp. 275-276).

⁶ Une telle affirmation demeure largement hypothétique car les raisons de cette suppression sont essentiellement politiques. La loi de ventôse an IV vise avant tout l'arbitrage forcé, expression d'une justice expéditive et partielle associée à l'épisode de la Terreur. Les tribunaux de famille, qui participent de l'arbitrage obligatoire institué par la grande loi des 16-24 août 1790, subissent par contrecoup la réprobation unanime qui frappe alors les arbitres forcés.

tribunal de famille à la faiblesse des liens familiaux sous la Révolution⁷, deux séries d'explications sont généralement avancées :

- La première série relève du témoignage direct ou indirect, souvent empreint d'idéologie réformiste et corporatiste, et comme tel vraisemblablement partial : les rédacteurs du Code civil excluent l'intervention de la famille lorsqu'il s'agit de régler les conflits en son sein au motif qu'une telle solution est « contre la nature des choses »⁸ et « illusoire »⁹, ce qui revient à considérer que « les juges civils [sont] les juges impartiaux et naturels de tous les différends »¹⁰. Cette orientation réactionnaire se retrouve sous la plume des juristes du premier XIXe siècle. Après avoir rappelé ce que les tribunaux de famille devaient aux statuts de Provence de 1491 et à l'édit de François II d'août 1560, Boncenne écrit « qu'ils n'ont été soutenus, pendant trois ou quatre ans, que par les violences de la Révolution, impatiente de réaliser ses systèmes, et par la haine des novateurs contre la justice réglée »¹¹. Donnant dans le paradoxe¹² ou l'amalgame¹³, il affirme sans nuance que jamais « la raison inexpérimentée des personnes étrangères à l'application des lois n'a pu offrir des garanties aussi rassurantes que la justice réfléchie des hommes versés dans la science du droit ; c'est que les meilleurs juges sont dans les tribunaux, et que la constante régularité de leurs décisions vaut mieux en général que la trop flexible équité des compositions arbitrales »¹⁴. Tout aussi partial, le nouveau Denisart affirme que « cette institution tant vantée qui nous rappelait la juridiction domestique, la simplicité et, disait-on, la piété des premiers siècles devint, au milieu de nos dissensions politiques, la plus funeste des nouveautés que chaque jour voyait naître. Plaider gratis fut un attrait, être juge et partie tour à tour les uns envers les autres fut un objet de commerce : les procès se multiplièrent à l'infini, la chicane n'eut plus de bornes ; cent exploits souvent n'avaient pas encore suffi pour parvenir à composer un tribunal de famille ou le mettre en séance, la guerre judiciaire était générale, la France entière ne fut plus qu'une arène de plaideurs ; le moindre des villages, la famille la moins nombreuse avait ses plaideurs, son tribunal de famille en activité et la ruine de tous en était l'inévitable conséquence parce que le siège de ces tribunaux était presque toujours dans les cabarets. On y contractait, soit comme juge, soit comme demandeur ou défendeur, le goût de la débauche et de la fainéantise avant de terminer des contestations ; et après les avoir décidées on n'y voyait succéder les haines, les rancunes, les animosités, les vengeances, l'acharnement de tous contre chacun et de chacun contre tous, de telle sorte que ce que la théorie avait offert comme un bienfait devint dans l'exécution une calamité générale »¹⁵.

Mises en perspective avec les recherches les plus récentes, ces variations sur le thème de la nécessité de confier l'exercice de la justice à des professionnels de la science juridique ne manquent pas de saveur quand on sait que les historiens se plaisent généralement à souligner l'intrusion massive des praticiens du droit au sein des tribunaux de famille¹⁶.

⁷ P. SAGNAC, *La législation civile de la Révolution française (1789-1804). Essai d'histoire sociale*, Paris, 1898, réimp. Genève, 1979, p. 313 ; R.-G. PHILIPPS, « Tribunaux de famille et assemblées de famille à Rouen sous la Révolution », *Revue d'Histoire du Droit*, 1980, pp. 69-79, p. 79.

⁸ Bigot-Préameneu, séance du conseil d'État du 16 vendémiaire an X, P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 15 vol., Paris, 1827, t. 9, pp. 286-287.

⁹ Tronchet, séance du conseil d'État du 16 vendémiaire an X, P.-A. FENET, *op. cit.*, p. 284.

¹⁰ Cambacérès, séance du conseil d'État du 8 vendémiaire an XI, P.-A. FENET, *op. cit.*, t. 10, pp. 495-496.

¹¹ P. BONCENNE, *Théorie de la procédure civile*, Paris, 2^e éd. 1837, t. 1, ch. 12, p. 309.

¹² Il y a quelque incohérence logique à enraciner l'institution dans la pratique de l'Ancien Régime pour la présenter ensuite comme l'un des symboles du nouveau système judiciaire mis en oeuvre sous la Révolution.

¹³ Dans une note incidente, l'auteur écrit que « des représentants du peuple en mission fermaient les tribunaux sur leur passage, et ils établissaient des arbitres forcés jugeant en dernier ressort » (P. BONCENNE, *op. cit.*, p. 309, note 2). Il est assez douteux d'associer de la sorte les arbitres forcés qui, statuant en dernier ressort, furent un puissant vecteur de la politique montagnarde, et les tribunaux de famille institués par une assemblée constituante qui avait pris soin de les intégrer à l'ordre judiciaire par la voie de l'appel hiérarchique.

¹⁴ Ce laïus ne l'empêche cependant pas de préconiser le principe de « la conciliation forcée (...) dans les contestations relatives à la demande en séparation formée par un époux contre l'autre » (P. BONCENNE, *op. cit.*, pp. 309-310).

¹⁵ Ce passage est tiré de l'article « arbitrage », Dalloz rép., 1845, t. IV, p. 385 cité par J.-J. CLERE, « L'arbitrage révolutionnaire : apogée et déclin d'une institution (1790-1806) », *Revue de l'arbitrage*, 1981, pp. 3-28, p. 26.

¹⁶ Pour plus de facilités, on se reportera aux articles de P. VIARD, « Les tribunaux de famille dans le district de Dijon (1790-1792) », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1921, pp. 242-267 ; R.-G. PHILIPPS, « Tribunaux de famille et assemblées de famille à Rouen », *RHD*, 1980, pp. 69-79 ; J.-L. HALPERIN, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution : ou les juristes, comment s'en débarrasser ? », *La famille, la loi, l'État : de la*

- D'où une seconde série d'interprétations qui, s'appuyant sur les sources d'archives, expliquent l'échec du tribunal de famille par son incapacité à réaliser le vœu premier des Constituants, c'est-à-dire étouffer les différends qui opposent des parents avant qu'ils ne prennent un tour contentieux. Plus qu'une instance pacificatrice, l'institution aurait très vite affirmé un caractère juridictionnel. Elle aurait donc manqué son but, ce qui expliquerait sa suppression rapide en 1796.

Quel crédit accorder à ces deux séries d'explications qui reposent sur deux types de sources ? Faut-il considérer, comme le suggèrent Boncenne et le nouveau Denisart, que le tribunal de famille est une instance de proximité, c'est-à-dire une assemblée de parents qui, en raison du surcroît de convivialité du lieu de réunion et du manque d'expérience d'arbitres parfois illettrés, ne pouvait que générer les pires maux ? Ou doit-on le considérer comme une juridiction à part entière qui, en inscrivant son action dans un cadre procédural traditionnel, aurait manqué le but de conciliation que les Constituants lui avaient assigné¹⁷ ?

Si cette dernière option est a priori confortée par les sources, il faut toutefois prendre garde à ne pas exclure de l'analyse des éléments structurants du conflit familial. Aussi la convocation d'un tribunal de famille passe-t-elle moins par une obligation légale péremptoire que par un choix délibéré des parents de recourir à un mode juridictionnel de règlement des conflits (I). De manière tout aussi évidente, l'amorce d'un processus de pacification tient moins de la volonté positive des acteurs du conflit de recourir à un mode alternatif de règlement des litiges qu'à la nécessité impérieuse de mettre un terme rapide et efficace à une situation devenue insupportable (II).

I. LE REGLEMENT JURIDICTIONNEL DU CONFLIT FAMILIAL : UN CHOIX DELIBERE.

Le désir exprimé par les parties de terminer leur différend par la voie contentieuse est attesté par de nombreuses sources. Un nombre important de conflits familiaux sont ainsi portés à la connaissance des juges de paix ou des tribunaux de district, sans qu'il soit possible de déterminer avec certitude si les parties ont agi en parfaite connaissance de cause ou si elles ignoraient la manière de procéder pour régler leurs différends. Si la plupart des juges ainsi saisis renvoient les parties devant un tribunal de famille¹⁸, il ressort des décisions du conseil de justice établi auprès du ministre qu'il ne s'agit nullement d'une obligation légale susceptible, si elle n'était pas respectée, d'entraîner la nullité de la procédure consécutive. Les parties sont en effet libres de solliciter tel juge qu'elles estiment à propos. Le 21 avril 1791, le conseil de justice est saisi de la manière suivante : « Des parents qui ont des contestations sont-ils réellement astreints à les faire décider par le tribunal de famille qu'ils ne puissent les faire juger volontairement par le juge de paix, et que le jugement rendu par celui-ci puisse être attaqué par l'une des parties comme rendu par un juge incompetent ? » La réponse qu'il donne est sans appel : « un des grands avantages de notre constitution c'est la liberté dont jouissent tous les citoyens de choisir parmi tous les juges de l'empire, celui ou ceux auxquels ils veulent soumettre la décision des contestations qui peuvent naître entre eux, mais il faut qu'ils y consentent formellement par un acte signé (...) Si les parties ont consenti par un acte signé de prendre pour juge le juge de paix (...) il ne restera à celle qui se croira lésée que la voie de l'appel au tribunal de district. Si cependant elles ne s'étaient pas réservées la faculté de l'appel, elles seraient définitivement jugées par la sentence arbitrale »¹⁹. Consulté quelques jours plus tard, le conseil de justice maintient sa position :

Révolution au Code civil, Centre de recherche interdisciplinaire de Vaucresson, Actes du séminaire, Paris, 1989, pp. 292-304 ; V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires », *RHD*, 83 (3) juill.-sept. 2005, pp. 385-420.

Les plus courageux pourront aborder les thèses de J. FORCIOLI, thèse précitée à la note 5 ; M. FERRET, *Les tribunaux de famille à Montpellier 1790-an IV*, thèse droit Montpellier, 1926 ; C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVIII^e au XIX^e siècle. L'exemple de Montpellier*, thèse droit Montpellier, 2004.

¹⁷ V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *op. cit.*, pp. 385-420.

¹⁸ L'examen exhaustif de l'activité des 4 tribunaux de district isérois laisse apparaître que les juges ont renvoyé 155 affaires devant les tribunaux de famille. Le nombre des renvois varie considérablement d'une juridiction à l'autre. On dénombre ainsi 34 renvois à Grenoble, 91 à Saint Marcellin, 4 à la Tour du Pin et 26 à Vienne.

Pour des raisons évidentes, il ne nous a pas été possible de déterminer le nombre des renvois prononcés par les juges de paix du district.

¹⁹ AN, BB 29/1, Décision n° 979.

« L'article 21 du titre Ier de la loi du 26 octobre 1790 porte, les parties pourront toujours se présenter volontairement et faire citation devant le juge de paix, en déclarant qu'elles lui demandent jugement auquel cas il pourra juger seul leur différend, soit sans appel dans les matières où sa compétence est en dernier ressort, soit à charge d'appel dans celles qui excèdent sa compétence, et cela encore qu'il ne fût le juge naturel des parties, ni à raison du domicile du défendeur, ni à raison de la situation de l'objet litigieux.

On voit par cette disposition que les parents ne sont point privés de la faculté de se présenter volontairement chez le juge de paix. Ils jouissent de cet avantage comme tous les autres citoyens quels que soient les arbitres qu'ils choisissent, le vœu de la loi est rempli. Ils ont voulu se concilier »²⁰.

Le caractère consensuel de la justice révolutionnaire s'exprime ici pleinement. À la question, « si deux parents au degré prévu par le décret sont dans l'embarras de composer un tribunal de famille et demeurent d'accord de faire juger leur contestation par le tribunal de district, les juges peuvent-ils la recevoir ? », le conseil de justice répond que « les parents peuvent, dans tous les cas, comme les autres citoyens, choisir pour juger leur contestation celui de tous les tribunaux de l'empire qui leur plaît »²¹. Aussi, bien que certains parents expriment le désir de porter leur différend à la connaissance du juge de paix ou du tribunal de district, se plient-ils généralement volontiers au renvoi devant un tribunal de famille car son action s'inscrit dans la continuité de l'arbitrage ancien (A) et offre des garanties procédurales équivalentes à celles dont ils pourraient bénéficier devant une juridiction ordinaire (B).

A. Les réminiscences de l'arbitrage ancien.

Présenter le tribunal de famille comme une comète institutionnelle ne conduit pas nécessairement à postuler sa nouveauté singulière. Depuis Merlin²², de nombreux auteurs ont souligné que la volonté de confier les différends familiaux à des parents arbitres était une préoccupation récurrente dans l'histoire institutionnelle française. Dans son *Histoire du barreau de Paris*, Fournel écrit que cette idée « était passée par la tête de quelques juristes de Provence, qui l'avaient fait insérer dans un statut de 1491 (...) et que les membres provençaux de l'assemblée, pour faire honneur à leur pays, exhumerent cette vieilleries, qu'ils donnèrent pour une nouveauté, et l'assemblée, toujours indocile aux leçons de l'expérience, toujours dupe des théories brillantes, décréta [les articles 12, 13 et 14 du titre 10 de la loi du 24 août 1790] »²³. Plus précis, Boncenne rappelle les précédents que constituent l'édit de François II du mois d'août 1560, un projet d'Henri IV évoqué dans les mémoires de Sully et les incontournables statuts de Provence²⁴. Plus récemment, une thèse²⁵ et un article²⁶ ont repris et développé cette idée afin de placer le tribunal de famille sur le terrain de la continuité institutionnelle plutôt que sur celui de rupture.

Cette hypothèse gagne encore en crédibilité lorsqu'elle est corroborée par des sources d'archives. À ce titre, les registres du tribunal de district de Saint-Marcellin recèlent certaines affaires particulièrement intéressantes. Dans une contestation entre frère et sœur qui était pendante devant le bailli antérieurement à la loi du 24 août 1790, le tribunal de district reconnaît que, bien que les parties se trouvent « au cas de l'article 4 du décret additionnel sur l'organisation judiciaire qui porte que les procès civils pendant en première instance dont les tribunaux supprimés dans le ressort se trouvent divisés en plusieurs districts continueront d'être instruit devant le tribunal du district où était le chef-lieu du tribunal supprimé », il n'est cependant pas possible de leur refuser le renvoi à un tribunal de famille « parce que l'article 12 du titre 10 ayant mis en vigueur les anciennes ordonnances de François Ier et Charles IX qui exigent le renvoi à des parents arbitres des contestations entre proches et que par conséquent les procès nés et à naître sont sujets

²⁰ AN, BB 29/1, 26 avril 1791, Décision n°1155.

²¹ AN, BB 29/1, 2 mai 1791, Décision n° 1266.

²² « La loi du 24 août 1790, tit. 10, art. 12, 13, 14, avait emprunté du statut provençal de 1491 des dispositions ainsi conçues... » : *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Paris, 1807, t. I, v° Arbitrage, p. 307.

²³ J.-F. FOURNEL, *Histoire du barreau de Paris dans le cours de la Révolution*, Paris, Marandon, 1816, pp. 107-108. Conformément à l'idéologie qui règne alors, l'auteur ajoute que la suppression d'une institution qui avait « arraché les familles à leurs juges naturels » formait « la censure la plus humiliante de l'imprévoyance de ses auteurs » (pp. 108-109).

²⁴ P. BONCENNE, *op. cit.*, p. 305-308.

²⁵ C. JALLAMION, thèse précitée note 16.

²⁶ V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *art. cit.*, pp. 385-420.

au renvoi ordonné par la nouvelle loi »²⁷. Cette espèce est remarquable à un double titre : non seulement elle conduit à inscrire la loi nouvelle dans la continuité des ordonnances monarchiques, mais elle confirme la pratique, très répandue au XVII^e siècle surtout et dans une moindre mesure au siècle suivant, qui consistait à faire terminer par des arbitres des procès pendants devant les juridictions ballivale ou parlementaire²⁸. Ce cas, qui n'est pas isolé²⁹, témoigne de la grande latitude des parties dans le choix de leurs juges et pourrait valider l'hypothèse qui consiste à inscrire le tribunal de famille dans la continuité de la pratique arbitrale d'Ancien Régime.

Toutefois, si ce sont là les marques ostensibles de la persistance de l'arbitrage ancien sous la Révolution, il faut absolument se garder d'inscrire l'action des tribunaux de famille dans la continuité de la pratique arbitrale antérieure. Il faut rappeler en effet que les jurisconsultes ont souligné le caractère moribond³⁰ sinon désuet³¹ de l'arbitrage familial sous l'Ancien Régime et que les arbitres, lorsqu'ils étaient sollicités, n'intervenaient pas pour prévenir un conflit mais pour terminer un procès qui s'éternisait. Cette situation n'est somme toute pas comparable avec celle qui pousse le plaideur à solliciter d'emblée le tribunal de famille pour résoudre un conflit naissant. Autrement dit, la différence fondamentale entre l'arbitrage ancien et celui pratiqué devant le tribunal de famille, c'est le moment où il intervient. Aussi, parce qu'ils substituent les tribunaux de famille à l'action des tribunaux ordinaires, les révolutionnaires prennent-ils soin d'offrir aux parties les garanties procédurales nécessaires pour les inciter à confier le règlement de leurs différends à des arbitres de famille.

B. La nature juridictionnelle de l'arbitrage familial.

Les sources qui attestent la nature juridictionnelle des tribunaux de famille ne manquent pas : à qui s'interroge sur le point de savoir si, « suivant l'article 12 du titre 10 du décret du 16 août dernier, [le tribunal de famille] doit prendre pour rendre sa décision motivée ? Doit-il ou peut-il ordonner des enquêtes et des descentes d'experts ? Peut-il entendre les témoins et recevoir les rapports d'experts ? Peut-il admettre une inscription de faux incident à la demande en ouverture d'un testament mystique ? Doit-il simplement ordonner l'ouverture du testament, ou de laisser la partie qui s'y oppose à prendre la voye du faux devant le tribunal de district ? Comme s'agissant d'une mention qui intéresse l'ordre public et dans laquelle le ministère public doit être entendu dans cette dernière hypothèse, le tribunal de district jugerait-il en dernier ressort, ou seulement à la charge de l'appel ? Le commissaire du roi seul devrait-il être entendu, ou faudrait-il que la procédure fut aussi communiquée à l'accusateur public ?, le conseil de justice répond qu'il peut faire tout ce qui est nécessaire pour acquérir une connaissance entière sur les objets soumis à sa décision »³². Consulté une nouvelle fois le 5 avril 1791 sur cet objet, il confirme que le tribunal de famille « peut recevoir les dépositions qui serviront à constater les faits et il n'est pas nécessaire que les formes soient aussi rigoureusement observées que dans un tribunal ordinaire. Il suffit qu'on prenne des précautions raisonnables pour assurer la preuve »³³.

D'autres documents d'archives plaident dans le même sens : en amont, les registres des justices de paix et des tribunaux de district regorgent de procédures dont l'objet essentiel est de contraindre la partie récalcitrante à désigner ses arbitres afin de composer le tribunal de famille. En aval, l'activité des juges de

²⁷ ADI, L 1739, Tribunal de district de Saint Marcellin, 14 décembre 1791.

²⁸ J. FERRAND, « Sur les différends pendants par devant la cour de parlement... Approche herméneutique de l'arbitrage moderne à partir des sources dauphinoises », *RHD*, 85 (1) janv.-mars 2007, pp. 23-58.

²⁹ « Considérant que l'article 12 du titre 10 de la loi du 16 août 1790 ne fait que mettre en vigueur les ordonnances d'Henri II et de François I^{er} qui exigeaient que les contestations entre proches fussent vidées par des parents arbitres, il est fort indifférent que la contestation dont s'agit aye été intentée avant ou après la loi du 16 août 1790, puisqu'alors tout comme à présent on ne pouvait refuser à ladite Rognin le renvoi par elle demandé » (ADI, L 1740, Tribunal de district de Saint Marcellin, 20 février 1793). Pour une motivation très semblable, on se reportera encore à la décision des mêmes juges du 9 décembre 1791 (ADI, L 1744).

³⁰ PROST DE ROYER et RIOLZ, *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts*, Lyon, 1787, t. II, v^o Accommodement, p. 8, n^o 5.

³¹ E.-N. PIGEAU, *La procédure civile du Châtelet de Paris*, Paris, 1779, t. I, p. 16.

³² AN, BB 29/1, 30 mars 1791, Décision n^o 506.

³³ AN, BB 29/1, Décision n^o 624.

district témoigne du nombre important d'appels consécutifs aux sentences rendues par les arbitres de famille³⁴. Bien entendu, les sentences arbitrales restituent la procédure suivie par les arbitres pour aboutir à une décision motivée.

Si tous ces éléments de forme attestent la nature juridictionnelle des tribunaux de famille, la composition du tribunal de famille demeure l'argument le plus fort en faveur de la thèse de la judiciarisation des conflits familiaux sous la Révolution. Tous les auteurs ont en effet remarqué que les tribunaux de famille étaient essentiellement composés d'hommes de loi³⁵.

Ce constat unanime rend-il pour autant compte de la réalité historique ?

Deux éléments sont de nature à nuancer, voire à remettre en cause cette belle unanimité :

- Tout d'abord, toutes les études réalisées concernent des districts urbains³⁶ et l'on constate des disparités considérables entre la ville et la campagne au sujet de la composition des tribunaux de famille³⁷. Plus on s'éloigne de la ville, plus la présence des jurisconsultes est faible, les notaires se substituant dans un large mesure, mais pas complètement, aux avoués et hommes de loi qui exercent un quasi monopole sur les conflits familiaux qui s'élèvent dans le cadre citadin.

- Surtout, les conclusions des chercheurs ont été établies sur la foi de sources dont personne n'a véritablement remis en cause la capacité à rendre compte de la réalité historique. Ces sources, qui constituent le matériau exclusif de toutes les études consacrées aux tribunaux de famille, sont des sentences arbitrales déposées dans les greffes des tribunaux de district et conservées aux archives départementales. Il faut donc supposer a priori qu'on ne peut connaître le fonctionnement de cette institution que grâce à ceux - parties, arbitres ou notaires - qui ont eu la diligence de s'acquitter de la formalité du dépôt. Et quelle personne, si ce n'est un praticien, est la plus à même de savoir, alors que la loi ne précise rien à ce sujet, qu'il faut remettre les sentences arbitrales au greffe de la juridiction du district ? Aussi est-il très vraisemblable, sur l'échelle du probable statistique, qu'un homme de loi ou un notaire averti dépose effectivement la décision audit greffe, le quidam censé composer le tribunal de famille ayant toutes les chances d'ignorer cette formalité essentielle.

Ce qui n'est encore qu'une hypothèse de bon sens peut être vérifié, si l'on prend soin de croiser les sources, c'est-à-dire de confronter les informations recueillies au niveau du tribunal de district, juridiction d'appel des tribunaux de famille, et les sentences arbitrales elles-mêmes.

³⁴ Le nombre de décisions prononcées par les tribunaux de district isérois sur l'appel d'une sentence rendue par les arbitres de famille s'élève à 246 (125 pour Grenoble, 29 pour Saint-Marcellin, 40 pour Vienne et 52 pour la Tour du Pin). Certains auteurs ont cru pouvoir relever, sur la seule foi des sentences arbitrales qu'ils avaient consultées, un nombre d'appel très en deça de ce que nous avons pu constater en Isère. M. FERRET en comptabilise 5 (thèse précitée à la note 17) et R.G. PHILIPPS affirme qu'à Rouen il n'y a eu « aucun appel contre les verdicts (*sic* !) des tribunaux de famille » (page 79 de l'article précité à la note 17). Sans doute se sont-ils appuyés - mais ils se gardent bien de le préciser - sur la mention, faite au bas de la minute portant la sentence, que telle partie avait fait - ou entendait faire - appel de la décision rendue par les arbitres de famille. Or, pour connaître précisément le nombre des recours portés contre les sentences rendues par les tribunaux de famille, on ne saurait faire l'économie de la consultation des registres du tribunal de district. J. FORCIOLI - qui relève 45 appels de ce type à Caen (page 19 de la thèse précitée à la note 17) - et Véronique DEMARS-SION - qui reconnaît que « seule une vérification systématique dans les archives du tribunal de district permettrait d'avoir une certitude sur ce point » (V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *op. cit.*, p. 415, note 194) - ont donc fait preuve de bien plus de rigueur que M. FERRET et R.G. PHILIPPS sur cette question.

³⁵ Sur cette question, voir les développements très synthétiques de J.-L. HALPERIN, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution : ou les juristes, comment s'en débarrasser ? », *op. cit.*, p. 298-299.

³⁶ Contrairement à ce que laisse entendre J.-L. HALPERIN à la page 299 de son article précité, celui de Rieux étudié par O. DEVAUX est certes rural, mais l'étude qui lui est consacrée porte sur la loi de nivôse an II. Or, aux termes de l'article 8 de la loi du 9 fructidor an II, les arbitres de nivôse ne pouvaient être parents des parties (« *En toutes contestations résultant de l'exécution de la loi du 17 nivôse, les arbitres sont récusables s'ils sont parens de l'une ou de l'autre des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement* », J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances...*, t. 7, p. 255).

³⁷ J. FERRAND, « Entre ville et montagne : l'arbitrage familial dans le district de Grenoble pendant les premières années de la Révolution (1790-1792) », *Revue d'Histoire et du Patrimoine en Dauphiné*, n° 14, 2003, pp. 171-196.

Les décisions de renvoi, c'est-à-dire les situations dans lesquelles le tribunal de district, saisi d'un litige entre parents au degré indiqué par la loi, les renvoie à se pourvoir devant un tribunal de famille, fournissent un premier élément d'appréciation car elles précisent les noms des parties. Il suffit donc de vérifier si l'on retrouve la trace desdits noms dans les sentences rendues par les tribunaux de famille du district. Le résultat est saisissant : sur l'ensemble des 4 districts de l'Isère qui ont fait l'objet d'un dépouillement d'archives exhaustif, nous n'avons retrouvé, grâce au critère du nom des parties, que 12 sentences arbitrales pour 155 renvois prononcés³⁸. Nous avons donc perdu la trace de plus de 92 % des conflits de famille qui, portés à la connaissance des tribunaux de district, ont été renvoyés à des tribunaux de famille. Autrement dit, lorsque l'historien se penche sur cette question, peut-il tirer des conclusions sérieuses sur la composition et le fonctionnement d'une institution alors qu'il n'aurait à sa disposition que 8 % des sentences rendues par les tribunaux de famille ? Le critère des décisions de renvoi n'est cependant pas tout à fait pertinent, car on ignore si le renvoi prononcé a conduit à la réunion d'un tribunal de famille et si celui-ci, une fois assemblé, a pu rendre une décision motivée. C'est néanmoins une première indication qui mérite d'être affinée en recourant à un autre critère d'évaluation.

Le critère le plus fiable auquel on puisse se reporter à cet égard est celui tiré de la comparaison des données contenues dans les sentences arbitrales avec celles qui apparaissent dans les décisions du tribunal de district rendues sur l'appel des premières. Lorsqu'il statue sur l'appel d'une sentence rendue par des arbitres de famille, le tribunal de district prend généralement soin d'indiquer le nom des parties et la date de la décision qui fait l'objet du recours en annulation ou en réformation³⁹. Il suffit donc de vérifier si, parmi les sentences arbitrales concernées, on retrouve le nom des parties ou la date de la décision. Cette démarche permet d'établir en quelque sorte le ratio de conservation des décisions des tribunaux de famille.

Les résultats obtenus sont riches d'enseignements. Sur l'ensemble des 4 districts qui forment la base de notre échantillon statistique, on retrouve 80 décisions de tribunaux de famille sur 170 décisions d'appel contenant une référence datée. On peut ainsi affirmer avec certitude que 53 % des conflits réglés par les tribunaux de famille isérois n'ont pas été conservés, chiffre qui contraste avec les 92 % obtenus sur le critère des décisions de renvoi⁴⁰. Si cet élément est de nature à offrir une certaine légitimité scientifique aux conclusions que l'on pourrait tirer de l'étude de la composition et du fonctionnement de l'institution, il doit au demeurant être détaillé car il dissimule de réelles disparités entre les districts urbains et les districts ruraux du département de l'Isère. Le contraste est en effet élevé entre les 51,75 % des sentences arbitrales conservées à Grenoble et les 13,46 % conservées seulement dans les trois districts de Vienne, Saint-Marcellin et la Tour-du-Pin⁴¹. Parce que ces résultats coïncident globalement avec le taux de présence des hommes de loi au sein des tribunaux de famille, il apparaît dès lors très vraisemblable que ceux des jugements dont on a conservé la trace sont précisément le fait de la diligence des personnes informées des modalités du dépôt. Les juristes étant précisément ces personnes, on ne pouvait dès lors que constater leur présence au sein de ces tribunaux !

D'où une interrogation légitime : ne peut-on pas également renverser le postulat qui avait inauguré cette réflexion : ceux des jugements de famille qui demeurent à jamais soustraits au regard de l'historien ne

³⁸ À Grenoble, on ne retrouve que 2 décisions de tribunaux de famille statuant sur renvoi du tribunal de district, alors que ce dernier a prononcé 34 renvois à parents-arbitres (5,9 %). La proportion est de 7 sur 91 à Saint-Marcellin (7,69 %), 3 sur 26 à Vienne (11 %) et 0 sur 4 à La Tour-du-Pin.

³⁹ Le critère de la date n'est pas le plus fiable car souvent les pièces d'archives comprennent plusieurs dates et surtout la comparaison réalisée grâce au nom des parties fait apparaître assez souvent des dates différentes, alors que c'est visiblement la même affaire. C'est pourquoi celui du nom est le plus efficace, même si on trouve des noms dont l'orthographe peut varier d'un tribunal à l'autre, voire d'une séance à l'autre.

⁴⁰ Cette différence substantielle entre les deux critères s'explique sans doute par le fait que les parties - qui avaient porté leur différend devant le tribunal de district et qui avaient été renvoyées à se pourvoir devant des parents-arbitres - ont soit renoncé à former un tribunal de famille, soit l'ayant envisagé n'ont pu le réunir, soit enfin y étant parvenus ont fait en sorte qu'il ne soit jamais en état de se prononcer.

⁴¹ À Vienne, on retrouve 5 décisions de tribunaux de famille sur les 35 décisions du tribunal de district mentionnant la date de la sentence arbitrale qui fait l'objet de l'appel (13,51 %). La proportion pour la Tour du Pin est de 11 sur 48 (22,91 %), 5 sur 73 (6,8 %) pour Saint Marcellin et 59 sur 114 (51,75 %) pour Grenoble.

seraient-ils pas précisément ceux qui, participant de l'esprit de pacification, auraient réussi à rapprocher les parties ?

La réponse n'est pas aisée car elle ouvre plusieurs pistes : l'ignorance des parents-arbitres peut être une des raisons que l'on peut avancer pour expliquer que plus de 86 % des sentences des tribunaux de famille des districts ruraux de l'Isère n'aient pas été déposées dans les greffes des tribunaux de district concernés, mais on ne peut exclure l'hypothèse tout aussi vraisemblable d'une volonté délibérée de ne pas le faire. Une fois de plus la problématique du secret s'invite au cœur de la réflexion sur les conflits familiaux⁴². La réponse à ces interrogations nécessite de solliciter d'autres sources qui permettront de cerner un peu plus précisément la dynamique du conflit entre parents.

II. LE REGLEMENT PACIFIQUE DU CONFLIT FAMILIAL : UNE NECESSITE.

Quels sont les indices qui laissent penser que les tribunaux de famille ont pu être des instances de pacification et de convivialité qui auraient employé leur énergie à rapprocher les parties plutôt qu'à les renvoyer dos à dos au moyen d'une sentence arbitrale péremptoire, quoique toujours susceptible d'appel ?

À en croire les minutes des sentences dont on a conservé la trace, la convivialité rejailit incontestablement. Comme l'avait déjà fait remarquer le nouveau Denisart, nombre de jugements de famille indiquent que les arbitres se sont réunis au cabaret⁴³, lieu qui a priori ne semble guère propice aux confessions intimes. Si la sécheresse des sources ne permet cependant pas de déterminer dans quelle mesure l'alcool a pu rapprocher les points de vue, les statistiques semblent invalider l'hypothèse du tribunal de famille considéré comme le lieu privilégié de la conciliation. Dans le district de Grenoble en effet, 10 % des affaires relevant de la compétence des tribunaux de famille (59 sur 599) font l'objet d'une tentative de conciliation, laquelle n'aboutit que dans un cas sur 5 (13 conciliations) ! La réussite de la conciliation s'élève donc à 2 % de l'ensemble des affaires ! A Douai, plus d'une affaire sur 5 débouche sur une solution amiable⁴⁴, mais une fois de plus, ces informations tirées de la consultation des minutes des sentences arbitrales ne peuvent pas rendre compte des arrangements, accommodements, accords, transactions et traités qui sont les marques d'une solution amiable. Le lieu de prédilection pour traquer ce type de document, c'est le fond des notaires, et non celui des tribunaux de famille. Aussi est-il nécessaire de solliciter les registres des notaires pour mettre à jour les manifestations diverses de l'arrangement amiable (A) et tenter ainsi de décrypter les raisons et circonstances qui poussent les parties à s'entendre (B).

A. Les manifestations de l'arrangement amiable.

Les archives notariales permettent de mettre à jour la très grande variété des circonstances qui favorisent l'arrangement amiable. Elle révèle notamment l'absence de rupture manifeste entre la période révolutionnaire et celle qui l'a précédée ; les règles du jeu restent globalement les mêmes que celles qu'on a pu étudier aux XVII^e et XVIII^e siècles. Lorsqu'il s'agit de partager une succession, situation qui est à l'origine de la plus grande partie des conflits familiaux, les parties savent qu'elles ont beaucoup à perdre si elles ne s'entendent pas. Aussi, avant même l'institution des tribunaux de famille, décidaient-elles, « pour éviter toutes contestations, de diviser les lots par l'entremise de leurs parents et amis »⁴⁵. « Les parties ayant fait faire par amy commun, et par eux-mêmes la composition de masse desdites successions »⁴⁶, les parents conviennent par traité de régler le supplément de légitime qui faisait l'objet du litige. Les exemples de ce type sont légion. Ces usages ancestraux traversent la Révolution sans que les nouvelles institutions ne les altèrent fondamentalement. Ainsi, deux sœurs qui réclamaient à leur frère leur portion cohérentaire

⁴² F. FORTUNET, « Le tribunal de famille : secrets de famille, famille au secret », *Secret et Justice. Le secret entre éthique et technique ?* L'espace juridique, Histoire judiciaire, Lille, 2000, pp. 177-184.

⁴³ Le lieu de réunion le plus fréquent demeure néanmoins la cabinet d'un homme de loi en ville, l'étude du notaire ou la maison d'habitation du défunt ou de l'un de ses héritiers à la campagne.

⁴⁴ V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *op. cit.*, p. 403.

⁴⁵ ADI, 3 E 917, 12 juillet 1790, n° 13, Faure notaire au Bourg d'Oisans.

⁴⁶ ADI, 3 E 10170 (1788-1789), f° 738, Louis Guillaume Ranchin, notaire royal de Bourgoin.

dans une succession ab intestat, et qui désiraient « maintenir entre elles la paix et l'union qui doit régner entre parents », ont, « aidés d'amis communs, composé la masse » et ont fait un traité devant notaire afin d'en conserver la trace⁴⁷. Comme l'exprimera plus tard un colporteur qui proposait de réclamer un supplément de légitime devant un tribunal de famille⁴⁸, agir selon cette voie « aurait entraîné des contestations et des frais »⁴⁹. Il est donc préférable de traiter à l'amiable, surtout lorsqu'il n'y a pas de contestation entre les parties. Certains expriment cette idée sans détour : le 1er floréal an II, des parties « se proposoient de former le tribunal de famille mais ayant fait faire par des amis communs sous leurs yeux la vérification exacte de la maison, placage, bois... dont la division a été reconnue impossible en 4 parties, convaincues que le but de la loi dans l'établissement des tribunaux de famille n'a été autre que d'étouffer dans leur naissance et faire cesser les divisions qui pourroient naître entre parents et non de les astreindre à former un tribunal de famille lorsqu'il n'existe entre eux aucune discordance, les dites parties bien instruites de la valeur des immeubles sujets au partage comme composant la succession de leur père ont préféré de traiter amiablement entre elles »⁵⁰.

Ces situations idéales demeurent toutefois marginales. Le plus souvent la transaction intervient alors qu'une procédure est imminente ou en cours devant un tribunal de famille. Ainsi un simple exploit en tribunal de famille adressé par un sœur à son frère aboutit à une transaction avant même qu'il ne nomme ses arbitres⁵¹ ; ainsi une modeste assignation au tribunal de famille ouvre la voie d'un accord entre parents, ceux-ci « voulant éviter les frais du partage et des arbitres »⁵². Dans ces situations, il est manifeste que l'assignation devant un tribunal famille⁵³ est un moyen de pression efficace. Ayant entamé une procédure en vue de réunir un tribunal de famille, des frères et sœurs se voient signifier des propositions d'arrangement amiable pour le partage. Rendez-vous est pris devant le notaire pour y procéder avec l'assistance d'experts mais, jugeant l'offre inacceptable, l'un d'eux déclare « qu'il se pourvoiera incessamment par les voyes de droit pour obtenir la justice qu'il a jusqu'ici réclamé en vain auprès de son frère »⁵⁴. La saisie projetée de la juridiction arbitrale marque la détermination et est souvent le signe de l'échec des premières tractations. C'est pourquoi elle procède généralement d'une logique d'intimidation et n'est qu'un moyen parmi d'autres pour vaincre la résistance d'un parent. Ainsi, une mère qui avait obtenu une pension alimentaire devant le juge de Vaulnavay le 8 mai 1789 n'était pas parvenue à faire exécuter cette décision, le fils ayant employé tous les artifices procéduraux pour la faire renoncer. Ne s'étant pas présenté devant le premier juge, il avait formé opposition sans succès. Sur la décision confirmative du vibailly statuant sur l'appel, l'instance s'était liée devant le Parlement avant que la nouvelle organisation judiciaire ne conduise les parties devant le tribunal de district qui les avait renvoyées à arbitres. La mère, de constitution solide puisqu'elle n'était pas encore morte de faim, avait eu la bonne idée de porter plainte contre son ingrat de fils devant le tribunal de police correctionnelle de Grenoble pour fait d'inconduite. Un mandat d'arrêt ayant été délivré contre lui, les parties décident, près de 7 ans plus tard « de l'avis et par la médiation de leurs conseils et amis communs », de se régler par la voie amiable, le fils se désistant de ses appels et promettant de payer la pension en contrepartie du renoncement par sa mère à la plainte qu'elle avait déposée⁵⁵.

Dans nombre de situations, le bras de fer tourne souvent à l'avantage de celui dont la bourse est la plus fournie. C'est pourquoi, lorsque le tribunal de famille a pu être formé⁵⁶, il est fréquent de voir les opérations des arbitres interrompues. Les transactions et traités interviennent une fois les arbitres réunis,

⁴⁷ ADI, 3 E 1158/6, 1793, n° 110, Rey notaire.

⁴⁸ Il estimait n'avoir pas été suffisamment portionné dans le contrat de mariage de son frère.

⁴⁹ ADI, 3 E 9025, 9 germinal an III, n° 59, *Traité et quittance*, Arthaud, notaire à Grenoble.

⁵⁰ ADI, 3 E 3797, n° 168, *Traité de famille*, Blanc notaire à Grenoble.

⁵¹ ADI, 3 E 1644/11, *Traité* du 15 ventôse an III, n° 236, Berthon notaire.

⁵² ADI, 3 E 1644/11, 1^{er} floréal an III, n° 280, Berthon notaire.

⁵³ Le plus souvent il s'agit d'un acte d'huissier portant sommation de désigner deux arbitres pour former le tribunal de famille avec ceux nommés préalablement par l'adversaire.

⁵⁴ ADI, 3 E 3794, 4 juin 1791, n° 61, Blanc notaire à Grenoble.

⁵⁵ ADI, 3 E 1158/9, n° 63, *Traité*, Rey notaire.

⁵⁶ Il arrive en effet que l'une des parties, quoiqu'ayant désigné ses arbitres, ne réponde pas - et ses arbitres avec elle - à une assignation à venir siéger en tribunal de famille à une date qu'ils avaient pourtant eux-mêmes fixée (ADI, 3 E 856, n° 257 et 258, Cuyrat notaire au Bourg d'Oisans).

sans que l'on sache vraiment s'ils ont commencé leurs opérations⁵⁷. Le plus souvent néanmoins, les experts-arbitres ont déjà évalué la consistance et la valeur des biens délaissés par le défunt lorsque les parties se décident à terminer à l'amiable⁵⁸. En certaines occasions, les « arbitres étaient sur le point de prononcer, lorsque les parties pour éviter les frais du jugement du tribunal de famille, se sont abouchées et après avoir scrupuleusement vérifié les biens (...) ont réglé et fixé le supplément de légitime »⁵⁹. Cette constante de l'accommodement s'explique aisément au regard des raisons qui invitent les parties à s'entendre.

B. Les conditions du succès de l'arrangement amiable.

Les raisons qui poussent les parents à interrompre le cours de la justice sont généralement clairement exprimées :

- ils cherchent d'abord à éviter la décision du tribunal de famille⁶⁰ en raison de son caractère incertain et dispendieux. Alors que le « tribunal de famille avait été renvoyé pour procéder à la mansuration des fonds (...) les parties ayant réfléchi, pris l'avis de leurs arbitres et amis et prévoyant que les contestations les alloient jeter dans des contestations très longues et à des dépenses très considérables, ledit J.B. Barruel a consenti de donner à ladite J. Barruel le dixième lui revenant sur tous les biens dudit J.B. Barruel leur père pour lui tenir lieu de sa légitime et ce par l'entremise de leurs arbitres et amis »⁶¹. Dans des circonstances comparables, les parties « ayant voulu se consulter, l'arbitrage fut renvoyé au 30 du présent mois et prévoyant les contestations qui alloient s'élever entre [elles] les alloient jeter dans un procès très dispendieux et en des procédures très coûteuses », elles convinrent que moyennant le versement d'une somme de 1300 livres par l'une, l'autre se départait de la demande qu'elle avait formée en tribunal de famille⁶². Ainsi, le plus souvent la solution transactionnelle doit moins à l'amiable composition des arbitres qu'à la nécessité. Le 12 frimaire an III, c'est la perspective d'une licitation qui pousse les parents à composer⁶³ ; le 27 frimaire an III, alors que les parties « avaient amiablement convenus d'arbitres qu'ils avaient chargé de procéder audit partage pour éviter les frais d'un tribunal de famille à la forme de la loi », l'impossibilité de diviser « les immeubles par tiers sans nuire considérablement au chacun... » les contraint de liciter entre elles⁶⁴. Dans de telles circonstances, la médiation des arbitres a de fortes chances d'aboutir : après avoir « fait plusieurs assemblés entre elles et leurs juges arbitres pour parvenir à la fixation de leurs droits, vu l'impossibilité de partager le peu d'immeubles dépendants de ladite succession, la nécessité d'en vendre la majeure partie pour fournir au paiement des droits matrimoniaux et autres créances de ladite Vivian ainsi que du capital de 700 livres du à sieur Joseph Faure, en rente constituée au 4 pour cent, [les parents] ont été conseillés par leurs juges arbitres de prévenir un jugement dont l'exécution seroit difficile et coûteuse en prenant des arrangements qui tendissent à la conservation des biens ; en conséquence... d'après la parfaite connoissance qu'ils avaient des forces de la succession, et dans laquelle ils se sont confirmés pendant les conférences qu'ils ont eues entre eux et les juges arbitres, ils ont été conseillés par ceux-ci, et ils ont convenu comme ci-après par forme de transaction entre majeurs contre lesquelles nul recours n'est admis s'il n'est fondé sur le dol personnel ; savoir qu'au moyen de la somme de 1200 livres le dit Tournon fait cession à sa sœur de sa portion cohérentaire dans la succession paternelle »⁶⁵.

⁵⁷ ADI, 3 E 1644/12, n° 14, *Traité*, Berthon notaire ; ADI, 3 E 3765, 3 mars 1793, n° 112, *Traité*, Platel notaire ; ADI, 3 E 3489, 24 août 1794, n° 349, *Traité*, Trinché, notaire à Grenoble.

⁵⁸ ADI, 3 E 1644/11, 7 prairial an II, n° 84, *Traité*, Berthon notaire ; ADI, 3 E 3800, 30 ventôse an IV, n° 80, *Traité*, Blanc notaire à Grenoble.

⁵⁹ ADI, 3 E 3798, 21 brumaire an III, n° 53, Blanc notaire.

⁶⁰ ADI, 3 E 1644/11, 28 germinal an III, n° 273, *Traité sur l'instance en tribunal de famille*, Berthon notaire.

⁶¹ ADI, 3 E 1644/11, 4 prairial an II, n° 80, *Traité*, Berthon notaire.

⁶² ADI, 3 E 1644/11, 16 floréal an III, n° 297, *Traité*, Berthon notaire.

⁶³ ADI, 3 E 1644/11, n° 167, *Traité et cession de droits légitimaires*, Berthon notaire.

⁶⁴ C'est finalement le frère aîné qui emporte la licitation moyennant 900 livres au chacun de ses frère et sœur, ADI, 3 E 3798, n° 121, Blanc notaire.

⁶⁵ ADI, 3 E 3214, n° 50, *Transaction portant cession de droits légitimaires*, Accarier notaire.

- il arrive également que la solution amiable parachève une épopée judiciaire qui n'a que trop duré. Topique à cet égard est l'affaire dans laquelle les difficultés successorales apparaissent en 1721 pour s'achever par un traité le 16 février 1794. Les parties, voulant « terminer les contestations si souvent reprises et abandonnées » réunissent un tribunal de famille qui entreprend de « les concilier en leur faisant connaître leurs droits respectifs et les doutes que pouvoient faire naître les divers moyens et exceptions proposées ». Les arbitres parviennent « à engager les parties à traiter définitivement sur leurs contestations » parti « qui étoit plus avantageux pour toutes les parties et leur épargnoit de plus les frais d'un partage par experts qui auroit encore consommé une partie de l'hoirie »⁶⁶. De la même manière, un traité du 20 septembre 1793 intervient sur la décision d'un tribunal de district qui, alors qu'il statuait sur l'appel d'un jugement d'un tribunal de famille, avait ordonné une nouvelle procédure de partage. Les parties, « désirant maintenir entre elles la paix et l'union qui doit régner entre parents »⁶⁷, choisissent leurs experts et procèdent amiablement à la composition de masse en vue du partage⁶⁸.

Qu'elles se manifestent à l'occasion du tribunal de famille ou à sa périphérie, les formes ataviques de l'arbitrage perdurent. Il est remarquable de constater que sous la Révolution encore, elles permettent de mettre fin à des procès qui s'éternisent. A Douai après deux décisions rendues par deux tribunaux de famille et alors que l'appel est en suspens, des parents compromettent afin « de terminer au plus tôt et par la voye la moins frayeuse le procès qui les divise »⁶⁹. A Grenoble, ils conviennent de « porter en décision arbitrale le procès et contestations pendant par devant le tribunal de district sur l'appel d'un jugement du tribunal de famille du 21 mars 1793 »⁷⁰. Ainsi, bien que de manière résiduelle, la logique de l'arbitrage ancien et les mots qui l'accompagnent traversent la Révolution. Le compromis marque encore parfois l'acte de désignation des arbitres⁷¹ et, une fois les tribunaux de famille supprimés, ceux qui y recourent poursuivent toujours le même objectif : écarter la voie contentieuse avant que les frais de la procédure n'absorbe les biens de l'hoirie⁷² ou mettre fin à un procès qui les a déjà fait passer par tous les degrés de la justice⁷³.

La destination, juridictionnelle ou pacificatrice, du tribunal de famille est étroitement associée au vouloir des parties : ces dernières désirent-elles en faire un lieu où le litige sera réglé selon les formes les plus rigoureuses et par les voies du droit ? Elles prennent soin de désigner des arbitres compétents et la formation du tribunal de famille devient un moment procédural intense. Un nombre considérable d'affaires mobilisent ainsi l'attention des juges de paix et de district pour parvenir ne serait-ce qu'à désigner les arbitres, première victoire qui ne préjuge pas de la réunion effective du tribunal de famille. En affirmant que « cent exploits souvent n'avaient pas encore suffi pour parvenir à composer un tribunal de famille ou le mettre en séance », le nouveau Denisart travestit à peine la réalité⁷⁴. La guerre procédurale se prolonge ensuite devant les arbitres de famille pour s'achever péniblement devant les tribunaux de district. Nombre de leurs jugements prononcent sur le mérite de l'appel au profit du défaut d'une des parties,

⁶⁶ ADI, 3 E 3488, 16 février 1794, Trinché notaire.

⁶⁷ On peut douter de la sincérité de ce désir soudain d'union et de paix quand on sait que les parents se déchirent devant les tribunaux depuis plusieurs années.

⁶⁸ ADI, 3 E 1158/6, 20 septembre 1793, n° 263, Rey notaire.

⁶⁹ V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *op. cit.*, p. 409.

⁷⁰ ADI, 3 E 3796, 3 juillet 1793, n° 266, *Compromis*, Blanc notaire.

⁷¹ P. VIARD, article précité à la note 16, p. 258 ; V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *op. cit.*, p. 405 ; C. JALLAMION, *L'arbitrage en matière civile du XVII^e au XIX^e siècle...*, *op. cit.*, p. 211.

J. FORCIOLI concède toutefois n'avoir « pu trouver dans les archives de Caen aucune pièce de ce genre » (thèse précitée à la note 5, p. 37).

⁷² Le 12 germinal an V, les cohéritiers Bertrand conviennent d'« arbitres et experts » par compromis afin « d'éviter frais dispendieux qu'aurait occasionné une procédure de composition de masse judiciaire, et aussi les frais du partage judiciaire auquel il fallait procéder ». Ils les chargent ainsi « de décider définitivement et sans appel leurs contestations nées et à naître sur tous les objets qui les divisent relatifs à la succession du père commun » (ADI, 3 E 859, n° 106, *compromis*, Cuynat notaire au Bourg d'Oisans). Voir également, ADI, 3 E 3220, compromis du 4 prairial an V conduisant à un traité (n° 67) reçu par Accarier, notaire à Grenoble.

⁷³ Le 23 brumaire an V les cohéritiers Billon conviennent de deux notaires « pour prononcer par un jugement arbitral sur l'appel interjeté du jugement rendu par le tribunal de district de Grenoble le 1^{er} floréal an III » et promettent « de remettre aux arbitres toutes les pièces des procès » (ADI, 3 E 3495, *Convention d'arbitres*, Trinché notaire).

⁷⁴ *Arbitrage*, Dalloz rép., 1845, t. IV, p. 385 cité par J.-J. CLERE, « L'arbitrage révolutionnaire... », *op. cit.*, p. 26.

laquelle forme opposition, se présente enfin devant les juges pour contester la composition de masse réalisée par la sentence arbitrale attaquée, ne laissant alors pas d'autre choix au juge de district que de renvoyer à un tribunal de famille pour qu'il soit procédé à nouveau sur cette question... La patience a un prix, et tous ne sont pas en mesure de l'acquiescer.

Certes le vouloir des parties n'est jamais enchaîné. Celles-ci peuvent, en cours d'instance voire consécutivement à un jugement préparatoire ou interlocutoire, renoncer à la voie contentieuse pour compromettre, par acte privé ou devant notaire, dans l'espoir de mettre un terme définitif à un différend qui n'a que trop duré. Mais comment s'assurer que l'adversaire ne retrouvera pas, avec les promesses d'une nouvelle expertise plus favorable, le goût de la chicane ?

Il existe toutefois un frein naturel à la rage procédurière du plaideur invétéré : le montant présumé des droits qui lui compètent. La crainte de voir une part importante de sa portion héréditaire engloutie par le défraiement des experts, arbitres et autres huissiers demeure en effet le ressort le plus efficace de la solution amiablement négociée. Dans ces circonstances, la médiation des arbitres et des amis communs⁷⁵ s'appuie cette vérité du monde rural ou citadin : l'espoir d'un gain incertain ne vaut jamais autant que l'assurance d'un profit tangible et immédiat. Sans ces éléments objectifs, qui font plier la volonté des parties, la conciliation est vouée à l'échec⁷⁶. Interposer des tiers, fussent-ils parents, n'est pas la panacée. Si on a pu écrire à Douai, lieu où plus d'une affaire sur 5 débouche sur une solution amiable, que la conciliation relève généralement de la résignation des parties plus que de la médiation des arbitres⁷⁷, c'est tout simplement que le tribunal de famille n'est pas perçu par les plaideurs comme une instance de conciliation, mais bien comme une authentique juridiction dont elles attendent un jugement péremptoire, en bonne et due forme⁷⁸. Une fois le conflit cristallisé, l'issue judiciaire est plébiscitée par les parties à condition qu'elles aient les moyens de soutenir une action contentieuse. C'est pourquoi, pour éviter les haines tenaces qui souvent divisent les parents, la prévention demeure une solution aussi exceptionnelle qu'efficace. Un couple révolutionnaire devait en avoir une conscience aiguë pour en offrir la plus belle des illustrations. Le 18 février 1793, ils stipulent devant notaire une « déclaration et traité de paix » au contenu des plus savoureux : ils y expliquent qu'ils ont eu « connaissance intime », ont habité ensemble comme mari et femme « sans contracter mariage devant l'église ou autrement » et que de leur commerce charnel sont nés des enfants. Désireux de vivre à présent « à jamais éloigné l'un de l'autre pour leur tranquillité spirituelle et temporelle, mais que se défiant l'un de l'autre et craignant que l'un n'inquiète l'autre par des démarches et des propos tendant à persuader plus longtemps au public trompé qu'ils sont réellement mariés légalement et qu'ils ne peuvent pas contracter mariage avec d'autres sans préalablement divorcer, les dites parties bien réfléchies et mues par le cri de leur conscience ont déclaré... qu'elles se quittent à perpétuité et promettent respectivement de ne jamais se chercher, inquiéter ni injurier l'un l'autre d'aucune manière et sous quelque prétexte que ce puisse être à peine de tous dépens dommages et intérêts et de poursuites criminelles le cas échéant, moyennant ce les parties s'entrequittent réciproquement et se souhaitent réciproquement bonne fortune sous la déclaration qu'elles n'ont jamais eu aucune société de négoce ensemble, duquel traité les parties ont requis acte »⁷⁹.

Peut-on trouver plus belle illustration du dicton populaire, prévenir vaut mieux que guérir ?

⁷⁵ Il est remarquable de constater que, conformément à la pratique antérieure à la Révolution, les amis communs se joignent souvent aux arbitres imposés par la nouvelle organisation judiciaire lorsqu'il s'agit d'estimer la consistance et la valeur des biens de l'hoirie. Pour un exemple, ADI, 3 E 1644/11, 7 prairial an II, n° 84, Berthon notaire.

⁷⁶ L'expérience des bureaux de paix est significative à cet égard.

⁷⁷ V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé... », *op. cit.*, p. 408.

⁷⁸ J. FERRAND, « Trois figures de la médiation judiciaire sous la Révolution française », *Figures de la médiation et lien social* (J.-L. CHABOT, S. GAL et C. TOURNU), L'Harmattan, Librairie des humanités, 2006, pp. 109-140.

⁷⁹ ADI, 3 E 3796, n° 53, Blanc notaire.

LES SOLUTIONS AUX CONFLITS EN MATIERE DE DIVORCE RELIGIEUX DU XIX^E SIECLE A NOS JOURS. LE CAS DE REFUS DE DELIVRANCE DU *GUETH* EN DROIT INTERNE

FLORENCE RENUCCI

Chargée de recherches au CNRS, Centre d'Histoire Judiciaire (UMR 8025)

florence.renucci@univ-lille2.fr

À l'origine, dans le droit mosaïque, le *gueth* est une répudiation car elle n'appartient qu'au mari. Il évolue par la suite dans un sens plus égalitaire puisque le tribunal peut contraindre le mari à dissoudre l'union dans des cas précis et qu'à partir du XI^e siècle la rupture du lien matrimonial n'a pas lieu sans le consentement de l'épouse¹. Aujourd'hui, en Israël, la femme peut divorcer pour débauche, adultère, défaut d'entretien, injures graves et sévices, refus de cohabitation, état physique ou social du mari, impuissance ou conversion du mari à une autre religion.

Si la question de la délivrance du *gueth* se pose en droit international privé, la présente étude se propose de mettre l'accent sur l'existence de ce problème en droit interne². Il faut dans un premier temps comprendre comment le *gueth* peut engendrer des conflits en France entre citoyens français mariés civilement sur le territoire. Il est certain que dans ce cas le seul divorce valide aux yeux du droit commun est le divorce judiciaire. Toutefois, après s'en être acquittés, les époux sont à même de recourir à un divorce religieux³. En droit mosaïque, le divorce doit être consenti par les deux époux. Or, un phénomène relativement courant se produit : l'homme refuse de donner son consentement, c'est-à-dire de délivrer *la lettre de gueth*⁴. Ce refus n'a que des effets limités sur sa personne. S'il se remarie, il sera considéré comme polygame, sans que cela n'entraîne la nullité du mariage subséquent⁵. Les conséquences sur l'épouse sont, elles, très importantes. Elle ne peut se remarier religieusement avec un coreligionnaire⁶. Si elle vit avec quelqu'un sans que le *gueth* n'ait été délivré, elle est considérée comme une femme adultère (*agounah*) et ses enfants issus du nouveau mariage seront *mamzerim*, c'est-à-dire illégitimes. Les mêmes conséquences s'appliquent à la femme dont le mari est introuvable ou porté disparu.

Il est donc aisé de comprendre les difficultés engendrées pour les femmes de confession israélite confrontées à la non-délivrance du *gueth*. Il s'agit d'une affaire purement religieuse, ne concernant pas *a*

¹ R. SCIALOM, « Le contenu du mariage religieux face aux évolutions sociales : l'exemple du mariage juif », dans *Droit et religions. Annuaire*, vol. 2, tome 1, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille (PUAM), 2007, p. 176.

² Sur le *gueth* en droit international privé, se référer à I. STIBBE, *Le divorce juif en droit international privé. Le gueth ou la tradition à l'épreuve de la laïcité*, Lungano/Paris, Edis, 2005.

³ Du fait qu'ils sont divorcés civilement, le terme « ex-époux » serait plus approprié. Toutefois, nous avons préféré utiliser le terme « époux » et « épouse » afin de mettre l'accent sur le fait qu'ils demeuraient mariés religieusement - ce qui constitue le cœur de notre problème.

⁴ Il faut toutefois préciser qu'il existe des cas où l'épouse refuse de consentir au divorce. Ces exemples sont assez rares devant les tribunaux et n'entraînent pas nécessairement les mêmes conséquences que pour les femmes privées de *gueth*. Dans une affaire célèbre de 1992, l'Australia Family Court a utilisé son pouvoir général d'injonction pour ordonner à une femme qui refusait d'accepter le *gueth* de se présenter devant le *Beith din*, c'est-à-dire le tribunal rabbinique, de Melbourne (cf. B. S. JACKSON, « Agunah and the Problem of Authority : Directions for Future Research », *Melilah*, 2004/1, p. 15, note 66).

⁵ Si les séfarades peuvent être polygames, cette pratique est interdite chez les ashkénazes par un amendement attribué au rabbin Guershom au Moyen-Age. Toutefois, d'après Isabelle STIBBE, « même si la polygamie est prohibée depuis l'ordonnance du rabbin Guershom, la violation de cette interdiction n'exclut pas la validité d'un deuxième mariage du mari. Si un homme marié épouse une autre femme alors qu'il est déjà engagé dans les liens du mariage, le second mariage n'est pas frappé de nullité » (I. STIBBE, *op. cit.*, pp. 8-9).

⁶ Il faut toutefois préciser que dans la plupart des pays, seuls les conservateurs et les orthodoxes sont concernés. En effet, dans le judaïsme réformé le divorce civil suffit et permet un remariage religieux. Cf. Entrée « divorce », dans G. WIGODER (dir.) et S. A. GOLDBERG (dir. pour l'adaptation française), *Dictionnaire encyclopédique du judaïsme*, Paris, Cerf/Lafont, 1996, p. 291.

priori les juridictions civiles françaises. Pourtant, certaines épouses vont s'adresser aux tribunaux. Un tel recours soulève immédiatement une objection fondamentale : le principe de séparation de l'Église et de l'État. Elle doit pourtant être relativisée. En réalité, dans une série de cas, la jurisprudence a dû prendre en considération les intérêts religieux des parties ou se pencher sur les convictions religieuses des individus, en particulier en droit de la famille. Ainsi, la jurisprudence a admis dans des affaires relatives à des fiançailles, une action en dommages-intérêts pour rupture abusive. Elle admet également comme injure grave pouvant motiver le divorce ou la séparation de corps, le refus par l'un des conjoints de faire procéder à une cérémonie religieuse après la célébration du mariage civil quand il existe une promesse de procéder à ce mariage⁷. Une partie de la jurisprudence considère donc que le principe de laïcité ne s'oppose pas à la protection des convictions religieuses ou à leur prise en considération. En 1955, le tribunal civil de Metz rappellera par exemple, à propos d'un refus de délivrer le *gueth*, qu'il y a « atteinte à un sentiment d'ordre religieux »⁸. Toutefois, certaines juridictions se sont déclarées incompétentes dans ce domaine au nom du principe de laïcité. C'est le cas, par exemple, du tribunal d'Alger, le 8 mars 1927⁹. La question du *gueth* est donc complexe car elle se situe sur une double frontière : entre identité et foi, entre justice séculière et justice religieuse. Elle est la source d'un conflit ancien qui n'a pas été définitivement résolu par les tribunaux (I). Cette difficulté conduit à observer les autres propositions qui ont vu le jour en France et à comparer les solutions mises en place par les principaux pays confrontés à cette question (II).

I. LA RÉOLUTION JUDICIAIRE DU CONFLIT EN FRANCE.

Les conflits en matière de délivrance du *gueth* ne sont pas nouveaux¹⁰. Contrairement à ce qu'un auteur a pu affirmer, leur résolution ne s'est pas présentée pour la première fois en 1972 devant la plus haute juridiction¹¹. De surcroît, la jurisprudence coloniale y avait déjà été confrontée au Maghreb. Si la primauté de la jurisprudence coloniale dans la résolution des conflits liés au *gueth* a parfois été mentionnée¹², elle n'a jamais été démontrée de façon systématique. Or, cette approche est particulièrement intéressante car il semble que les propositions dégagées à cette époque ont anticipé les solutions actuelles relativement à la qualification de l'acte et aux sanctions.

A. La qualification de l'acte.

Les tribunaux ont pu considérer qu'en refusant de délivrer le *gueth*, le mari ne remplit pas une obligation qu'un contrat met à sa charge. Appliqué au *gueth*, ce raisonnement revient à soutenir que lorsque les époux se sont mariés religieusement (*more judaïco*) devant le rabbin, ils ont par là même admis que la dissolution de leur union aurait lieu elle aussi religieusement¹³. Par conséquent, le refus du mari de délivrer le *gueth* à son épouse doit être considéré comme une violation contractuelle. Cette thèse a été reprise par le tribunal de Metz le 27 avril 1955¹⁴. Toutefois, une grande partie de la jurisprudence rejette ce raisonnement et considère que la qualification n'est pas contractuelle, mais délictuelle. Le refus de délivrance du *gueth* est donc considéré comme un délit civil *stricto sensu* ou un quasi-délit.

⁷ Cf. notamment pour des époux de confession catholique : tribunal civil de Nancy, 8 juillet 1957, *Gazette du Palais (GP)*, II, p. 305. Pour des époux de confession israélite : tribunal civil de la Seine, 3 mars 1933, *GP*, 1933, I, p. 757.

⁸ Tribunal civil de Metz, 27 avril 1955, *Juris-Classeur Périodique (JCP)*, 1960, II, n. 11632.

⁹ Justice de paix d'Alger, 8 mars 1927, *Revue Algérienne (RA)*, 1927, II, p. 139.

¹⁰ On en trouve des traces sous l'Ancien Régime, en particulier lors de la retentissante affaire Peixotto. Cf. M. HUMBERT, « Un divorce judaïque devant la juridiction royale : l'affaire Samuel Peixotto-Sarah Mendès D'Acosta », dans *Mélanges à la mémoire de Marcel-Henri Prevost : droit biblique, intentions rabbiniques, communautés et société*, Paris, PUF, 1982, pp. 307-318.

¹¹ Note de Ch. LARROUMET sous Cour de cassation (chambre civile), 13 décembre 1972, *Dalloz (D)*, 1973, p. 493. L'auteur de la note indique, en effet, qu'il s'agit à sa connaissance du premier arrêt de la Cour de cassation sur la question.

¹² Cf. BONTEMS, « Un mal social séculaire : la lettre de *gueth* ou les tribulations amoureuses du citoyen Pariente », dans *Histoire du droit social. Mélanges en hommage à Jean Imbert*, Paris, PUF, 1989, pp. 73-86.

¹³ Tribunal civil de Casablanca, 21 décembre 1949, *D*, II, 1953, p. 538, note LUCHAIRE. Arrêts utilisant la notion d'engagement : cour d'appel d'Alger, 25 juin 1925, *RA*, 1928, II, pp. 35-36 ; cour d'appel de Rabat, 9 mai 1933, *Revue de Droit International Privé (RDIP)*, 1934, p. 125.

¹⁴ Tribunal civil de Metz, 27 avril 1955, *op. cit.*

En Algérie, la première décision en ce sens est un arrêt de la cour d'appel du 29 juillet 1875¹⁵. En l'espèce, un dénommé Isaac Pariente, dix-sept ans, se marie religieusement avec une jeune fille de treize ans, Yamina Lelouch¹⁶. Il s'engage à l'épouser civilement lorsqu'elle aura atteint l'âge de quinze ans. Entre-temps, celle-ci est renvoyée chez ses parents. Alors que Yamina Lelouch a déjà fêté son quinzième anniversaire depuis un peu moins d'un an, le citoyen Pariente annonce effectivement son mariage, mais avec une autre femme. Les projets d'union de Pariente échouent à deux reprises - successivement avec les dénommées Médioni et Stora - et c'est finalement la troisième tentative qui aboutit. Yamina Lelouch assigne en justice l'intéressé afin de l'obliger à délivrer le *gueth*. En première instance, le tribunal civil d'Alger, dans un jugement du 11 janvier 1875, déboute la demanderesse. Mais en appel, la cour d'Alger trouve le moyen de sanctionner l'action du mari : « Si le mariage religieux est inhabile à créer un lien conjugal civil ; et s'il n'a pas la valeur légale d'un contrat, il est du moins un fait qui peut, dans certains cas, devenir la source d'un préjudice et d'un quasi-délit passibles de dommages-intérêts »¹⁷. Par arrêt du 28 février 1876, la Cour suprême refuse de casser la décision de la cour d'appel¹⁸.

Cette solution est reprise par la cour d'appel le 9 avril 1908¹⁹. Elle est critiquée en note par Émile Larcher, avocat et professeur à l'école de droit d'Alger connu pour ses analyses sans concessions²⁰. Le juriste défend le jugement du tribunal de Bône infirmé en appel. Il relève, en effet, que ne pas faire ce que l'on n'est pas obligé de faire ne saurait constituer une faute. Si le mari « a le droit de ne pas délivrer le *gueth* », il ne peut, par définition, être condamné parce qu'il n'a pas usé de son droit²¹. L'auteur précise toutefois qu'il serait opportun « de chercher dans la théorie de l'abus du droit une justification à la solution que la cour a adoptée »²². Cette référence à la théorie de l'abus de droit n'est pas étonnante car le sujet fait particulièrement débat à cette époque. Au début du XX^e siècle, plusieurs thèses traitent du sujet²³. Enfin, Larcher n'a sans doute pas été insensible aux écrits de son collègue Marcel Morand, directeur de l'école de droit d'Alger, qui a publié en 1906 un article intitulé « De l'abus du droit dans la législation musulmane »²⁴. Selon cet auteur, la doctrine musulmane traditionnelle accorde des réparations « à l'occasion d'actes ou d'abstentions qui semblent bien n'être que la manifestation d'un droit »²⁵. L'argument de l'abus de droit est repris dans un jugement du tribunal d'Alger, le 2 janvier 1939²⁶. Cette même théorie a été utilisée en métropole lorsque la question du refus de délivrance du *gueth* s'est posée entre citoyens français²⁷.

La théorie de l'abus de droit suppose une intention de nuire. Cette dernière révèle le caractère abusif de l'abstention. Si dans la majorité des décisions des juridictions françaises en Algérie, la théorie de

¹⁵ Cour d'appel d'Alger, 29 juillet 1875, *Jurisprudence algérienne (JA)*, 1875, p. 35.

¹⁶ Le fait que le mariage religieux ait eu lieu avant le mariage civil, alors que les intéressés étaient des citoyens français, s'explique facilement en Algérie. Le décret Crémieux du 24 octobre 1870 avait imposé massivement aux israélites d'Algérie (environ 35 000 personnes) la citoyenneté française. Toutefois, la première génération qui a bénéficié de ce texte était encore ancrée dans ses coutumes, ce qui explique que la loi commune n'ait pas toujours été strictement respectée.

¹⁷ Cour d'appel d'Alger, 29 juillet 1875, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ Cour de cassation (chambre des requêtes), 28 février 1876, *Sirey*, 1877, p. 27.

¹⁹ Cour d'appel d'Alger, 9 avril 1908, *RA*, 1910, II, p. 51.

²⁰ E. LARCHER fit paraître dans la *Revue Algérienne* une série d'études intitulées « Les bizarreries de la législation algérienne » où il mettait en évidence certaines incohérences du droit colonial. Pour accéder à des éléments bibliographiques et biographiques concernant cet auteur, nous nous permettons de renvoyer à notre thèse : *Le statut personnel des indigènes : comparaison entre les politiques juridiques française et italienne en Algérie et en Libye (1919-1943)*, Thèse pour le doctorat en droit, Aix-en-Provence, 2005, pp. 295 ; 321 ; 333-334.

²¹ Note de E. LARCHER sous cour d'appel d'Alger, 9 avril 1908, *op. cit.*, p. 53.

²² *Ibid.*

²³ E. PORCHEROT, *De l'abus de droit*, Thèse, Droit, Dijon, 1901 ; L. SALANSON, *De l'abus du droit*, Thèse, Droit, Paris, 1903 ; C. DOBROVICI, *De l'abus de droit*, Thèse, Droit, Paris, 1909.

²⁴ Sur Morand, se référer à : L.-A. BARRIERE, « Marcel Morand, interprète du droit musulman algérien », dans *Les grands juristes. Actes des journées internationales de la société d'histoire du droit (Aix-en-Provence, 22-25 mai 2003)*, Aix-en-Provence, PUAM, 2006, pp. 228 et s.

²⁵ M. MORAND, « De l'abus du droit dans la législation musulmane », *RA*, 1906, I, p. 13.

²⁶ Tribunal civil d'Alger, 2 juin 1939, *Journal des tribunaux algériens*, 12 juin 1941, cité par M. BELICHA, *Le divorce confessionnel chez les israélites. Essai sur la question du gueth*, Alger, Fontana, 1953, p. 45.

²⁷ Cf. notamment Cour de cassation (chambre civile), 13 décembre 1972, *op. cit.*, p. 493.

L'abus de droit n'est pas explicitement mentionnée, l'intention de nuire est, pour sa part, presque systématiquement évoquée. Durant la période coloniale comme aujourd'hui, la jurisprudence possède une double approche de la question. Dans certains cas, elle déduit l'intention de nuire du défaut d'intérêt sérieux du mari à refuser le *gueth*²⁸. Dans d'autres cas, l'intention de nuire est prouvée par l'attitude de l'époux qui utilise par exemple le *gueth* comme moyen de pression pour obtenir des contre-parties financières. Ainsi, dans l'arrêt du 29 juillet 1875, la cour estime que le mari refuse à sa femme, contre toute équité, « une liberté qu'il s'est attribué lui-même »²⁹ par rancune ou pour des motifs pécuniaires³⁰. En 1876, la Cour de cassation reprend la terminologie de l'arrêt de la cour d'appel d'Alger en rappelant qu'Isaac Pariente, a « obéi aux aspirations d'une basse vengeance ou à des calculs d'une abjecte cupidité »³¹. Le chantage financier est stigmatisé, rappelant la dimension morale du conflit. Dans cette optique, le jugement du 8 mars 1927 de la justice de paix d'Alger regrette que beaucoup d'israélites en soient « arrivés à faire du « ghit », indépendamment de son caractère vexatoire au premier chef, un véritable moyen spéculatif, source pour eux, lorsque leur ex-femme est fortunée, de revenus très appréciables »³². Le tribunal civil d'Alger se demande enfin, dans un jugement du 2 juin 1939, si le refus du mari de délivrer le *gueth* ne « reflète pas le désir (...) nuisible de spéculation »³³. Le professeur Bontems émet l'hypothèse que ces affirmations sont en rapport avec des préjugés antisémites : dans le domaine familial, « l'ordre israélite » serait perçu comme puisant « ses racines dans l'esprit de lucre »³⁴. Si les termes et la généralisation opérée dans la rédaction des décisions ne sont sans doute pas exempts d'a priori négatifs, il n'en est pas moins indéniable que le *gueth* est souvent employé comme objet de négociation³⁵. Cet état de fait constitue, aujourd'hui encore, un grave problème³⁶.

L'absence d'intention de nuire marque la limite de la théorie de l'abus de droit, ce qui a conduit la jurisprudence et la doctrine actuelles à la critiquer et à proposer de nouvelles solutions³⁷. Quel que soit le raisonnement invoqué, la non-délivrance du *gueth* continue dans la plupart des cas d'être qualifiée de délit ou de quasi-délit qui engage la responsabilité de son auteur. L'article 1382 du Code civil selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer » s'applique. Il reste donc à déterminer quelle est la nature de cette réparation.

B. Les sanctions.

Trois types de sanctions ont été proposées par la jurisprudence : les dommages-intérêts réductibles, les dommages-intérêts et l'astreinte. Les dommages-intérêts réductibles apparaissent pour la première fois dans l'affaire Pariente. La cour d'appel d'Alger condamne en 1875 Pariente à verser 10 000 francs de dommages-intérêts en précisant toutefois que « cette somme sera réduite à 3000 francs si, avant le surlendemain de la signification du présent arrêt, date de rigueur, Pariente a consenti ou valablement

²⁸ Cf. par exemple, tribunal civil de Guelma, 15 mai 1924, *GP*, 1924, II, p. 424. Pour la période actuelle : I. STIBBE, *op. cit.*, p. 103.

²⁹ Cet argument reviendra par la suite (cf. par exemple : cour d'appel d'Alger, 22 octobre 1917, *RA*, 1919-20, II, p. 144).

³⁰ Cour d'appel d'Alger, 29 juillet 1875, *op. cit.*, p. 37.

³¹ Cour de cassation (chambre des requêtes), 28 février 1876, *op. cit.*, p. 28.

³² Justice de paix d'Alger, 8 mars 1927, *op. cit.*, p. 141.

³³ Tribunal civil d'Alger, 2 juin 1939, *op. cit.*, p. 44.

³⁴ C. BONTEMS, *op. cit.*, p. 78.

³⁵ Le président du consistoire d'Alger, Maurice Belicha, en témoigne en 1953 : « Personnellement témoin, durant de longues années de vie consistoriale, de situations pénibles, atroces, tragiques parfois, hélas, survenant, toujours, du fait d'exigences inouïes de maris, lors des laborieuses tractations tendant à obtenir d'eux la remise libératoire du « gueth » à leur femme déjà divorcée civilement, il nous est apparu que cette situation ne pouvait s'éterniser sans danger pour le judaïsme » (M. BELICHA, *op. cit.*, p. 10).

³⁶ « La motivation des maris peut être simplement le chantage (« Tu me payes 100.000 dollars et je te donnerai un *gueth* ») ; un désir d'obtenir des concessions relativement à l'entretien ou à la garde des enfants ; ou le produit d'une méchanceté, d'une rancune ou d'une rage irrationnelles » (Rabbin Y. BREITOWITZ, « Domestic relations law 236b : a Study in Communications Breakdown », www.jlaw.com/Articles/sec236b.html).

³⁷ Cf. I. STIBBE, *op. cit.*, pp. 104 et s. et note du professeur F. CHABAS sous Cour de cassation (chambre civile), 5 juin 1985, *GP*, 1986, I, p. 9.

offert à la demoiselle Lelouch la répudiation selon la loi mosaïque »³⁸. En 1876, la Cour suprême refuse de casser la décision³⁹. On retrouvera ce type de sanction dans deux décisions : un arrêt de la cour d'appel d'Alger du 9 avril 1908⁴⁰ et un jugement du tribunal civil de Tlemcen du 11 février 1909⁴¹. Il s'agit d'un procédé original puisque, contrairement aux dommages-intérêts compensatoires, la somme n'est pas fixée une fois pour toute et, contrairement à l'astreinte, il existe un maximum prévu⁴². Dans les décisions postérieures, les juridictions ont recours soit à l'astreinte, soit aux dommages-intérêts. Si l'on s'appuie sur les décisions publiées, il apparaît que l'astreinte est utilisée pour la première fois dans un arrêt de la cour d'appel d'Alger du 26 janvier 1911⁴³. Elle est également appliquée dans l'arrêt du 22 octobre 1917⁴⁴. Les dommages-intérêts sont ensuite préférés à l'astreinte – sauf exception⁴⁵. En dernier lieu, les tribunaux métropolitains ont utilisé les dommages-intérêts, l'astreinte⁴⁶ ou, plus rarement, les deux⁴⁷.

La Cour de cassation a toutefois rejeté l'utilisation de l'astreinte dans un arrêt du 21 avril 1982⁴⁸. Le fait de donner la lettre de *gueth* est analysé par cette juridiction comme une faculté relevant du domaine de la liberté de conscience. Par conséquent, le recours à l'astreinte est exclu⁴⁹. Pour la même raison qu'on ne peut obliger un artiste-peintre à exécuter matériellement le tableau qui lui a été commandé, on ne peut contraindre un mari à délivrer le *gueth*⁵⁰. Le professeur et avocat Éric Agostini a critiqué cet argument⁵¹ et, plus généralement, l'invocation du principe de laïcité⁵². De nouveaux raisonnements ont été avancés⁵³. En faisant fi de l'aspect proprement juridique du problème et en s'attachant à son aspect pratique, il est évident que les conclusions de la Cour de cassation ne permettent pas de mettre fin à la situation difficile de la femme à laquelle le *gueth* n'a pas été remis. Même si les dommages-intérêts constituent parfois une somme très élevée⁵⁴, il semble que les femmes n'aient pas encore utilisé ce moyen pour convaincre leur mari de leur délivrer le *gueth*⁵⁵. L'astreinte constitue à l'inverse un moyen efficace, de même que, dans une moindre mesure, les dommages-intérêts réductibles. Paradoxalement, il existe du point de vue théorique un risque que la solution des dommages-intérêts soit instrumentalisée par des femmes pour des motifs pécuniaires alors que, parallèlement, celles qui veulent voir cesser le préjudice qu'elles subissent n'obtiennent pas satisfaction. La Cour de cassation peut aider à la résolution de ce problème en renouant avec sa jurisprudence de 1876. En sanctionnant le mari par des dommages-intérêts réductibles, elle n'utilise pas d'une astreinte mais d'une quasi-astreinte et permet de donner à la victime une chance supplémentaire de voir sa situation changer.

En l'état actuel de la jurisprudence, les solutions aux conflits en matière de délivrance du *gueth* ne paraissent donc pas entièrement satisfaisantes. Les réponses et les autres propositions présentées en France et dans d'autres pays permettraient peut-être d'obtenir de meilleurs résultats.

³⁸ Cour d'appel d'Alger, 29 juillet 1875, *op. cit.*, p. 37.

³⁹ Cour de cassation (chambre des requêtes), 28 février 1876, *op. cit.*, p. 27.

⁴⁰ Cour d'appel d'Alger, 9 avril 1908, *op. cit.*

⁴¹ Tribunal civil de Tlemcen, 11 février 1909, *RDIP*, 1909, p. 562.

⁴² Note sous cour d'appel d'Alger, 9 avril 1908, *RDIP*, 1909, p. 566.

⁴³ Cour d'appel d'Alger, 26 janvier 1911, *RA*, 1913, II, p. 127.

⁴⁴ Cour d'appel d'Alger, 22 octobre 1917, *op. cit.*, p. 142.

⁴⁵ Cour d'appel de Rabat, 9 mai 1933, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁶ Tribunal de grande instance de la Seine, 22 juin 1967, *RDIP*, 1968, p. 356.

⁴⁷ Tribunal civil de Grenoble, 7 mai 1958, *JCP*, 1960, II, n. 11632.

⁴⁸ Cour de cassation (chambre civile), 21 avril 1982, *GP*, 1983, p. 590.

⁴⁹ *Contra* cour d'appel de Rabat, 9 mai 1933, *op. cit.*, p. 125 : « Attendu que l'astreinte a le même caractère que les dommages-intérêts ; que l'une comme l'autre ont en l'espèce, le même but, soit la réparation d'un dommage (...) ».

⁵⁰ I. STIBBE, *op. cit.*, p. 133.

⁵¹ Cf. la note de É. AGOSTINI sous Cour de cassation (chambre civile), 5 juin 1985, *JCP*, 1987, II, n. 20728.

⁵² Cf. la note de É. AGOSTINI, *op. cit.* et la note du même auteur sous cour d'appel de Versailles, 31 octobre 1994, *D.*, 1995, p. 246.

⁵³ Cf., par exemple, V. FORTIER, « Le juge, gardien du pluralisme confessionnel », *Revue de la Recherche Juridique. Droit Prospectif*, 2006-3, pp. 1164-1165.

⁵⁴ Cour d'appel de Versailles, 31 octobre 1994, *op. cit.*, p. 245. La somme était de 200.000 francs.

⁵⁵ L'absence de négociation de la part de la femme est peut-être due en France au manque d'informations. Contrairement aux Français, les Anglo-Saxons ont créé de véritables sites internet dédiés au problème des femmes *agounot*, comme, par exemple, www.getora.com. Sur les sites francophones que nous avons visités, nous n'avons trouvé qu'un seul message d'internaute au fait de la jurisprudence française et conseillant à une femme d'utiliser la menace des dommages-intérêts pour que son mari récalcitrant lui délivre le *gueth*.

II. LES AUTRES MODES DE RESOLUTION DU CONFLIT.

Il existe des points communs entre les propositions françaises et américaines. Toutes deux prévoient des mesures préventives et des mesures curatives. Le système israélien, pour sa part, se différencie fondamentalement sur la question de la compétence des tribunaux religieux. Ces modes de résolution des conflits liés au *gueth* doivent être exposés de manière à déterminer s'ils sont réellement efficaces.

A. Les propositions françaises.

Dans l'affaire Pariente, l'exposé des faits indique que l'intimé s'est engagé par acte sous seing privé à épouser civilement Yamina Lelouch. Si cette sécurité s'est avérée insuffisante, le principe plus général d'un document pré-nuptial a fait l'objet de propositions. En 1907, le grand rabbin Joseph Lehmann propose aux futurs époux de s'engager préalablement à leur mariage à ne jamais recourir au divorce civil. Cet engagement est inclus dans la *ketouba* ou contrat de mariage, par conséquent, en le violant, l'union religieuse est automatiquement annulée ce qui permet d'échapper à l'obligation de la délivrance du *gueth*. L'Union des rabbins français reprend la même année le principe d'un mariage à clause résolutoire⁵⁶. Toutefois, cette solution n'est pas adoptée car elle repose sur la validité du mariage sous conditions. Or, celle-ci ne fait pas l'unanimité parmi les rabbins⁵⁷. Le 3 novembre 1929, l'avocat A. Sultan présente un rapport lors de la constitution de la fédération départementale des associations culturelles constantinoises qui s'intéresse à la question du *gueth*. Il s'agit une fois encore d'insérer une clause spéciale dans la *ketouba*. L'idée est repoussée, la clause étant accusée de vicier le mariage religieux⁵⁸. Il est également envisagé des années plus tard d'insérer cette clause non dans la *ketouba*, mais dans un document connexe ou encore, de prévoir la remise par l'homme, au moment du mariage, d'un « *gueth* anticipé » à la femme qui peut en disposer après la séparation⁵⁹. Ces projets ne se concrétisent toutefois pas⁶⁰.

Si ces propositions tentent de résoudre le problème de manière préventive, d'autres mesures doivent y mettre un terme de manière curative, c'est-à-dire après le prononcé du divorce civil. En 1900, le consistoire d'Alger prévoit de priver de tout honneur religieux le mari récalcitrant, ce qui constitue également une sanction sociale⁶¹. Dans son rapport de 1929, l'avocat A. Sultan conseille d'établir une règle selon laquelle un homme ne pourrait se remarier religieusement qu'à condition de prouver qu'il a délivré à sa femme le *gueth*, « et ce, sous la forme d'une pièce émanant de l'association culturelle de la résidence de son ex-épouse »⁶². Cette mesure est adoptée en Algérie. En 1953, Maurice Belicha, président du consistoire d'Alger, présente un raisonnement basé sur des sources religieuses. Il ne devrait pas, par conséquent, heurter le judaïsme orthodoxe. Dans un premier temps, il confirme qu'une prescription mosaïque donne au mari le pouvoir de délivrer ou de ne pas délivrer le *gueth* – celui-ci ne peut donc être contraint de le faire. Toutefois, ce faisant le mari commet « un acte méchant » et porte préjudice à la femme. Or, la loi juive prévoit la réparation du préjudice matériel. Dans ce cas, elle consiste à donner le *gueth*. Le mal engendré doit en effet être réparé « même couvert par la légalité »⁶³. Le mari sera traduit

⁵⁶ G. ATLAN, *Les juifs et le divorce. Droit, histoire et sociologie du divorce religieux*, Bern, Peter Lang, 2002, p. 216.

⁵⁷ Cf. B. S. JACKSON, « Agunah and the Problem of Authority : Directions for Future Research », *op. cit.*, pp. 10 et s. En 1933, Lucien KADOUCHE reprend la proposition de Joseph LEHMANN dans un ouvrage intitulé *Divorce juif et tribunaux civils français. Solutions les plus récentes de jurisprudence et de doctrine*, Thèse, Droit, Dijon, 1935.

⁵⁸ M. BELICHA, *op. cit.*, p. 17.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 29.

⁶⁰ À titre comparatif, en 1955, le protectorat marocain fait exception. Les rabbins y prévoient un engagement du mari à délivrer le *gueth* lorsque l'épouse est de nationalité étrangère - par exemple, de nationalité française. Bien qu'ils soient protégés français, les Marocains ne sont pas, en effet, considérés comme des nationaux français par la jurisprudence. Une « citoyenne » ou une sujette française qui épouse un Marocain se marie donc pour les tribunaux avec un étranger. Un modèle-type d'engagement est reproduit dans A. ZAGOURI, *Le divorce d'après la loi talmudique. Chez les Marocains de confession israéliëte et les réformes actuelles en la matière*, Tanger, LGDJ, 1958, pp. 113-114.

⁶¹ Cf. la lettre du président du consistoire d'Alger, Salomon Honnel, au grand rabbin de France Zadoc Kahn, le 17 octobre 1900 citée dans G. ATLAN, *op. cit.*, p. 212.

⁶² M. BELICHA, *op. cit.*, p. 17.

⁶³ *Ibid.*, pp. 33-34.

devant le tribunal rabbinique « pour avoir méconnu la Loi de Dieu, en ne réparant pas un préjudice dont il a été l'auteur conscient »⁶⁴. Le tribunal le condamnera en conséquence à la suppression de tout honneur religieux durant un temps déterminé. Si cette peine ne conduit pas à un changement de comportement du mari, il sera banni de la communauté et « déchu de toute capacité religieuse »⁶⁵. Le tribunal se substituera à lui pour remettre le *gueth* à l'épouse. Si le raisonnement et la nature de la juridiction sont différents, cette solution n'est pas sans rappeler, au final, la décision de la cour d'appel d'Alger du 3 février 1868 qui conclut que l'épouse « sort libre de la maison conjugale, comme si la lettre de répudiation lui avait été donnée »⁶⁶. Un tel arrêt n'avait toutefois été possible que parce qu'entre 1841 et 1870, les juridictions françaises appliquaient le droit mosaïque aux sujets israélites⁶⁷. Finalement, la solution de Maurice Bélicha ne semble pas avoir été appliquée, mais elle met en évidence les efforts intellectuels déployés et s'inscrit dans un courant de fond qui vise à résoudre la question du *gueth* en s'appuyant sur les sources religieuses⁶⁸.

Aux Etats-Unis, et plus spécifiquement dans l'état de New-York, le problème de la femme *agounah* a également engendré une série de propositions. Souvent proches de celles qui ont été développées en France, elles se divisent également en mesures préventives et en mesures curatives.

B. Les propositions américaines.

Sur le fond, l'idée d'une clause de sauvegarde dans la *ketouba* se retrouve également aux Etats-Unis. En 1939, Juda Leib Epstein, un rabbin de Brooklyn, membre du Conseil rabbinique conservateur d'Amérique, avance cette solution⁶⁹. La proposition provoque un tollé et est abandonnée. En 1954 pourtant, l'assemblée rabbinique conservatrice adopte une ordonnance (*taqqanah*)⁷⁰ présentée par Saül Lieberman selon laquelle une clause pourra être insérée dans le contrat de mariage. Elle prévoit que les époux s'engagent, en cas de désaccords, à se plier à la décision du tribunal religieux (*Beith din*) du mouvement conservateur⁷¹. En 1983, dans l'affaire *Aviztur c. Aviztur*, une femme demande à la cour d'appel de l'État de New York d'enjoindre son mari à comparaître devant le *Beith din* – ce qu'il refuse de faire – en application de la clause Lieberman. La juridiction donne raison à l'épouse en comparant la *ketouba* à un contrat de mariage. L'arrêt *Aviztur c. Aviztur* engendre une intense controverse⁷². D'une part, il conduit à de nouvelles propositions : la clause n'est plus insérée dans la *ketouba*, mais fait l'objet d'un document à part. La validité du mariage est toujours subordonnée à la délivrance du *gueth* par le mari. Dans le cas où le mari ne s'y conforme pas, le tribunal religieux annule rétroactivement le mariage, la femme n'a donc plus à obtenir le *gueth*. Ce système a l'avantage d'éviter le recours aux tribunaux civils⁷³. Entre-temps d'autres types d'accords pré-nuptiaux ont été élaborés aux Etats-Unis dans le même but⁷⁴.

⁶⁴ *Ibid.*, p. 37.

⁶⁵ *Ibid.*

⁶⁶ Cour d'appel d'Alger, 3 février 1868, *JA*, 1868, p. 5.

⁶⁷ Avant le décret Crémieux du 24 octobre 1870, les israélites comme les musulmans étaient des sujets français, mais non des citoyens. Contrairement à ces derniers, leurs droits politiques étaient réduits et ils conservaient leur statut personnel particulier, c'est-à-dire qu'ils restaient soumis au droit mosaïque - ou au droit musulman - en matière d'état et de capacité et, plus généralement, pour tout ce qui concernait leurs relations familiales (polygamie, rupture du lien matrimonial, etc.).

⁶⁸ En 1884, Moïse Netter, rabbin de Médéah en Algérie, proposait en s'appuyant sur le Talmud de remplacer le *gueth* par le divorce civil. L'idée fut soutenue par le rabbin Michel-Alexandre Weill. Le grand rabbin de France Lazare Izidor fut sensible à cette proposition et la soumit en 1885 aux autorités rabbiniques étrangères. Parmi elles, de nombreux rabbins s'y opposèrent farouchement. Cf. G. ATLAN, *op. cit.*, p. 214.

⁶⁹ Cité par M. BELICHA, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁰ La *taqqanah* est « une loi ou ordonnance instituée soit par les sages du Talmud et applicable à tous les Juifs, soit par les dirigeants communautaires pour les membres de leur communauté (*taqqanot ha-qahal*), ou par les membres d'une association pour en régler les affaires internes » (Entrée « Taqqanah », *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, p. 994). C'est par exemple une *taqqanah* du rabbin Guershom qui prescrivit que le consentement de la femme était une condition nécessaire à la rupture du lien matrimonial.

⁷¹ Entrée « divorce », *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, p. 291.

⁷² Cf. B. S. JACKSON, « Agunah and the Problem of Authority : Directions for Future Research », *op. cit.*, p. 6, note 23.

⁷³ Cf. I. STIBBE, *op. cit.*, p. 148.

⁷⁴ Cf. à ce sujet l'article documenté, détaillé et critique de S. METZGER-WEISS sur les types d'accords pré-nuptiaux

L'arrêt *Aviztur c. Aviztur* aboutit, d'autre part, à la rédaction en 1983 de la section 253 du « New York Domestic Relations Law » (nommé également « first New York State Get Law ») qui dispose qu'une juridiction civile de l'État de New York ne peut prononcer un divorce lorsque le demandeur n'a pas prouvé qu'il n'existait aucun obstacle au divorce religieux⁷⁵. En juillet 1992, un « second New York State Get Law » voit le jour. Dorénavant la section 236b du texte comporte deux éléments qui n'étaient pas prévus par la section 253. Les juridictions n'ont plus comme seul moyen de pression de différer le divorce civil, elles peuvent également agir sur le montant de la pension alimentaire et la division des biens⁷⁶. De plus, elles ont le pouvoir de prendre ces mesures même lorsque c'est la femme qui demande le divorce. Le principe général du « New York Domestic Relations Law » a été repris en Afrique du Sud en 1996⁷⁷ et au Royaume-Uni en 2002⁷⁸.

Le système israélien se distingue enfin des exemples français et américains sur la question de la compétence des tribunaux.

C. Les tribunaux israéliens.

En Israël, quel que soit le mouvement auquel appartient un individu (libéral, orthodoxe ou conservateur), le *gueth* est obligatoire. Dans un premier temps, un jugement du tribunal rabbinique ou du tribunal des affaires familiales règle les différents points du divorce (garde des enfants, partage des biens, etc.). Toutefois, ce n'est pas cette décision, mais la délivrance du *gueth* qui engendre le prononcé du divorce. En théorie, le tribunal rabbinique ne peut obliger l'époux à délivrer le *gueth* car celui-ci serait alors considéré comme forcé (*meoussé*). Toutefois, il fixe une audience de preuve afin d'examiner les motifs du mari au regard de la loi juive. Après examen, le tribunal a alors le droit d'obliger l'époux à délivrer le *gueth* ou, à l'inverse, la femme à l'accepter. Lorsque malgré ce jugement, une partie persiste dans son refus, le procureur général et le tribunal civil de district peuvent la contraindre. Les autorités de l'État n'agissent qu'à condition que les tribunaux rabbiniques aient conclu que le mari ou la femme devaient être contraints à délivrer ou à recevoir le *gueth*⁷⁹. Il faut noter que déjà à l'époque talmudique, il était établi que les tribunaux rabbiniques étaient compétents dans certaines circonstances pour contraindre le mari à délivrer le *gueth* par tous moyens jusqu'à ce qu'il dise « je veux divorcer d'avec ma femme »⁸⁰.

Les sanctions ordonnées sont pour la plupart économiques. Le permis de conduire peut être suspendu, le passeport confisqué, le compte en banque gelé ou l'accès à certaines fonctions interdit⁸¹. D'après les statistiques transmises par les tribunaux rabbiniques en janvier 1998, des sanctions ont été prises cent six fois en trois ans. Elles n'ont atteint le but imparti (la délivrance du *gueth*) que dans quarante-trois cas⁸². L'emprisonnement est rarement appliqué (deux cas par an)⁸³. Cette constatation s'explique par

(S. METZGER-WEISS, « Sign at your own risk : the « RCA » prenuptial may prejudice the fairness of your future divorce settlement », *Cardozo Women's Law Journal*, n. 49, 1999, en particulier pp. 63 et s.).

⁷⁵ Au Canada, une mesure proche est adoptée en 1990. Le juge peut refuser de prononcer le divorce civil lorsqu'il y a un empêchement au remariage d'un individu. D'abord appliquée en Ontario et au Québec, cette loi a ensuite été étendue à l'ensemble du pays.

⁷⁶ Y. BREITOWITZ, « Domestic relations law 236b : a Study in Communications Breakdown », *op. cit.* Il existe une controverse au sein des autorités rabbiniques dans ce cas. Certaines reconnaissent la validité du *gueth*, tandis que d'autres affirment qu'il s'agit d'un *gueth* « forcé » (*ibid.*).

⁷⁷ B. S. JACKSON, « Agunah and the Problem of Authority : Directions for Future Research », *op. cit.*, p. 72.

⁷⁸ Cf. le texte dans I. STIBBE, *op. cit.*, p. 97, note 30.

⁷⁹ Cf. *ibid.*, pp. 138-139.

⁸⁰ Entrée « divorce », *Dictionnaire encyclopédique...*, *op. cit.*, p. 290. La formule utilisée permet d'affirmer qu'il y a volonté du mari, alors que ce dernier est contraint. Il faut noter que d'après S. TIBI, au début du XX^e siècle, en Tunisie, le tribunal rabbinique n'hésitait pas à incarcérer l'époux pour le convaincre de délivrer le *gueth* (S. TIBI, *Le statut personnel des israélites et spécialement des israélites tunisiens*, Tunis, Maison française d'éditions et de publications Guenard et Franchi, 1923, t. 3 (quatre tomes en un volume), p. 80).

⁸¹ B. S. JACKSON, « Agunah and the Problem of Authority : Directions for Future Research », *op. cit.*, p. 6, note 25.

⁸² S. DANIELS, « A chained woman », *Sivan*, Vol. 55, n. 41, 6 juin 2003 (disponible sur <http://www.jewishaz.com/jewishnews/030606/chained.shtml>).

⁸³ D'après Soriya DANIELS, « l'emprisonnement est rare parce que, dans la pratique, le couple a été séparé depuis au moins sept ans ; en plus de quoi la femme doit prouver que le mari est impuissant, homosexuel ou violent. D'après

le fait qu'au fond les rabbins ne sont pas insensibles aux conséquences de la contrainte sur le *gueth* qui pourrait être considéré comme forcé. De surcroît, ils considèrent que leur mission est avant tout une mission de réconciliation du couple plutôt que de séparation⁸⁴, ce qui explique qu'ils octroient le plus souvent une seconde chance au mari en cas d'adultère ou de violence domestique à condition qu'il exprime des remords et qu'il ne soit pas récidiviste⁸⁵.

Finalement, la comparaison entre la France, les Etats-Unis et Israël démontre qu'il n'existe pas de modèle en matière de refus de délivrance du *gueth*. Chaque système a ses failles théoriques et/ou pratiques. En outre, même si elles étaient parfaitement efficaces, certaines de ces solutions ne pourraient être appliquées en France en raison du strict principe de laïcité. Il faut toutefois remarquer que l'utilisation d'accords pré-nuptiaux, écartée dans un premier temps en France et aux Etats-Unis puis adoptée dans ce dernier pays, bénéficie actuellement d'un certain consensus. Cette solution préventive a récemment été évoquée en France⁸⁶.

CONCLUSION

La première partie de cette étude a permis de mettre en évidence l'évolution des solutions jurisprudentielles françaises concernant le refus de délivrance du *gueth*. Contrairement à ce qui a pu être affirmé, la Cour de cassation ne s'est pas prononcée pour la première fois en 1972 sur cette question, mais en 1876. Elle refusait de casser l'arrêt de la cour d'Alger, ce qui ne doit pas étonner dans la mesure où la jurisprudence coloniale a anticipé les décisions plus contemporaines. En ce sens, elle a joué un rôle de laboratoire juridique. Il serait pourtant imprudent d'affirmer sans preuves formelles que cette jurisprudence a influencé les solutions métropolitaines récentes. Toutefois, un fait demeure certain : une partie de la doctrine en a connaissance. Ainsi, plusieurs décisions des juridictions coloniales sont citées en note sous les jugements du tribunal de Metz du 27 avril 1955, du tribunal de la Seine du 22 février 1957⁸⁷, du tribunal de Grenoble du 7 mai 1958, et sous l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 4 février 1959⁸⁸. Cette anticipation de la part des juridictions ultramarines concerne la qualification de l'acte et les sanctions. Parmi les sanctions imposées au mari récalcitrant, l'astreinte est sans doute la plus efficace, mais elle a été abandonnée par la Cour de cassation en 1982 au profit des dommages-intérêts car elle était en contradiction avec la liberté de conscience. D'un point de vue pratique, les solutions jurisprudentielles ne sont donc pas entièrement efficaces dans la réparation du préjudice, ce qui conduit à se demander si d'autres solutions sont envisageables.

Certaines des solutions mises au point aux Etats-Unis et en Israël sont impossibles à appliquer en France en raison du principe strict de laïcité. Surtout, elles ne constituent pas des modes de résolution du conflit entièrement efficaces. Malgré ces différences de fond, les trois nations se rejoignent parfois. Ainsi, la condamnation du mari par les juridictions civiles à des dommages-intérêts est pratiquée en Israël⁸⁹ et

l'International Jewish Women's Rights Watch, huit maris récalcitrants sont aujourd'hui en prison en Israël pour avoir refusé à leurs femmes le *gueth* » (*ibid.*). B. S. JACKSON indique que l'emprisonnement n'est pas toujours efficace. En effet, dans une affaire célèbre une femme dut attendre que son mari meure en prison pour être « libre ». Son attente avait duré trente-deux ans (B. S. JACKSON, « Agunah and the Problem of Authority : Directions for Future Research », *op. cit.*, p. 6, note 25).

⁸⁴ Cette préoccupation se retrouve également dans la religion musulmane puisque le Coran a instauré de nouvelles règles concernant la répudiation afin que le mari ait du temps pour reconsidérer sa décision avant qu'elle ne soit définitive.

⁸⁵ S. DANIELS, « A chained woman », *op. cit.* et S. METZGER-WEISS, *op. cit.*, p. 58, note 47.

⁸⁶ Cf. la proposition en ce sens de l'association « Paroles de femmes » au président du consistoire de Paris, Joël MERGUI (www.parolesdefemmes.org).

⁸⁷ Cf. tribunal civil de la Seine, 22 février 1957, *GP*, 1957, I, p. 247. Il est également fait référence dans cette note de l'arrêt de la Cour de cassation de 1876.

⁸⁸ Note sous tribunal civil de Metz, 27 avril 1955 ; tribunal civil de Grenoble, 7 mai 1958 ; cour d'appel de Paris, 4 février 1959, *op. cit.*, n. 11632.

⁸⁹ Plus étonnant, le juge à la Jerusalem Family Court, Ben-Zion Greenberger a, par une décision du 23 janvier 2001, condamné un mari récalcitrant à des dommages-intérêts, notamment pour avoir provoqué chez sa femme un état de « détresse émotionnelle ». Il a plus généralement considéré que la position de la *agounah* était contraire à l'autonomie, à la dignité et à la liberté de la femme. La décision est disponible sur internet : www.legalaid.org.il/judgement.htm.

aux Etats-Unis⁹⁰, même si elle reste exceptionnelle. De surcroît, l'instauration d'accords pré-nuptiaux qui existent déjà dans ces deux pays est débattue en France. Au-delà de cette mesure préventive, une solution religieuse globale, par l'intermédiaire d'une *taqqanah* audacieuse, constituerait une issue heureuse, mais elle se heurte à la difficulté d'obtenir un consensus parmi les rabbins conservateurs et orthodoxes⁹¹.

⁹⁰ En avril 2001, la Cour suprême de New York condamna un mari qui ne délivrait pas le *gueth* pour avoir occasionné chez sa femme un état de « détresse émotionnelle » (« emotional distress »). Cf. S. DANIELS, *op. cit.*

⁹¹ L'*International Council of Jewish Women* (ICJW) a encouragé en 2006 le grand rabbin Amars à organiser une conférence réunissant des rabbins de différentes parties du globe afin de résoudre le problème des *agounot*. Mais elle a été annulée au dernier moment, apparemment sous la pression de cercles ultra-orthodoxes. Cf. « Aufstand ultraorthodoxer Rabbiner », *Tachles das jüdische wochenmagazin* (article disponible en ligne sur le site de l'association « Paroles de femmes »).

REGINE BEAUTHIER

Professeure à l'Université libre de Bruxelles (ULB)
Centre de droit comparé et d'histoire du droit – ULB
rbeauthi@ulb.ac.be

BARBARA TRUFFIN

Chargée de recherches FNRS-ULB
Centre de droit comparé et d'histoire du droit - ULB
btruffin@ulb.ac.be

Au moment de son Indépendance, en 1830-1831, la Belgique était soumise aux Codes français rédigés sous le régime napoléonien. Les tentatives laborieuses du régime hollandais pour les modifier avaient bien abouti au vote de plusieurs textes, mais les Belges, témoignant là du sens très particulier de l'humour qui les caractérise, proclamèrent leur indépendance quelques mois avant la fatidique date d'entrée en vigueur de cette nouvelle législation¹.

Le dernier article de la Constitution de 1831 fondant le nouvel Etat énumérait une série de tâches qui attendaient les assemblées législatives belges. Parmi celles-ci, la révision des Codes, qui fut cependant loin d'être une priorité des gouvernements successifs. Si un nouveau Code pénal entra effectivement en vigueur en 1867, il fallut en effet attendre 1879 pour que soit confiée à François Laurent la lourde tâche de réviser le Code civil. Laurent (1810-1887), professeur à l'Université de Gand, célèbre auteur de doctrine, auteur des Principes de droit civil (1870) qui le placent généralement dans le courant de l'Ecole de l'Exégèse², déposa en 1882 un avant-projet de révision³. Mais cette mission lui avait été assignée par un gouvernement libéral et les élections de 1884 ramenèrent les catholiques au pouvoir. L'avant-projet ne fut pas discuté en tant que tel, même si quelques lois particulières, qui en reprenaient certains pans, furent peu à peu discutées et votées.

Dans certains domaines, le texte de Laurent était extrêmement novateur, notamment dans celui qui va retenir ici notre attention : la puissance maritale et ses corollaires, les droits et devoirs entre conjoints et la capacité de la femme mariée. Laurent proposait rien moins que de supprimer la puissance maritale, dont il désapprouvait l'incohérence, et d'égaliser très nettement la situation juridique des époux. Son projet, abandonné en 1884, présentait en réalité en germe la substance de réformes qui ne furent achevées en Belgique qu'en 1976.

Nous allons tenter ici de suivre le cheminement de ces réformes successives, ponctuées par trois grandes lois – en 1932, en 1958 et en 1976 – en nous interrogeant plus spécialement sur l'articulation qu'elles privilégièrent entre le pouvoir judiciaire et les conjoints. Cette contribution abordera donc essentiellement la question de la régulation des conflits conjugaux et ne s'attardera sur d'autres catégories de conflits familiaux que lorsque l'effet de miroir serait pertinent pour dégager leur spécificité.

¹ Les lois qui devaient remplacer les codes rédigés sous le consulat furent votées entre 1821 et 1826, après plusieurs tentatives infructueuses. La loi de 1829 qui substitua le texte nouveau au Code Napoléon fixa une date d'entrée en vigueur au 1^{er} février 1831. La révolution belge éclata en août et septembre 1830.

² Pour une bibliographie détaillée, voy. G. BAET, « François Laurent. Zijn leven, zijn tijd en zijn strijd », *Liber Memorialis François Laurent*, Story-Scientia, 1989, pp. 9-60. Voy. aussi *Nederlands Biografisch Woordenboek*, 1972, t. 3, pp. 502-513 et les références citées.

³ Laurent fut chargé de cette mission le 3 avril 1879, par le Ministre libéral de la Justice, Jules Bara. Le 22 août, il transmit au Ministre le Titre préliminaire de son avant-projet. L'intégralité de la tâche fut réalisée en environ deux ans. Les 2241 articles du nouveau texte, accompagnés de longs commentaires justificatifs, souvent replacés dans une perspective comparatiste, furent publiés en 1882 : *Avant-Projet de Révision du Code civil*, Bruxelles, Bruylant, 1882.

Un bref retour en arrière sera consacré à la question de la régulation des conflits familiaux dans le Code civil – lequel entreprenait de se démarquer nettement de la législation révolutionnaire – (I), à la suite de quoi l'originalité des travaux législatifs de Laurent sera soulignée (II). Nous aborderons ensuite les lois du 20 juillet 1932 et du 30 avril 1958 qui ont timidement réformé les relations entre époux (III) et enfin la loi du 14 juillet 1976 qui consacra en droit belge l'égalisation des relations entre époux (IV).

I. RETROACTES : LE CODE CIVIL DE 1804 ET L'ABANDON DE L'« UTOPIE » RÉVOLUTIONNAIRE.

Les espérances révolutionnaires : des familles conciliatrices.

Le Bicentenaire de la Révolution française a été l'occasion, on le sait, d'une réévaluation de l'apport du « droit intermédiaire » dans le domaine du droit privé en général et du droit du mariage en particulier⁴. De nombreux travaux ont notamment pu souligner l'influence de l'idéologie contre-révolutionnaire sur l'historiographie⁵. Une terrible « *crise du mariage* », soi-disant provoquée par les abus de la législation et révélée, entre autres, par un taux de divorce présenté comme extrêmement élevé, était supposée avoir conduit à une déstructuration de la famille⁶. Institution honnie, le divorce révolutionnaire était une concession répugnante aux voluptés humaines, une « *lettre de créance à la perversité* »⁷, qui avait entraîné abus et malheurs.

Les travaux historiques du dernier quart du 20^e siècle ont largement contribué à éclairer la réalité du divorce révolutionnaire⁸. Certains auteurs sont même allés jusqu'à estimer que la législation révolutionnaire devait être analysée comme permettant l'éclosion de l'amour au sein de la famille⁹. Que l'on adhère ou non à cette analyse des intentions des législateurs révolutionnaires, il reste que l'exaltation de la liberté individuelle et la nature contractuelle assumée du mariage ouvraient la possibilité aux époux d'obtenir la rupture de leur union dans des conditions particulièrement souples. La procédure était simple et rapide et ne reposait pas sur l'intervention de juges de droit commun. Au contraire, la procédure prévue pour les causes déterminées

⁴ Deux ouvrages se détachent, publiés à la suite de colloques dont les travaux renouvelèrent les problématiques : *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale ?*, Actes du colloque d'Orléans des 11-13 septembre 1986, PUF, 1988 (2 vol.) et *La Famille, la Loi, l'Etat*, textes réunis par I. THERY et Ch. BIET, Paris, Imprimerie nationale, 1989.

⁵ Déjà mise en évidence par A. H. HUSSSEN JR, « Le droit du mariage au cours de la révolution française », *Revue d'Histoire du Droit*, 1979, pp. 9-51 et 99-127, sp. 10-16.

⁶ F. RONSIN, « Indissolubilité du mariage ou divorce. Essai d'une chronologie des principaux arguments mis en avant par les partisans et les adversaires de l'institution du divorce au cours de la période révolutionnaire », *La famille, la Loi, l'Etat, op. cit.*, pp. 322-334.

⁷ Selon l'expression de Huussen qui résume les éléments du débat présents dans les innombrables pamphlets consacrés au divorce à partir de 1789 (*loc. cit.*, p. 45).

⁸ J.-L. VEDIE, *L'introduction du divorce à Rennes sous la Révolution française et les tribunaux de famille*, thèse de 3^e cycle dactylogr., 1975 ; G. et M. SICARD, « Le divorce à Toulouse pendant la période révolutionnaire », *Mélanges dédiés à Gabriel Marty*, Toulouse, 1978, pp. 1064-1066 ; R. G. PHILLIPS, « Tribunaux de famille et assemblées de famille à Rouen pendant la Révolution », *Revue d'Histoire du Droit Français et Etranger*, 1980 pp. 70-79 ; ID., *Family breakdown in late eighteenth Century France. Divorce in Rouen, 1792-1803* ; Oxford, Clarendon Press, 1980 ; A. CHARPENTIER, *Le divorce et les institutions familiales à Bordeaux pendant la période du droit intermédiaire (Assemblées conciliatrices et tribunaux de famille)*, thèse de 3^e cycle, Bordeaux, 1980 ; D. DESSERTINE, *Divorcer à Lyon sous la Révolution et l'Empire*, Presses universitaires de Lyon, 1981 ; J. LHOÏTE, *Le divorce à Metz et en Moselle sous la Révolution et l'Empire. Une anticipation sociale*, Metz, chez l'auteur, 1981 ; P. et M. GUIGAL, « La loi du 20 septembre 1792 sur le divorce. Son impact immédiat dans le district du Mézenc », *La Révolution française en Ardèche*, Actes des colloques de Villeneuve-sur-Berg et Annonay, Mémoire d'Ardèche et temps présent, 1989. Voy., pour une synthèse des données, J.-L. HALPERIN, *L'impossible code civil*, Paris, P. U. F., 1992, pp. 192-193 et D. DESSERTINE, « Le divorce sous la Révolution : audace ou nécessité ? », *La famille, la Loi, l'Etat, op. cit.*, pp. 312-321. Voy. aussi F. RONSIN, *Le contrat sentimental*, Paris, Aubier, 1990 et, du même auteur, *Les divorciaires : affrontements politiques et conceptions du mariage dans la France du XIX^e siècle*, Paris, Aubier, 1992.

⁹ J. MULLIEZ, « Droit et morale conjugale : essai sur l'histoire des relations personnelles entre époux », *Revue Historique*, 1987, pp. 35-105, sp. pp. 94-96. Animés par la volonté de promouvoir le bonheur des époux, les juristes révolutionnaires auraient jugé indispensable que l'amour soit et demeure au cœur du mariage. Le divorce aurait été, dans un tel contexte, l'instrument indispensable pour sanctionner la disparition du sentiment amoureux et pour maintenir dans l'union la fraîcheur originelle de l'amour. Celui-ci pourrait s'épanouir grâce à la liberté des époux, qui trouverait son expression dans l'instrument juridique du contrat.

impliquait que les époux évoquent leur situation devant un tribunal de famille ; pour les autres modalités, il était prévu l'intervention d'une assemblée de parents ou d'amis.

Les dispositions du décret de 1790 qui avait instauré les tribunaux de famille et de la loi de 1792 manifestaient la confiance placée dans la conciliation et le rôle que les législateurs révolutionnaires entendaient réserver aux arbitres, simples particuliers non professionnels, qui devaient contribuer à mettre en place une justice de citoyens¹⁰. La conciliation et l'arbitrage étaient privilégiés et étaient même obligatoires en matière familiale. Plus spécifiquement, ces nouvelles institutions reposaient sur la famille comme « lieu d'expression de la démocratie, avec un principe d'égalité entre ses membres, liés par l'affection et non par l'autorité de l'un sur l'autre »¹¹. A l'opposé du modèle patriarcal promu durant l'Ancien régime, où le père et mari était le maître absolu de la maisonnée, disposant du pouvoir de correction sur femme et enfants, le projet révolutionnaire était, analyse-t-on, marqué par la volonté de « créer une institution autonome, une petite république se gouvernant elle-même avec une forte organisation intérieure et dans laquelle s'inclinait, comme la puissance royale en face de la nation, l'autorité paternelle devant les pouvoirs des parents assemblés »¹².

Le projet des tribunaux de famille correspondait donc à une nouvelle vision politique de la famille, même si Véronique Demars-Sion a pu récemment questionner sa véritable originalité en recherchant dans les normes applicables durant l'Ancien Régime, des formes antérieures d'arbitrage en matière familiale¹³.

La conviction était que les familles seraient capables de s'auto-réguler et de traiter en leur sein les conflits, essentiellement par la voie de la conciliation. Les procès et les juristes étaient régulièrement accusés d'avoir provoqué la ruine des familles : désormais, dans la famille, « l'amour [devait] prévaloir sur la règle juridique, la loi naturelle de la piété filiale et de la fraternité [devait] l'emporter sur la loi civile de l'intérêt »¹⁴. C'est une vision optimiste des relations familiales qui s'imposait ainsi, où la concorde l'emporterait et où, guidés par l'amour et l'intérêt, les parents feraient naturellement de bons juges. Transformée en instance de régulation où pourraient s'exercer collectivement des magistratures privées, la famille familiarisait ses membres à l'exercice de futures fonctions publiques¹⁵.

Le « retour à l'ordre ».

C'est en 1796 (an IV) que fut abrogé l'arbitrage obligatoire par une loi qui, sans supprimer formellement les tribunaux de famille, organisa les conditions de leur disparition.

Le rôle des assemblées et des tribunaux de famille a fait l'objet de nombreuses études¹⁶. Jacques Commaille a pu mettre en évidence à quel point, une fois encore, l'historiographie de ces institutions a été influencée par une appréciation politique de leur rôle¹⁷. L'« échec » des tribunaux de famille a été diversement

¹⁰ J.-L. HALPÉRIN, « La composition des tribunaux de famille sous la Révolution ou “ les juristes, comment s'en débarrasser ? ” », *La Famille, la Loi, l'Etat, op. cit.* pp. 292-304.

¹¹ J. COMMAILLE, « Les tribunaux de famille sous la Révolution. Recours à l'histoire comme contribution à une sociologie de la justice et des relations privé-public », *Une autre Justice. 1789-1799*, Paris, Fayard, 1989, pp. 205-223, sp. pp. 217-218.

¹² M. FERRET, *Les tribunaux de famille dans le district de Montpellier (1790-an IV)*, thèse Montpellier, 1926, p. 19 (cité par COMMAILLE, *ibid*)

¹³ V. DEMARS-SION, « Une expérience d'arbitrage forcé : les tribunaux de famille révolutionnaires », *RHDFE*, 2005, pp. 385-420, sp. pp. 389-395.

¹⁴ J.-L. HALPÉRIN, « La composition... », *op. cit.*, p. 293.

¹⁵ Si la famille devait être préservée des « corps étrangers » qu'étaient les juristes (selon l'expression d'Halpérin, *ibid*), elle pouvait jouer le rôle d'école de la citoyenneté, du moins pour les hommes puisque les femmes n'étaient pas appelées à composer les tribunaux de famille. Espace privilégié de la sphère privée – devant à ce titre être à l'abri des interventions des tribunaux de droit commun – la famille restait articulée sur la sphère publique.

¹⁶ Outre les études déjà citées qui ont exploité les archives de ces instances pour en déterminer la production, voy. R. G. PHILLIPS, « Tribunaux de famille et assemblées de famille » *RHDFE*, 1980, pp. 69-79 ; J. COMMAILLE, « Les formes de justice comme mode de régulation de la famille, questions sociologiques posées par les tribunaux de famille sous la Révolution française », *La Famille, la Loi, l'Etat, op. cit.*, pp. 274-291.

¹⁷ « Les tribunaux de famille sous la Révolution... », *loc. cit.*, p. 220.

analysé¹⁸. Quelques faits ressortent de la majorité des études effectuées, le plus significatif étant que les professionnels du droit semblent avoir occupé une place prépondérante dans ces instances¹⁹. Plutôt que de désigner des parents, les parties désignèrent en effet des hommes de loi, en utilisant la catégorie « voisins ou amis » prévue par la loi. Plusieurs explications ont été avancées pour expliquer cette rapide évolution : inaptitude des parents ou manque de confiance en eux ; complexité croissante des dispositions législatives (notamment en matière successorale) ; espoir des parties que les juristes défendent mieux leurs intérêts ; stratégie des professionnels du droit se réfugiant dans ces institutions au fur et à mesure de leur éviction de l'ordre judiciaire. Même si les recherches les plus fouillées s'accordent à estimer que le travail des « arbitres » fut globalement de qualité, il semble bien que « non seulement, il n'y a pas eu éviction des juristes, mais, encore moins, évacuation du droit »²⁰. Sans à proprement parler échouer, puisqu'ils fonctionnèrent durant leur courte existence, les tribunaux de famille déçurent l'espoir de ceux qui attendaient d'eux une transformation radicale de la justice.

Non seulement la logique initiale de l'institution fut sans doute dénaturée par la forte présence des juristes, mais progressivement, les doutes sur l'impartialité des membres l'emportèrent²¹ : la vision optimiste et communautaire de la famille commença à s'estomper²². La critique à l'égard des hommes de loi se fit moins virulente ; la critique à l'égard de l'arbitrage plus forte. Parmi les reproches adressés au tribunaux de famille, on évoque leur inefficacité, leur inculture, leur lenteur, leur incompétence, les manœuvres dilatoires qu'ils étaient supposés favoriser : autant d'arguments traditionnels opposés aux formes d'exercice de la justice tendant à promouvoir un rôle actif des citoyens. Comme le souligne Jacques Commaille, le tribunal de famille, pas plus que le jury, n'échappa au traditionnel échange d'arguments où, d'un côté, est posée la question de la compétence et de la légitimité de la décision de justice et, de l'autre, celle du dessaisissement du citoyen et de la complexification abusive ou intéressée des conflits²³.

Ce débat n'est évidemment pas que technique. Son caractère politique est encore renforcé dans les contentieux familiaux par le rôle assigné à la famille. Lorsque les législateurs d'après Thermidor renouèrent avec l'autorité de la loi et les institutions traditionnelles, ils renouèrent parallèlement avec la conception de l'ordre familial de l'Ancien Régime – en estimant de plus en plus indispensable de rétablir l'autorité du père et du mari. La disparition du tribunal de famille peut donc être vue comme marquant symboliquement la fin de l'utopie révolutionnaire²⁴. C'est toute l'articulation entre la sphère privée et la sphère publique qui était réinterrogée.

La difficulté des travaux préparatoires du Code civil, menés sous le Consulat à partir du projet de l'an VIII, était d'autant plus grande que la rupture avec la loi révolutionnaire était revendiquée mais que le retour à l'Ancien droit ne pouvait pas l'être aussi nettement. Récusant l'ambition démesurée et périlleuse des révolutionnaires de faire table rase du passé, Portalis fixa quelques missions au nouveau législateur, lui imposant de s'imprégner à la fois de « l'esprit des siècles » et de l'esprit de modération. Parmi celles-ci, la régulation des familles, « autant de petites sociétés particulières, dont la réunion forme l'Etat » et qui « se forment par le mariage » : « Le mariage est de l'institution même de la nature : il a une trop grande influence sur la destinée des hommes et sur la propagation de l'espèce humaine, pour que les législateurs l'abandonnent à la licence des passions »²⁵.

¹⁸ Certains ont mis en lumière l'inadéquation d'une telle organisation chez les « peuples modernes » estimant qu'elle ne pouvait être mise en œuvre que dans des sociétés « relativement peu avancées en civilisation ». Les tribunaux de famille auraient donc constitué un non sens historique (thèse développée par L. DARNIS, *Des tribunaux de famille dans le droit intermédiaire*, thèse, Paris, 1903, pp. 115 et pp. 134-135).

¹⁹ On a vu que Jérôme FERRAND, arguments à l'appui, conteste dans sa contribution l'importance de cette domination.

²⁰ J.-L. HALPERIN, « La composition... », *loc. cit.*, p. 300.

²¹ Ils avaient d'ailleurs été émis, dès 1790, par Robespierre : « L'institution qu'on vous propose renferme tous les germes de la partialité ; les jugements ne seraient plus rendus suivant la justice, mais suivant l'affection des juges pour les parties » (5 août 1790, *A.P.*, t. 17, p. 621).

²² Même le discours sur la fraternité connut un spectaculaire renversement : puisque tous les hommes étaient frères, pourquoi confier le traitement des affaires familiales à des juridictions d'exception ? (J.-L. HALPERIN, « La composition... », *loc. cit.*, p. 301).

²³ « Les formes de justice... », *loc. cit.*, p. 281.

²⁴ J. F. TRAER, « The french family court », *History*, 1974, pp. 211-228. Ce point de vue est partagé par Jacques COMMAILLE.

²⁵ *Loc. cit.*, p. 192, n° 17 et n° 18.

« Chaque famille, poursuivait Portalis, doit avoir son gouvernement. Le mari, le père, en a toujours été réputé le chef. La puissance maritale, la puissance paternelle, sont des institutions républicaines. C'est surtout chez les peuples libres que le pouvoir des maris et des pères a été singulièrement étendu et respecté. Dans les monarchies absolues, dans les états despotiques, le pouvoir qui veut nous asservir cherche à affaiblir tous les autres ; dans les républiques, on fortifie la magistrature domestique, pour pouvoir sans danger adoucir la magistrature politique et civile »²⁶.

Le raisonnement est redoutable : la condition de la liberté politique réside dans l'inégalité civile. La recette est claire : il faut renforcer la puissance maritale pour limiter le pouvoir politique.

Il ne s'agit pas ici de s'étendre sur l'éventuelle imposture que recèle ce discours, spécialement dans le contexte du Consulat. Il faut avant tout garder à l'esprit que le postulat de l'inégalité entre conjoints fut en fin de compte unanimement partagé, les seuls intervenants à avoir manifesté quelques réticences ayant très vite baissé les armes. Lors de la présentation du texte réunissant les lois civiles en un seul corps, un des orateurs pourra évoquer sans véritablement travestir le sens des travaux « l'heureuse dépendance où les épouses sont placées, et pour leur propre repos et pour leur véritable intérêt, et surtout pour qu'elles ne soient pas distraites des soins les plus tendres et les plus dignes de leur sensibilité »²⁷. Le même orateur conclut : « Il était impossible de tout prévoir, (...). Ce sont les principes qu'il fallait établir. Un code doit être dogmatique. La loi ne doit jamais être un raisonnement ni une dissertation. Nous aurons d'ailleurs les lumières et la conscience des juges. Les tribunaux d'appel seront une garantie pour le maintien de nos lois dans toute leur pureté. Le tribunal de cassation, ce foyer des lumières, comme il est le centre du pouvoir judiciaire, les ramènerait toujours au point d'unité. L'ordre des avocats sera un des gardiens fidèles de la bonne doctrine. (...) L'enseignement du droit contribuera aussi à ne propager que des idées saines sur l'application (...) »²⁸.

Tous les juristes, et les juges en particulier, étaient érigés en gardien du Temple. La rupture avec l'« utopie » révolutionnaire se marquait également dans le retour, pour traiter des conflits conjugaux, aux juges de droit commun.

Exit les familles....

Si la famille était toujours présentée comme le séminaire de l'Etat, elle n'était plus investie de la même confiance et des mêmes attentes qu'à l'époque révolutionnaire. Dans l'inventaire des défauts rédhibitoires de la législation intermédiaire en matière familiale, les tribunaux de famille ne furent bien sûr pas épargnés.

Portalis avait d'ailleurs, dans le Discours préliminaire, consacré un long paragraphe défendant le projet de « rendre aux tribunaux » les questions de divorce qui avaient été attribuées à des « conseils de famille ». La tirade est révélatrice : « L'intervention de la justice est indispensable, lorsqu'il s'agit d'objets de cette importance. Un conseil de famille, communément formé de personnes préparées d'avance à consentir à tout ce qu'on exigeait d'elles, n'offrirait qu'une troupe d'affidés ou de complaisants toujours prêts à colluder avec les époux contre les lois. Des parents peuvent d'ailleurs être facilement soupçonnés d'amour ou de haine contre l'une ou l'autre partie : leur intérêt influe beaucoup sur leur opinion. Ils conservent rarement, dans des affaires que les coteries traitent avec tant de légèreté, la gravité qui est commandée par la morale dans tout ce qui touche aux mœurs. Une triste expérience a trop bien démontré que des amis ou des alliés, que l'on assemblait pour un divorce, ne croient pouvoir mieux remplir la mission qu'ils reçoivent qu'en signant une délibération rédigée à leur insu, et en se montrant indifférents à tout ce qui se passe »²⁹.

Loin d'estimer que les tribunaux de famille avaient pu fonctionner correctement, les intervenants au Conseil d'Etat n'y firent référence que dans un registre négatif. Ainsi, le Ministre de la Justice : « Les conseils de famille ont été de peu de secours. Les hommes sont naturellement égoïstes ; ils sont froids pour les affaires d'autrui ; on ne trouve guère l'esprit de famille que dans les ascendants et les descendants. L'expérience prouve que les parents n'interviennent ordinairement dans les divorces que d'une manière purement officieuse ; qu'ils se prêtent à tout ce qu'on veut, et semblent ne

²⁶ *Loc. cit.*, p. 193, n° 22.

²⁷ Jaubert, orateur du Tribunat devant le Corps législatif (séance du 30 ventôse an XII, LOCRE, t. 1, p. 205, n° 6).

²⁸ Jaubert, *loc. cit.*, p. 208, n° 10 et n° 11.

²⁹ LOCRE, t. 1, p. 171, n° 56.

satisfaire qu'à une simple formalité»³⁰. Le réquisitoire contre les tribunaux de famille se poursuit durant des travaux consacrés au divorce. Tronchet en fut l'un des pourfendeurs attitrés : « *Qu'on interroge les magistrats, les hommes de loi, même ces individus qui vivent de divorces, tous attesteront que l'intervention des familles est une ressource vaine et abusive. Des pères et des mères partagent assez souvent l'ambition de leurs enfants; ils veulent aussi que le mariage subsistant fasse place à un mariage plus avantageux; et, séduits par cette perspective, ils osent même provoquer le divorce. Il y a plus; on ira jusqu'à acheter le consentement de la famille; et le mariage deviendra ainsi un foyer de crimes et de malheurs* »³¹.

Le raisonnement reposait sur des arguments multiples : l'« échec » de l'expérience révolutionnaire – ce qui donnait une occasion de plus de la condamner – ; l'égoïsme naturel des êtres humains et leurs ambitions – dont on notera qu'elles sont, avant tout, patrimoniales – ; l'incapacité des membres des conseils de famille à remplir leur mission – d'autant qu'ils risquent d'être trompés par des époux manipulateurs – ; la difficulté des parents les mieux intentionnés à être impartiaux et la nécessité, qui allait être tant de fois affirmée durant les travaux, que le divorce ne soit pas prononcé sans cause. Si les parents des époux devaient finalement conserver un certain rôle dans la procédure par consentement mutuel – confirmant en quelque sorte le statut d'éternels mineurs des époux –, la famille en tant que groupe susceptible de trancher les litiges conjugaux fut évacuée. La conclusion s'imposait, encore une fois dans la bouche de Tronchet : « *S'il faut des juges, que ce soient les magistrats* »³².

Même l'argument du danger qu'il y avait à donner de l'éclat public aux contestations conjugales ne fut pas suffisamment puissant pour contrebalancer le manque de confiance dans le rôle que pourraient remplir les familles. Les formes à respecter devant le pouvoir judiciaire devaient suffire pour « [ensevelir] *les procédures de divorce dans le plus profond secret* »³³. Le pessimisme anthropologique des rédacteurs³⁴, qui ne touchait pas que les individus mais aussi la cellule familiale, allié à la nécessité qu'« *un contrat aussi sacré que le mariage ne [soit] dissous que quand il devient évidemment impossible de le maintenir* »³⁵ militèrent, sans grande difficulté d'ailleurs, dans le sens d'une restitution des contentieux conjugaux aux juges de droit commun³⁶. Comme l'avait annoncé Portalis, « *tout ce qui intéresse l'état civil des hommes, leurs conventions et leurs droits respectifs, appartient essentiellement à l'ordre judiciaire* »³⁷.

Pauvres juges...

Le moins que l'on pouvait pressentir, à la lecture des travaux préparatoires, est que leur travail n'allait pas être aisé. Une des raisons essentielles du réseau de difficultés auxquelles les magistrats furent confrontés tient à un constat très simple mais que personne ne se risqua à exprimer ouvertement en 1804 : lorsqu'un contentieux conjugal arrive devant le juge, les limites et l'échec du système relationnel construit dans le Code deviennent patents. Alors que les rédacteurs du Code voulaient à toute force dissimuler les désordres conjugaux, l'introduction d'une action – que le demandeur soit le mari ou la femme – manifestait toute l'inefficacité du système de la puissance maritale³⁸.

Un examen approfondi de la jurisprudence publiée en matière de contentieux conjugal durant tout le 19e siècle confirme ce diagnostic³⁹. La position des juges est extrêmement inconfortable : par leur seule

³⁰ (*loc. cit.*, pp. 65-66, n° 25).

³¹ Séance du 16 vendémiaire an X (*loc. cit.*, pp. 80-81, n° 5).

³² *Loc. cit.*, p. 81, n° 5.

³³ *Ibid.*

³⁴ Voy. les travaux de Xavier MARTIN, essentiellement *Mythologie du Code Napoléon. Aux soubassements de la France moderne* (DMM, Bouère, 2003).

³⁵ Tronchet, *ibid.*

³⁶ Le climat général de restauration de la confiance en les hommes de loi et de la société judiciaire y contribua sans doute également (voy. HALPERIN, *L'impossible...., op. cit.*, pp.259 et suiv.).

³⁷ Discours préliminaire, *loc. cit.*

³⁸ Pensons à Béranger : « *On serait choqué d'entendre le chef de la famille se plaindre des injures qu'il reçoit d'une épouse qui est sous son autorité, et qui, à raison de son état de subordination, ne peut que bien difficilement le diffamer* » (séance du 6 nivôse an X, *loc. cit.*, p. 201, n° 4).

³⁹ Voy. Régine BEAUTHIER, *Le secret intérieur des ménages et les regards de la Justice*, Bruxelles, Bruylant, à paraître (fin 2007).

activité, ils révèlent à la fois l'existence du désordre des familles – et parfois même les scandales de l'intérieur des ménages que le législateur s'est acharné à « couvrir » – et l'incompétence de ces maris dont on attendait tant. Dotés d'un instrument bien peu adapté à l'infinie variété des situations conjugales problématiques, les magistrats sont alors parfois amenés à adopter des mesures ou à ratifier des situations à la limite de la légalité. L'exemple le plus net se manifeste lorsque le juge doit admettre son impuissance à contraindre deux conjoints à cohabiter, alors que l'un d'eux au moins ne le souhaite plus et a quitté le domicile : aucune sanction n'est assez efficace pour mettre un terme à une situation contraire à l'essence du mariage mais aucun des deux conjoints ne peut être non plus contraint à choisir la voie de la séparation de corps ou du divorce pour légaliser la séparation. Des séparations de fait illégales, contraires à l'ordre public, s'installent ainsi dans la pratique⁴⁰, dont le juge ne peut que faire le constat.

Les incohérences de la puissance maritale, la possibilité reconnue par les juges que le mari abuse de cette puissance au point de mériter d'être contrôlé et sanctionné, les divergences de la jurisprudence et le manque de cohérence de certaines solutions, instaurant parfois des situations illégales, sont autant de points qu'un grand juriste comme Laurent ne pouvait que relever dans l'examen doctrinal de la matière des droits et devoirs des conjoints et du divorce⁴¹.

Placé dans la position sans aucun doute exaltante pour un auteur de doctrine de rédiger un projet de loi, Laurent va tirer des conclusions de tous ces éléments et proposer, à certains égards, des solutions étonnamment novatrices qui – et c'est là sans conteste un des aspects les plus intéressants de sa démarche – prennent acte des limites du pouvoir de la loi et du juge dans la régulation des rapports matrimoniaux.

II. L'AVANT-PROJET DE REVISION DU CODE CIVIL DE LAURENT (1879-1882)⁴²

Des époux égaux et une intervention judiciaire banalisée.

La position de Laurent quant aux droits et devoirs respectifs des époux et à leur articulation avec le pouvoir judiciaire se construit tout au long de son projet : lorsqu'il conteste l'opportunité de la puissance maritale (1), lorsqu'il se montre favorable à la capacité de la femme mariée et à la nécessité pour les conjoints de décider ensemble des actes d'intérêt commun (2) et lorsqu'il propose – contradiction apparemment irrécyclable – de légaliser les séparations de fait (3).

1. Laurent propose tout d'abord d'abolir la puissance maritale. Les arguments pour ce faire s'accumulent⁴³. Les très maigres justifications avancées au cours des travaux préparatoires du Code de 1804 sont soulignées, ainsi que leur inconsistance. Force et audace du côté de l'homme ; pudeur et timidité du côté de la femme ... Laurent tranche : « ces antithèses ne sont que des mots, et ce n'est point par des mots que l'on décide les difficultés de droit ». Si, comme Portalis l'affirmait, l'homme a plus d'intelligence et de force de caractère, « c'est une thèse qui peut se soutenir » mais qui devrait entraîner une incapacité pour toutes les femmes et pas seulement pour les femmes mariées. Si c'est de force physique qu'il s'agit, « le droit naturel des auteurs du Code civil, est le droit de la barbarie, le droit du plus fort. C'était la loi du monde ancien, loi de tyrannie et de servitude ».

Au contraire, affirme-t-il, « les principes de liberté et d'égalité, base de notre ordre politique, doivent devenir la règle de l'ordre civil ». Et de rappeler ce qu'il avait déjà avancé dans ses Principes en 1870 : « en dépit du Code, qui a maintenu la vieille tradition, l'égalité règne dans le mariage, comme dans l'ordre politique ; ce n'est pas la protection et l'obéissance qui y dominent, c'est l'affection, lien des âmes ; ce n'est pas un maître qui y impose sa volonté et un esclave qui la subit, c'est par voie de délibération commune et de concours de consentement que les décisions se prennent ».

⁴⁰ Ibid.

⁴¹ Voy. essentiellement le tome 3 de ses *Principes de droit civil* (3^e éd., 1878).

⁴² Voy., pour un examen plus général, R. BEAUTHIER, « L'ordre du mariage. De l'intransigeance au réalisme », in *La politique des droits. Citoyenneté et construction des genres aux 19^e et 20^e siècles*, sous la direction de H. U. JOST, M. PAVILLON et Fr. VALLOTON (Paris, Kimé, 1994), pp. 113-128.

⁴³ Les fondements de la puissance maritale dans le Code Napoléon et les critiques que Laurent estime devoir lui adresser sont longuement développées dans l'avant-projet : *Avant-Projet, op. cit.*, tome 1, pp. 425 et suiv. Voy aussi, sur le problème plus spécifique de l'incapacité de la femme mariée, pp. 441-444.

Dans cette perspective, la comparaison évoquée par Portalis selon lequel, dans une société de deux personnes, il faut toujours qu'un des deux associés ait une voix prépondérante, est elle aussi fermement contredite par Laurent. Il lui oppose les situations où des associés sont en dissentiment et où c'est le tribunal qui tranche. Et de conclure par une question toute rhétorique : « *pourquoi n'organiserait-on pas un recours dans tous les cas où les époux sont en désaccord ?* ».

Le raisonnement est développé lorsqu'il aborde la question de l'obéissance que la femme devrait au mari : « *Il m'est (...) permis de supposer, sans être accusé d'utopie, que le mariage repose sur l'affection des époux ; or l'affection rend l'obéissance inutile. (...) Avant d'obliger la femme à obéir, il faudrait savoir lequel des deux époux a raison. Pourquoi supposer que c'est toujours le mari ? (...) Où commence le droit et même le devoir de désobéir ? On ne peut pas répondre à ces questions dans une loi. Dès lors, il faut laisser là le devoir abstrait de l'obéissance, sauf à prévoir les cas où un conflit éclaterait entre les époux. Le Code civil lui-même suit cette voie. Le mari qui refuse d'autoriser la femme pour faire un acte juridique lui défend implicitement d'y procéder. Cependant, la loi permet à la femme de ne pas obéir ; elle peut demander l'autorisation au tribunal. Ainsi la justice intervient pour décider qui a raison, la femme ou le mari. Pourquoi ne suivrait-on pas la même voie dans tous les cas où il y a un conflit sérieux entre les époux ?* »⁴⁴.

Le constat de Laurent est clair, mais peu se sont risqués à le faire explicitement avant lui. Le Code civil de 1804 n'a en réalité pas organisé un système de puissance maritale absolue puisqu'il a permis à la femme de s'adresser à la justice lorsqu'elle n'entend pas se résigner à un refus d'autoriser⁴⁵. On pourrait ajouter que si une femme peut obtenir le divorce ou une séparation, malgré l'obéissance qu'elle doit à son mari, c'est que celui-ci doit, dans certaines circonstances, soumettre l'exercice de ses pouvoirs maritaux au contrôle de la justice. Il est donc possible de généraliser ces interventions et d'en faire un principe général : les époux, en cas de désaccord, lorsqu'il leur est impossible d'arriver à une décision commune, doivent s'adresser aux tribunaux qui jouent alors le même rôle régulateur que dans d'autres catégories de conflits.

Ceci posé, Laurent va prendre le risque de multiplier les occasions de conflits conjugaux, précisément parce que l'abrogation de la puissance maritale s'accompagne dans son avant-projet d'une égalisation de la position des conjoints et de l'octroi de la capacité juridique à la femme mariée. Les époux devant décider en commun, leurs désaccords éventuels auront plus d'occasions de se manifester ouvertement.

2. L'avant projet repose sur l'idée que la femme « *est capable en principe aussi bien que le mari, pendant le mariage, comme elle l'est avant et après le mariage* ». Le principe est que « *les époux agissent par concours de volonté, et s'ils sont en désaccord, le tribunal prononcera* »⁴⁶.

Laurent justifie cette position en insistant à la fois sur la similitude avec le système du Code Napoléon et sur une différence fondamentale : « *La femme veut faire un acte juridique, aliéner un de ses propres, par exemple ; le mari refuse de l'autoriser ; la femme a son recours devant les tribunaux. On dira que, si le système du concours libre des deux époux a le même effet que celui de l'autorisation maritale, il ne vaut pas la peine d'abandonner le principe traditionnel. Je réponds que la différence est grande. Si les actes de la femme intéressent la famille, il en est de même des actes du mari, et si, à raison de cet intérêt commun, le mari intervient dans les actes juridiques de la femme, pourquoi la femme n'interviendrait-elle pas dans les actes juridiques du mari ? L'inégalité fait place à l'égalité, le commandement et l'obéissance sont remplacés par le concours de volonté des deux époux* »⁴⁷.

⁴⁴ *Loc. cit.*, pp. 433-435.

⁴⁵ « *Le Code Napoléon fait intervenir le tribunal en cas de refus du mari ; ainsi le législateur lui-même ne regarde pas l'obéissance comme une loi absolue quand il s'agit d'actes juridiques* » (*loc. cit.*, p. 452).

⁴⁶ L'article 211 de l'avant projet porte en effet que « *La femme mariée est capable de contracter, d'aliéner et d'ester en jugement, quand elle a des propres dont l'administration et la jouissance lui appartient.*

Si les époux sont communs en biens, l'administration de la communauté appartiendra au mari et à la femme, comme il sera dit au titre du Contrat de mariage (...). Aucun des époux ne pourra, sous ce régime, disposer de ses propres sans le concours de son conjoint. En cas de dissentiment le juge pourra autoriser l'époux propriétaire à disposer et à ester en jugement ».

⁴⁷ *Loc. cit.*, pp. 443-445.

Une fois encore, Laurent renvoie à la pratique et se dit convaincu que, même sous l'empire du Code civil, « *les époux s'entendent dès qu'il s'agit d'un acte de quelque importance* »⁴⁸. Façon de faire croire que l'innovation qu'il propose est loin d'être radicale, tout en assumant pleinement une critique du système de 1804 qu'il estime « *absurde dans son principe et absurde dans ses conséquences* »⁴⁹. Passant en revue toutes les situations et toutes les catégories d'actes susceptibles d'être posés par les époux, Laurent se réfère sans cesse à l'idée que, dans la réalité, les époux coopèrent et dialoguent, quelles que soient les règles juridiques qui président à l'organisation de leurs rapports patrimoniaux. Le système de l'avant-projet généralise et clarifie ce qui est déjà une pratique sociale : « *il n'y a plus d'autorisation proprement dite, puisqu'il n'y a pas de puissance maritale. Les époux sont régulièrement associés, communs en tous biens, ayant par conséquent, en toutes choses, des intérêts identiques* »⁵⁰.

Reste qu'il pourra y avoir des conflits. Tout en estimant qu'ils seront rares – « *de même que le refus du mari d'autoriser la femme est une rare exception* », affirme-t-il⁵¹ –, Laurent organise le recours au pouvoir judiciaire : « *Quand l'un des époux refuse de consentir à un acte juridique qui doit se faire par leur concours, le mari ou la femme, qui veut passer outre, citera son conjoint en conciliation. Si le juge de paix ne parvient pas à concilier les parties, la demande sera portée devant le tribunal d'arrondissement du domicile commun. Les époux seront entendus en chambre du conseil et le tribunal décidera, sur les conclusions du ministère public, si l'acte peut-être fait, en prenant en considération l'intérêt de l'époux demandeur et celui de la famille* ».⁵²

Deux tentatives de conciliation sont donc prévues, l'une par le juge de paix, l'autre par le tribunal en chambre du conseil : « *c'est seulement quand il est impossible d'obtenir le concours volontaire des époux que le tribunal autorisera, s'il y a lieu, le demandeur à faire l'acte sur lequel les époux sont en désaccord. Dans ce cas, il y a autorisation, mais ce n'est plus l'autorisation du Code civil ; elle n'est pas donnée à un incapable ; le tribunal intervient parce qu'il y a conflit entre deux associés* ».

Sans justifier la répartition des compétences entre le juge de paix et le tribunal de première instance, Laurent explicite néanmoins la logique de l'intervention judiciaire : « *Si c'étaient des associés ordinaires, le tribunal n'interviendrait pas pour les concilier, il les laisserait faire et débattre leurs intérêts comme ils l'entendent. Mais dans l'espèce, les associés sont des époux, et le maintien de la paix et de l'harmonie entre les conjoints est d'intérêt général. Si les conflits continuaient et si l'un des époux s'opposait systématiquement à ce que l'autre veut faire, la vie commune deviendrait impossible ; il faudrait une séparation de corps ou, au moins, une séparation de biens, laquelle relâche aussi l'union des époux. La situation étant spéciale, il faut une juridiction spéciale. Tel est l'esprit de la juridiction que l'on appelle gracieuse* »⁵³. En effet, et sans s'expliquer plus avant sur ce point, Laurent avance que « *c'est une juridiction volontaire qu'exerce le tribunal, plutôt qu'une juridiction contentieuse* », ce qui est difficilement compréhensible au regard de la situation conflictuelle résultant du désaccord entre les conjoints.

Comme il n'y a aucune raison d'estimer, par principe, que le mari est justifié dans toutes les décisions qu'il prendrait, la femme ne lui doit pas obéissance. Puisque les époux sont tous deux concernés par les actes qui concernent leurs intérêts communs, dans le cadre de la vie familiale, ils doivent y consentir tous les deux. Dans la mesure où cette égalisation de leurs positions respectives peut être porteuse de conflits – sans que cela soit nécessairement plus dramatique que dans toutes les situations où deux associés sont en désaccord – c'est au pouvoir judiciaire d'intervenir pour les réguler. Mais comme la paix des familles est étroitement liée à l'intérêt public, le rôle du juge doit d'abord être conciliateur. Ce n'est donc que si les tentatives de conciliation échouent que le juge tranchera, en évaluant tant l'intérêt du demandeur que celui de la famille.

En faisant passer ce principe pour l'aboutissement d'une logique déjà présente dans le Code de 1804, Laurent utilise sans doute un procédé rhétorique assez classique, destinée à minorer l'importance du

⁴⁸ *Id.*, p. 445. Il ajoute « *La femme est associée et elle reste étrangère à la gestion des intérêts communs. Le mari perd et ruine la communauté : c'est son droit, dit Pothier. Quoi ! la femme s'associe, en donnant au mari le droit de la ruiner ! On dit qu'elle peut demander la séparation de biens et mettre fin à une société qui aboutit à la misère pour elle et ses enfants. Le remède est singulier ! Comment la femme exclue de l'administration peut-elle savoir que le mari gère mal ?* ».

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Loc. cit.*, p. 451.

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Article 212 de l'avant-projet (*loc. cit.*, p. 451).

⁵³ *Loc. cit.*, p. 452.

changement. Mais il semble surtout qu'il n'éprouve aucun état d'âme particulier à l'idée d'une intervention judiciaire plus systématique dans les désaccords conjugaux : tout porte à croire qu'il s'agit là pour lui d'une conséquence automatique de l'égalisation de la situation juridique des conjoints, conséquence qui ne mérite pas de justifications particulière. A certains moments, Laurent évoquera bien ce scandale judiciaire tant redouté par les rédacteurs du Code Napoléon, obsédés par l'impératif de dissimulation du scandale lié au désordre des familles, mais ce sera pour en contester la gravité. Il le fera notamment lorsqu'il abordera la question, très controversée sous l'empire du Code de 1804, du désaccord entre les époux quant à l'obligation de cohabitation et de la possibilité de voir s'instaurer des séparations de fait durables.

3. Certains auteurs et une partie de la jurisprudence, tant belge que française, admettaient en effet la possibilité de faire procéder à une exécution forcée de l'obligation de cohabitation. Laurent s'était déjà montré très réticent, dans ses Principes, à l'égard de tels procédés. Erigé en législateur, il propose un système particulièrement original, et – pour une fois le mot n'est pas excessif – d'une grande modernité.

Le postulat de départ est sans illusion : « *La force directe ou indirecte employée pour rétablir la vie commune me paraît être un non-sens (...). [Quand] on en est réduit à recourir à la force publique pour rétablir la vie commune, il faut dire qu'il n'y a plus de vie commune, (...). Il ne reste plus qu'à accepter ce fait et à le régulariser* »⁵⁴. *Le législateur doit donc ouvrir une voie qui pourra soit prévenir la rupture définitive soit en démontrer la nécessité. Bien sûr, « s'il y avait moyen de ne pas faire intervenir le tribunal, ce serait préférable, puisque l'éclat et la publicité enveniment la dissension et seront un obstacle de plus au rapprochement des époux. (...) [Mais] il ne faut pas trop craindre le scandale judiciaire, car le scandale existe avant qu'il ne se produise en justice. Une femme ne quitte pas le domicile conjugal sans que le public intéressé le sache ».*

Tout en prescrivant un devoir de cohabitation assez proche de celui du Code Napoléon, si ce n'est qu'il n'oblige plus la femme à suivre son mari⁵⁵, Laurent prévoit donc que « *si le mari et la femme refusent de cohabiter, le tribunal pourra, suivant les circonstances, autoriser une séparation de fait, comme il sera dit au titre du Divorce et de la séparation de corps* »⁵⁶. La justification du mécanisme tient en quelques phrases : « *Il y a un mal auquel l'action de la justice apporte un remède : c'est que la violation de la loi cesse, en ce sens que l'époux récalcitrant ne viole plus la loi, il fait ce que la justice l'autorise à faire. Le remède est affligeant, sans doute, puisque la résistance de la femme ou du mari, qui était illégale, se trouve légitimée. Mais si elle était illégale dans la forme, on doit cependant supposer qu'elle était excusable et même juste au fond puisque le tribunal confirme ce qui s'est fait illégalement. Et une fois la séparation de fait admise par la loi, le scandale extra judiciaire cessera, le plus souvent il sera prévenu : au lieu de fuir le domicile conjugal, la femme demandera l'autorisation de vivre séparément, et pendant l'instance, la femme pourra, avec l'autorisation du président, quitter le domicile du mari. De cette manière, le débat, au lieu de se passer en voies de fait, sera judiciaire dès le principe, et dès le principe aussi, le président peut user de son influence pour faire comparaître devant lui le conjoint afin d'obtenir un rapprochement* ».

L'avant-projet organise donc, en son chapitre II, une séparation par consentement mutuel et un système de séparation par le fait de l'un des époux qui auraient fait frémir d'horreur les rédacteurs du Code Napoléon⁵⁷. Prenant sans aucun doute acte des innombrables situations dans lesquelles les juges ont dû admettre leur impuissance à contraindre deux époux à la cohabitation et ont dû laisser s'instaurer des séparations de fait, faute de disposer d'instruments alternatifs, Laurent entend faire encadrer par le pouvoir judiciaire des séparations inévitables. « *Ne vaut-il pas mieux donner aux époux un moyen légal de se séparer au lieu de leur permettre de violer impunément la loi ? La violation de la loi est toujours un mal ; c'est un mal moindre de légitimer la séparation quand elle est devenue nécessaire. La vie commune est, en tout cas, impossible quand les époux ne veulent plus vivre ensemble. Il est bon que la justice intervienne, dans ce cas, pour légaliser la rupture. Quand les époux se séparent volontairement, c'est d'ordinaire à raison de torts graves de l'un des conjoints, qui rend la vie commune insupportable à l'autre. Mais cette séparation de fait n'offre aucune garantie à l'époux innocent. Son conjoint peut le contraindre à rétablir la cohabitation quand il lui plaît, c'est-à-dire à recommencer une existence qui est devenu un enfer. L'époux coupable abusera de son droit pour extorquer à son conjoint de nouvelles concessions. Ceci est un point essentiel. Quelles sont les conditions de la séparation volontaire ? En apparence, elles seront arrêtées de commun accord. En réalité, celui des époux qui, par sa conduite criminelle, aura forcé son conjoint à proposer la rupture, dictera les conditions ; le conjoint innocent refuse-t-il d'y souscrire, l'autre refusera de se séparer.*

⁵⁴ *Loc. cit.*, p. 436.

⁵⁵ Article 209 alinéa 1 de l'avant-projet : « *La femme est obligée d'habiter avec son mari. Le mari est tenu de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état* ». (*Loc. cit.*, p. 454).

⁵⁶ Article 209 alinéa 2 de l'avant-projet.

⁵⁷ *Avant-Projet, op. cit.*, tome 2, pp. 67 et suiv.

Dans ces relations, c'est toujours l'innocent qui est la victime. L'intervention du juge le mettra à l'abri de ces mauvais procédés »⁵⁸.

Tout dans l'avant-projet se tient : « *Puisque la loi ne sait point et ne peut pas savoir si le mari a raison d'exiger l'obéissance ou si la femme a raison de la refuser, il ne lui reste qu'une chose à faire : c'est d'autoriser les époux qui vivent dans un état permanent de discorde à se séparer. (...) [Ce] point (...) est capital : là où il n'y a plus communauté de sentiments, il vaut mieux qu'il n'y ait plus de vie commune* »⁵⁹. En conséquence, l'article 273 du texte énonce que « *si le mari ou la femme refuse de cohabiter, le tribunal pourra, suivant les circonstances, autoriser une séparation de fait, après avoir entendu les deux époux en chambre du conseil, et sur les conclusions du ministère public* »⁶⁰.

Comme Laurent le rappelle avec un réalisme dont les juristes sont alors peu coutumiers : « *En fait, il ne dépend pas du législateur de maintenir la vie commune. Mieux vaut si les époux veulent la séparation, que la loi fasse intervenir la justice la régulariser* »⁶¹. C'est essentiellement aux classes ouvrières que Laurent pense en organisant cette séparation de fait légale⁶². Mais son analyse est plus générale : « *alors même qu'il y aurait une cause légale de divorcer et de se séparer de corps, l'époux peut reculer devant une instance judiciaire et l'éclat d'un procès. S'il se contente d'une séparation de fait, la loi ne peut pas le contraindre à demander le divorce ou la séparation de corps ; et elle est dans l'impuissance de rétablir la vie commune par la force. Cependant il est nécessaire de régulariser la séparation de fait ; cela est si vrai que les tribunaux sont souvent appelés à prendre des mesures sur la demande de l'un des époux, (...). [Ils] font dans ce cas la loi ; il vaut mieux que le législateur comble la lacune* »⁶³.

Il s'agit là, à nos yeux, d'un élément essentiel pour comprendre la position de Laurent. Ayant, en tant qu'auteur de doctrine, posé un diagnostic d'illégalité à l'égard de certaines solutions adoptées ou sanctionnées par les tribunaux, il propose, comme législateur, de renforcer les pouvoirs du juge. Comme il l'évoque, « *c'est toujours un mal que la violation de la loi, alors surtout que le juge est dans la nécessité de l'excuser (...)* »⁶⁴. La lettre qu'il avait adressée au Ministre de la Justice pour expliciter les ressorts de son avant-projet avait d'ailleurs souligné : « *Le juge subit nécessairement l'influence des faits au milieu desquels il vit ; lorsque les lois sont en opposition avec les sentiment généraux, le tribunaux en éludent l'application. Il se forme alors une jurisprudence qui est peut-être meilleure que le Code, mais qui n'en est pas moins une violation de la loi, ce qui est pire qu'une mauvaise loi, quelque imparfaite qu'elle soit* »⁶⁵.

Partant du constat très pragmatique que la loi ne peut pas contraindre les époux à une cohabitation dont ils ne veulent plus, Laurent donne ainsi aux tribunaux l'instrument qui leur manquait pour aménager des séparations provisoires entre les conjoints. L'illégalité est supprimée puisque la séparation de fait devient en réalité une séparation judiciaire. Laurent assume d'ailleurs entièrement le caractère « *vague* » – c'est le mot qu'il utilise lui-même – de la formulation de l'article 273 de son texte qui permet au tribunal d'autoriser une séparation « *d'après les circonstances* ». Il revendique même le « *pouvoir discrétionnaire* » qui est accordé au juge :

⁵⁸ Laurent anticipe sur les critiques : dans le système de la séparation pas consentement mutuel, « *l'intervention de la justice n'est pas seulement une garantie pour l'époux innocent ; elle empêche aussi l'abus que les conjoints pourraient faire d'une séparation purement volontaire. Il ne faut pas que la séparation devienne un jeu ; ce serait faire un jeu du mariage. Les époux ne s'adresseront pas à la justice pour le moindre froissement et la moindre mésintelligence. C'est chose sérieuse qu'une séparation judiciaire. (...) Permettre aux époux de se séparer par leur seule volonté, tout en faisant intervenir la justice, n'est-ce pas ravalier le mariage, en le considérant comme un contrat pécuniaire qui se dissout par la volonté des parties, comme il se forme par leur volonté ? Non il y a d'abord une différence capitale, celle qui existe entre le divorce et la séparation de corps ; la vie commune qui est rompue par le consentement volontaire des époux peut aussi être rétablie par leur volonté. (...) Ce n'est pas dire que le mariage se fait et se défait au gré des caprices des époux car le mariage subsiste, et la loi ne permet jamais de le dissoudre par la seule volonté des époux. Voilà la réponse à l'objection du point de vue du droit* » (t. 2, loc. cit., p. 68).

⁵⁹ Tome 1, loc. cit., p. 435.

⁶⁰ Tome 2, loc. cit., p. 74.

⁶¹ Tome 2, loc. cit., p. 68.

⁶² « *Il arrive trop souvent, dans les classes ouvrières, que la femme est abandonnée par le mari ! (...) il y a d'autres ouvrières qui désertent le domicile conjugal. C'est presque toujours l'inconduite ou la brutalité du mari qui est la cause de cette rupture de la vie commune. (...) Ce n'est pas une séparation de corps pour cause déterminée : l'abus de la boisson qui, dans les classes ouvrières, est la source du mal n'est pas une cause de divorce ni de séparation ; toujours est-il que cette vie de désordre détruit la famille dans son essence. Si ces funestes habitudes n'autorisent pas la dissolution du mariage ou une séparation de droit, il est certain que la femme est plus qu'excusable quand elle déserte le domicile conjugal* » (t. 2, p. 74).

⁶³ Loc. cit., pp. 74-75.

⁶⁴ Loc. cit., p. 75.

⁶⁵ Lettre au Ministre de la Justice 22 août 1879, *Avant-Projet*, tome 1, p. iv (n° 4).

« dans l'espèce, il est impossible de lier les tribunaux par des dispositions limitatives ; le refus de cohabiter peut être fondé sur mille raisons, et différer par conséquent d'une espèce à l'autre. Dans l'impossibilité où est le législateur de prévoir toutes les causes de séparation, il vaut mieux n'en prévoir aucune »⁶⁶. Les pouvoirs du juge sont évoqués, avec le même réalisme : « Il n'est pas dit dans le texte que les juges doivent chercher à amener une réconciliation. Ils en ont toujours le droit et le devoir. Mais il ne faut pas se faire illusion sur l'efficacité de ces tentatives ; quand le désordre est devenu une habitude, on ne parvient plus à le déraciner »⁶⁷.

En la matière, les juges ne peuvent en réalité qu'avaliser un diagnostic posé par les époux eux-mêmes, voire par l'un d'eux. Laurent le reconnaît avec une rare lucidité : « en cette matière, la justice a presque toujours les mains forcées. La séparation de fait existe et aucune puissance humaine ne peut l'empêcher ». L'ambition de l'avant-projet est apparemment modeste, quoique probablement déjà lourde : « il s'agit seulement de régulariser une situation illégale »⁶⁸. Autorisant la séparation, le tribunal règlera les droits et obligations des époux quant à la garde des enfants ainsi, s'il y a lieu, que la pension alimentaire que l'un des conjoints devrait payer à l'autre. La vie commune sera rétablie dès que l'époux qui l'avait refusée en manifesterait la volonté⁶⁹. Après cinq ans sans rétablissement de la vie commune, chacun des époux pourra demander une séparation de corps⁷⁰. Laurent pourtant dit s'attendre, surtout dans les milieux ouvriers, à ce que des séparations de fait durent toute la vie des époux. Là encore, son pragmatisme l'emporte : « c'est un mariage rompu, quoiqu'il existe en droit (...). C'est une anomalie, mais qu'importe ? On ne peut pas forcer les époux à demander le divorce ou la séparation de corps ; et il n'y aurait aucune raison pour le faire »⁷¹.

L'évidence de la régulation judiciaire : une spécificité conjugale

Dans la gestion des séparations comme dans celle des désaccords conjugaux plus épisodiques, le pouvoir judiciaire apparaît comme le régulateur attiré des situations matrimoniales conflictuelles. Laurent espère, comme il l'évoque, qu'« une fois que les époux sauront qu'ils ont un moyen légal d'obtenir une séparation de fait, ils n'auront plus besoin de se mettre en révolte contre la loi et de manquer aux obligations qu'elle leur impose ; ils agiront en justice »⁷². L'expression même « moyen légal d'obtenir une séparation de fait » ne semble susciter en lui aucun frémissement. Les pouvoirs du juge lui paraissent relever de l'évidence ainsi d'ailleurs, il faut le noter, que la volonté de l'époux de recourir à l'institution judiciaire. A l'opposé des rédacteurs du Code Napoléon dont l'anxiété à l'égard des effets néfastes des procédures judiciaires éclatait à chaque page, Laurent traite du conflit conjugal avec une certaine impavidité. Des conflits sont inévitables (et le sont d'autant plus que les époux doivent en principe tout décider ensemble) ; la loi et le juge sont impuissants à exercer une contrainte effective ; mieux vaut enregistrer la position des époux et l'aménager au mieux des intérêts de la famille, dont le respect sera le meilleur garant de la sauvegarde de l'intérêt général. Entre étouffer le conflit pour maintenir l'union à tout prix et assumer la réalité des désaccords en s'attachant à encadrer au mieux, c'est-à-dire judiciairement, leur issue, Laurent n'hésite pas.

Cette position, répétée à plusieurs reprises, en matière de conflits conjugaux est en réalité tout à fait spécifique à ces derniers et n'est pas étendue par l'avant-projet à d'autres catégories de contentieux familiaux. Témoin, son analyse des tensions entre parents et enfants, notamment à l'occasion de l'examen de la question du consentement parental au mariage et des actes respectueux⁷³. Estimant que le mariage ne peut être ouvert qu'à des enfants majeurs, Laurent élimine la nécessité du consentement parental mais ne s'en livre pas moins à un examen approfondi des différents mécanismes permettant une intervention des parents dans la conclusion de l'union. Critiquant le Code Napoléon, il examine aussi certains systèmes contenus dans des lois étrangères, notamment la loi italienne, qui prévoit la nécessité pour le fils de famille, même majeur, d'un consentement paternel, tout en lui ouvrant la possibilité d'un recours contre le refus du père.

⁶⁶ *Loc. cit.*, p. 75.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ Article 276 (*loc. cit.*, p. 77).

⁷⁰ Article 277 (*ibid.*).

⁷¹ *Loc. cit.*, p. 78.

⁷² *Loc. cit.*, p. 75.

⁷³ Tome 1, pp. 342 et suiv.

Ce système lui paraît plus néfaste encore que celui de 1804 : la « lutte [entre le père et le fils] acquiert plus de gravité lorsque le fils est majeur ; on peut dire que c'est la rupture des liens de famille (...) ; l'exercice [du droit de recours par le fils] est (...) un mal (...) on suppose que l'ascendant refuse de consentir au mariage, par affection et par prudence. Et voilà que le législateur lui-même prévoit que l'affection et la prudence ne sont que despotisme ou inintelligence ».

Laurent préfère donc esquiver le conflit (en ne lui offrant pas l'opportunité de se manifester ouvertement puisque l'enfant ne doit réclamer aucun consentement) plutôt que de le réguler par un recours juridictionnel. La même stratégie explique le rejet des actes respectueux : « le respect n'est que dans les termes, au fond l'enfant est décidé à se passer du consentement de ses père et mère (...) N'est-il pas dérisoire de demander le consentement alors que la demande même implique qu'en cas de refus le mariage se fera ? ». L'expérience n'a pas confirmé l'espoir que l'enfant, alerté par la réticence des parents, soit conduit à réfléchir à son projet : « L'enfant s'obstine, et l'ascendant, voyant son autorité méprisée, s'obstine de son côté ; le respect filial et l'amour paternel font place à la division et à la haine (...) Ce n'est pas par des actes officiels que l'on apaise la passion, c'est par l'influence que donne l'amitié ; l'action doit être morale et non judiciaire ». C'est le Code des Pays-Bas qui est alors soumis à critique, en ce qu'il prévoit l'intervention du juge du paix en cas de refus de consentement : « dès qu'un magistrat intervient entre le père et l'enfant, la désunion s'aggrave ; le père ne pardonnera pas à l'enfant d'avoir appelé de son refus à un juge ; l'enfant qui force son père à comparaître devant un magistrat pour lui exposer les motifs de son refus traite son père en adversaire ; le respect s'en va et avec le respect, le lien de la famille se rompt (...) Quand le père et l'enfant ne s'accordent plus, c'est une preuve que l'affection a cessé de les unir : renâtra-t-elle par les observations d'un notaire ou d'un magistrat ? Les parents et amis peuvent essayer de rétablir l'union, encore n'y réussiront-ils guère ; je parle d'expérience. Comment les froides exhortations d'un étranger, officier public ou juge, réussiront-elles là où l'amitié et les liens du sang ont été méconnus ? ». La conclusion s'impose : « une lutte engagée devant le magistrat entre le père et l'enfant a tant d'inconvénients et si peu d'avantages – si avantages il y a – que mieux vaut ne pas la provoquer en laissant à l'enfant majeur le plein usage de sa liberté, avec la responsabilité qui y est attachée ».

Dans les rapports entre parents et enfants, l'expression judiciaire des désaccords doit donc être à tout prix évitée. Une fois l'action judiciaire entamée, l'affection et le respect des protagonistes ne pourront qu'être définitivement entamés. On remarquera avec intérêt qu'aucune remarque similaire n'est exprimée à propos des conjoints : la présomption n'est pas que leurs désaccords, dans les actes de la vie quotidienne, seraient destinés à dégénérer. Le passage devant le tribunal est supposé avoir un effet apaisant, alors même que les voies et moyens de cet apaisement ne font l'objet d'aucune réflexion concrète.

Il peut y avoir égalité entre les époux parce qu'il n'y a pas d'inconvénient particulier à organiser entre eux des recours, les tribunaux étant parfaitement à même de régler ces désaccords conjugaux comme ils règlent d'autres catégories de litige. C'est probablement d'ailleurs cette égalité et l'affection qui la nourrit qui permettent d'imaginer que les époux sortent rassérénés de l'expérience du contentieux judiciaire. Au contraire, la hiérarchie naturelle entre parents et enfants (qui subsiste même si Laurent place désormais la puissance parentale sous le signe de la protection plutôt que sous celui de l'autorité⁷⁴) conduit à une sorte de dramatisation des rapports en cas de manifestation explicite d'un conflit. L'enfant qui doit respecter ses parents se rebellerait contre eux en entamant une action. Les époux qui sont unis par un lien d'association égalitaire ne se manqueraient ni d'affection ni de respect en ne parvenant pas seuls à un consensus.

La représentation que Laurent a des époux, si elle n'est pas franchement optimiste – surtout pour ceux de la classe ouvrière – n'est pas aussi négative que celle des rédacteurs du Code Napoléon qui ne les voyaient que capricieux, inconstants et manipulateurs⁷⁵. S'il rejoint les législateurs de 1804, c'est sur leur manque de confiance dans la famille, qu'il exprime parfois sans ambages. Elle éclate notamment dans les propos sans illusion tenus notamment à l'occasion des références au conseil de famille : « ce sont cependant ces parents, si peu affectueux, si égoïstes, qui doivent veiller aux bonheurs d'enfants mineurs qu'ils connaissent à peine ! s'ils sont indignes de la confiance du législateur quand il s'agit d'un fils de famille qui est majeur, en seront-ils plus dignes quand les futurs époux seront mineurs ? (...) Il faut le dire, les conseils de famille n'ont pas toujours répondu aux espérances du législateur. (...) Ainsi, de l'aveu même des législateurs, les garanties qu'ils cherchent dans le consentement des ascendants ou de la famille sont

⁷⁴ Tome 2, pp. 177 et suiv.

⁷⁵ Voy. R. BEAUTHIER, « Construction du divorce et des relations entre les époux dans les travaux préparatoires du Code Napoléon », in *Les femmes et le droit*, sous la direction d'A. DEVILÉ et O. PAYE, Bruxelles, Publications des FUSL, 1999, pp. 75-97 ; ID, *Le secret intérieur des ménages et les regards de la Justice*, op. cit.

inefficaces. Que serait-ce si l'on pouvait constater les faits ? On a vu des conseils de famille consentir à des mariages scandaleux. At-on jamais vu un conseil de famille refuser son consentement par affection pour le mineur et dans son intérêt ? »⁷⁶. L'image d'Epinal de l'ascendant bienveillant est encore réduite en miettes lorsqu'il évoque les actes respectueux, retenus par le Code des Pays-Bas : « les ascendants, à raison de leur âge avancé, à raison des préjugés dont les vieillards sont souvent imbus, pourraient refuser leur consentement pour des motifs qui n'ont rien de commun avec le bonheur de l'enfant. Le droit de l'enfant doit l'emporter sur une opposition qui peut ne pas émaner d'une volonté éclairée »⁷⁷.

Les époux de l'avant-projet de Laurent sont majeurs, au sens juridique comme au sens moral du terme. Ce sont des individus qui vont sans doute refonder une famille mais qui seront détachés de celle à laquelle ils appartenaient et vont trouver, dans l'affection qui les unit, le ressort de leurs relations et la capacité de dépasser leurs différends. Si cette affection n'existe plus, le mariage n'a plus lieu d'être et juges comme législateurs ne peuvent que le constater. Laurent se caractérise donc surtout par une approche pragmatique des contentieux conjugaux qui a un effet fondamentalement dédramatisant. Le rôle du juge est de trouver une issue dans le contexte spécifique dont il est saisi. Il n'est pas de moraliser les époux. Il n'est pas non plus de déterminer à toute force qui a endossé le costume du coupable et qui est victime. Introduisant l'examen du titre du mariage, et évoquant la question des dommages-intérêts consécutifs à la rupture d'une promesse de mariage, Laurent tient des propos extrêmement significatifs : « *Le législateur doit sans doute faire tout ce qui dépend de lui pour moraliser les hommes, mais ce n'est point par le Code civil qu'il y parviendra ; les passions n'écoutent pas la loi ; il faut que l'éducation développe et fortifie le sens moral, il faut que la conscience devienne un frein pour les mauvaises passions. C'est dans les écoles que le perfectionnement moral doit se faire, ce n'est pas au tribunal (...)* »⁷⁸. Sa confiance dans la capacité régulatrice des tribunaux puise à une profonde lucidité sur les limites du droit. On ne peut en dire autant de tous ceux qui participeront, après lui, au débat récurrent sur les rapports conjugaux.

III - LE ROLE DU JUGE COMME TEMPERAMENT A « L'ABSOLUTISME » DES MARIS 1900 -1958.

L'égalisation des relations entre époux, telle que l'avait proposée François Laurent, nécessita plus d'un siècle pour trouver une consécration en droit belge. Des réformes partielles en 1932 et 1958 l'envisagèrent très timidement ; elle n'intervint complètement qu'en 1976.

L'histoire des méandres des projets et des propositions de lois explique parfois l'ambiguïté des textes adoptés. Tout au long du 20^{ème} siècle, l'égalisation des relations entre époux s'accompagna cependant, dans les débats parlementaires, d'une judiciarisation croissante de la régulation de leurs conflits. Toutefois, cette tendance manifeste ne s'est accompagnée que d'une réflexion superficielle sur le pouvoir du juge dans la régulation des relations conjugales.

Les recours ouverts contre l'opposition du chef de famille, un nouveau registre d'intervention judiciaire ?

C'est dans le droit social de la fin du 19^{ème} siècle que l'on voit apparaître les premiers signes concrets d'une évolution législative confiant au juge un pouvoir nouveau dans la régulation des problèmes conjugaux. Ainsi, les parlementaires belges créèrent de nouveaux recours judiciaires contre le refus des maris de voir leur femme ouvrir un compte épargne, de conclure un contrat de travail ou de s'affilier à une société mutuelle⁷⁹.

⁷⁶ *Loc. cit.*, pp. 346-347.

⁷⁷ *Loc. cit.*, pp. 350-351.

⁷⁸ *Op. cit.*, t. 1, p. 326.

⁷⁹ Il s'agit plus précisément de l'article 11 de la loi du 23 juin 1894 portant révision de la loi du 3 avril 1851 sur les sociétés mutualistes qui dispose : « *La femme mariée peut s'affilier ou rester affiliée à une société mutualiste reconnue, sauf opposition de son mari, notifiée par écrit au président de la société ou au délégué de l'administration. L'opposition peut être levée par le juge de paix, les parties entendues ou appelées.* » (*Pasin.*, 1894, p. 409) ; de l'article 23 bis inséré par la loi du 10 février 1900 (*Pasin.*, 1900, pp.41-42) ; l'article 29 de la loi du 10 mars 1900 sur le contrat de travail qui prévoit que « *la femme mariée est capable d'engager son travail moyennant l'autorisation expresse ou tacite de son mari et à défaut de cette autorisation, il peut y être suppléé par le juge de paix, sur simple réquisition de la femme mariée, le mari préalablement entendu ou appelé* » (*Pasin.*, 1900, pp. 80-81) ; l'article 23 de la loi du 7 août 1922 (*Pasin.*, 1922, p. 325).

Le juge de paix devint compétent pour statuer sur l'opposition des maris à l'exercice par leurs épouses de certaines activités « protégées », comme l'ouverture d'un carnet d'épargne ou la conclusion d'un contrat de travail. Les travaux préparatoires des ces législations « insistent sur l'idée d'émancipation de la femme par rapport à son statut de mère et d'épouse pour lui reconnaître une nouvelle fonction d'agent économique »⁸⁰. Toutefois, on sait peu de choses sur l'incidence réelle de ces nouveaux recours dans la vie des couples⁸¹.

La loi du 20 juillet 1932 une étape dans la judiciarisation des relations entre époux ?

De nombreuses années s'écoulèrent avant que les propositions de loi introduites dans les années 20, par des parlementaires socialistes militant pour une franche égalisation des relations entre époux, ne se transforment en un texte de loi qui ne fut en réalité guère innovant. La loi du 20 juillet 1932⁸² maintint en effet le principe de l'autorité mais limita l'incapacité juridique de la femme mariée, en prévoyant en outre que, dans un certain nombre de cas, elle pourrait s'adresser au pouvoir judiciaire pour contester les « décisions » de son époux.

La « réforme » introduisit notamment la notion de biens réservés permettant à la femme mariée de gérer de manière exclusive son salaire et ses effets personnels. Une nouvelle obligation réciproque fut introduite pour les époux : contribuer aux charges du ménage selon leurs facultés et leur état. Pour lui donner une certaine effectivité, un recours en délégation de somme auprès du juge de paix était organisé pour la première fois par la loi. Les parlementaires, s'accordèrent également pour créer une nouvelle modalité d'intervention du juge en cas de « manquement grave » de l'un des deux époux à ses obligations (article 214 j). Le président du tribunal de première instance, saisi par requête, devint compétent pour ordonner les mesures urgentes et provisoires de manière à mettre un terme au « manquement grave » de l'un ou l'autre époux, sans aller jusqu'au prononcé d'un divorce.

Cette loi élargissait les possibilités de recours bien au-delà du droit de la femme, prévu en 1804, de contester un refus d'autorisation du mari. Elle ne les étendit toutefois pas à tous les domaines des relations conjugales. C'est ainsi que la fixation du domicile conjugal resta, dans le texte du moins, une prérogative presque absolue du mari. Les parlementaires votèrent, après de vives discussions, contre la possibilité d'aménager un recours spécifique permettant à l'épouse de contester cette décision.

Les praticiens du droit ne tardèrent pas à dénoncer la faible qualité technique du nouveau dispositif, tant en ce qui concernait la procédure qu'en termes d'effectivité des mesures et de protection des droits des tiers.

Les débats parlementaires qui accompagnèrent l'adoption de cette loi constituent un matériau particulièrement riche. Le conflit qui opposa conservateurs et progressistes à propos de la puissance maritale fut le révélateur des conceptions qui s'affrontaient en matière de régulation des conflits conjugaux. Les propos tenus permettent de dessiner les frontières qui devaient s'imposer, aux yeux de chacun des camps, entre la sphère conjugale et la sphère judiciaire.

Pour les conservateurs et les catholiques, l'autorité maritale se justifiait essentiellement au regard de la nécessité de « diriger » la famille. Ils ne cachèrent pas leur répugnance à légitimer l'intervention du juge. Leurs discours instituaient le couple-famille comme une entité souveraine dirigée par un chef, le mari. Cette direction, sacralisée par la loi, impliquait que le mari soit le seul à devoir « trancher » les conflits. Le juge n'avait rien à faire dans la sphère du couple.

C'est ainsi qu'un sénateur catholique devait déclarer : « *La dyarchie messieurs, cela peut aller bien et longtemps – aussi longtemps qu'on s'entend. Mais qu'un désaccord survienne, on se retrouvera bloqué si chacun ne dispose que*

⁸⁰ J. GILLARDIN, « L'intervention du juge dans le conflit conjugal », *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : transformations et déplacements*, Ph. GERARD et M. VAN DE KERCHOVE (sous la dir.), Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, pp. 232-233.

⁸¹ Comme en témoigne J. GILLARDIN (*ibid*).

⁸² *Pasin.*, 1932, pp. 413 et s.

d'un suffrage et que nul n'ait voix prépondérante. Et alors ? —répond Laurent, on ira chez le juge ; et le juge statuera. Eh bien ! non, messieurs ; on n'ira pas, on ne peut aller chez le juge. On n'admettra point qu'un tiers décide du sort de la famille. Et pourquoi non ? Parce que la famille est autre chose qu'une société et qui, ayant sa finalité propre, exige de rester maîtresse de ses destinées. A l'égal de la commune, de l'Etat, de l'Eglise, la famille possède une sphère de souveraineté où son indépendance doit demeurer inviolée. Ce n'est pas au dehors, ce n'est pas au tribunal, ni même dans le cabinet du juge ; c'est au foyer que doivent se régler les affaires de la famille. Par la force des choses, la monarchie se trouve être la seule forme possible d'autorité domestique »⁸³.

Les sénateurs socialistes entretenaient, dans les années '20, une toute autre conception du fondement du couple. Ils citaient en chœur les arguments de Laurent, favorable au statut d'associés des époux, pour justifier, en droit, le caractère irrationnel de la thèse traditionaliste défendue par les catholiques. Ainsi, alors que le projet de loi du gouvernement, défendu par un Ministre libéral, proposait de préciser « *le mari est le chef de la famille* », la sénatrice socialiste Spaak s'opposa à cette forme édulcorée de l'article 213 du Code civil.

Afin d'évacuer toute référence à la « chefferie », à l'autorité et à la hiérarchie, les parlementaires socialistes eurent recours, comme Laurent l'avait déjà fait, à un registre « réaliste ». « *En réalité dans la vie de famille où on s'entend bien* », déclaraient-ils, « *les discussions se conduisent en famille ; il n'y a pas de chef, et, très souvent, c'est l'influence de la femme qui prévaut. La loi est faite, ajoutaient-ils, pour les ménages où on ne s'entend pas et dans ces cas l'autorité du mari prévaudra toujours* »⁸⁴, ce qui les conduisait à demander l'abrogation de la puissance maritale.

Donner au mari un droit de décision ne favoriserait pas la capacité des familles à résoudre leurs différends. « *Croyez-vous nécessaire, d'abord que quelqu'un ait le dernier mot ? Et croyez-vous sage et juste, ensuite, de décider que, en tous cas, ce sera le mari ? En fait, neuf fois sur dix, dans ces conflits que vous prévoyez, personne ne triomphe ; chacun cède, concède et transige, et l'accord qui en résulte vaut cent fois mieux que la victoire du mari. (...) Le recours au juge n'est-il pas prévu dans de nombreuses circonstances ? S'il faut l'étendre quelque peu, rien ne l'empêche ; mais il est bien préférable de laisser aux époux eux-mêmes le soin de trouver un terrain d'entente, sans l'intervention d'un tiers, et d'arriver à l'accord indispensable que vous compromettez fatalement en décidant d'avance que l'un deux aura toujours raison. (...) En décernant, a priori, un brevet de capacité au mari, la loi peut se tromper souvent. Elle aggrave le despotisme de l'homme autoritaire, et, comme elle ne laisse aucun recours à la femme, pas même au profit des enfants, elle développe en celle-ci toutes les ruses d'une défense occulte. Elle ne laisse à [la] disposition [de la femme] que les mensonges, les duperies, les tracasseries de toutes nature, qui ont tôt fait de créer au foyer une atmosphère intolérable. En ne donnant à aucun des époux le pouvoir de commander, en cas de conflit entre eux elle mettra aux prises deux adversaires ayant les mêmes armes et qui préféreront la conciliation à un combat dont les conséquences deviennent aussi douteuses pour l'un que pour l'autre* »⁸⁵.

La position des progressistes se démarquait donc quelque peu de celle des catholiques, en ne fermant pas complètement la porte au juge. L'intervention judiciaire acceptable pour les socialistes renvoyait à un registre conciliant, celui du juge de paix. Il s'agissait sans doute là d'une stratégie leur permettant de ne pas aborder la question du divorce et de la séparation qui obsédait les rangs catholiques. L'engouement des progressistes pour la figure du juge conciliant s'explique alors sans doute par le fait qu'elle permettait de ne pas combattre les résistances catholiques sur tous les fronts, ni d'aborder de face le paradoxe de la régulation conjugale réduite à la « sanction » d'une rupture.

Face aux arguments socialistes, la majorité parlementaire composée de catholiques et de libéraux se rallia à la thèse du maintien de la puissance maritale. Ils allaient jusqu'à la justifier par l'existence de problèmes qu'il fallait bien trancher et par les risques de désunion irrémédiable. Les propos du Ministre de la justice de l'époque sont éclairants, « *Si le dissentiment est sérieux, si la discussion se prolonge, si elle s'aigrit, si l'on ne trouve pas de terrain d'entente, ne faut-il pas tout de même qu'alors quelqu'un doive céder ? N'est-il pas sage de demander à la femme de céder, car si la femme ne cède pas, qu'arrivera-t-il ? L'affaire, qui avait peu d'importance, qui se déroulait dans l'intimité du foyer, va revêtir un caractère de gravité ; elle devra, selon la théorie de l'égalité absolue, être portée devant le juge de paix. Il faudra une décision judiciaire pour départager les époux. Quel serait l'état moral d'un ménage qui, après avoir discuté de ces questions intimes, - celle de savoir où l'on habitera, quel loyer l'on peut payer, sur quel pied l'on vivra, combien on aura de*

⁸³ Monseigneur DEPLOIGE, *Ann. Parl.*, Sénat, séance du 20 janvier 1927, p. 116.

⁸⁴ *Ann. Parl.*, Sénat, séance du 20 janvier 1927, p. 118.

⁸⁵ *Ann. Parl.*, Sénat, séance du mardi 25 janvier 1927, p. 125.

domestiques, à quelle école iront les enfants, dans quelle religion on les élèvera, - verrait un magistrat, un étranger, un tiers, trancher le différend et régler son existence ? Pensez-vous que la décision du juge mettra fin au conflit intime qui sépare ces deux âmes ? Imaginez-vous, par hasard, que l'intervention du juge de paix dans ce conflit intime, dans ce conflit moral qui met en présence non pas des intérêts, mais des sentiments, des consciences, rétablirait définitivement l'harmonie conjugale ? Du tout ! Cette intervention n'aura d'autre résultat que le rendre plus grave et plus douloureux. L'un des époux dira à l'autre : Le juge m'a donné raison contre toi !

Ne comprenez-vous pas que le jour où l'on en sera là on se trouvera à la porte du divorce ou de la séparation de corps ? (...) Il n'y a qu'un moyen d'éviter de précipiter les époux vers les décisions suprêmes qui détruiront définitivement l'unité conjugale, c'est, dans ces conflits, secondaires malgré tout, de donner à l'un d'eux la prééminence devant laquelle l'autre s'inclinera de bonne volonté, car si le conflit est d'une gravité telle qu'il ne puisse pas s'incliner, alors on va à la rupture.

Quel est le but que nous poursuivons tous ? C'est précisément d'éviter la rupture, c'est de trouver des solutions qui prolongent l'unité du mariage et qui évitent ces déchirures parfois irrémédiables. C'est pourquoi je suis partisan du maintien de la prééminence du mari.

Si vous dites, au seuil du mariage, à la femme qui va créer une famille : je vous annonce que vous avez vis-à-vis de votre mari, dans la discussion des affaires de votre ménage, la même autorité que lui, et que, en cas de dissentiment, vous avez le droit d'opposer votre volonté à la sienne, vous inciterez à la division, vous pousserez au conflit »⁸⁶.

Ce discours, tout comme celui des socialistes auquel il s'oppose et celui des catholiques qu'il tente d'adoucir, est traversé de contradictions lorsqu'il s'agit d'appréhender le rôle du juge. D'une part, le gouvernement décrie la judiciarisation des conflits comme étant une conséquence négative d'une trop « grande » égalisation des relations. D'autre part, c'est bien l'intervention du magistrat en tant que garde-fou à l'autorité maritale que le gouvernement choisit d'ériger comme remède contre trop d'absolutisme conjugal.

Les socialistes qui perdent la bataille de la puissance maritale doivent adopter une position de repli et se contenter du recours judiciaire comme tempérament au principe de l'autorité maritale. La seule trace encore visible de leur vision du conflit « égalitaire » et concilié se retrouve dans leur courtoise insistance à confier les nouveaux recours au juge de paix, juge de la conciliation. Ils ne résistent toutefois pas longtemps à l'argument du gouvernement, selon lequel, pour des matières « aussi graves », seul le tribunal de première instance devrait être compétent⁸⁷.

Le maintien de l'article 213 du Code Napoléon fut finalement voté par les sénateurs et les députés qui soulagèrent néanmoins leur volonté « progressiste » par l'ouverture de recours aux contours mal définis. Le fondement de la puissance maritale confirmé par la loi du 20 juillet 1932, fut explicitement celui de la « nécessité » pour la famille d'avoir un chef, une direction dont il semblait « naturel » qu'elle soit soumise au contrôle du juge.

Les époux évoqués de part et d'autre de l'assemblée le furent d'une manière également désincarnée. Les frontières de l'intime sur lesquels tous les parlementaires élaborèrent leur discours en ressortirent mystérieusement renforcées. De leurs côtés, les nouveaux pouvoirs du président du tribunal de première instance ne firent pas l'objet de longues discussions, tout le monde s'accordant sur la formule d'un compromis flou. Alors que les problèmes de leur mise en œuvre concrète avaient été évoqués, ils furent très vite éludés lors des débats parlementaires.

⁸⁶ Ministre HYMANS, *Ann.Parl.*, Sénat, séance du 26 janvier 1927, pp. 138-139.

⁸⁷ Le dialogue entre le sénateur socialiste DESWARTE et le ministre libéral HYMANS est à cet égard très laconique. A la proposition du sénateur de recourir au juge de paix qui paraît plus commode, le Ministre répond tout simplement, « Non ! ». *Ann. Parl.*, Sénat, séance du 1^{er} février 1927, p. 161.

Le rapporteur de la commission justice du Sénat, BRAUN ajoute, « on a demandé aussi pourquoi pas le juge de paix au lieu du président du tribunal. C'est que la matière est grave. Il s'agit d'interdire, non seulement le déplacement des biens mobiliers, mais aussi, selon notre amendement, des aliénations d'immeubles. Dès lors, nous avons estimé, que en raison des intérêts majeurs à sauvegarder, il fallait laisser au président du tribunal, plutôt qu'au juge de paix, le soin d'intervenir. » *Ann. Parl.*, Sénat, séance du 1^{er} février 1927, p. 161.

La loi du 30 avril 1958 : un peu plus d'égalité et de recours judiciaires mais un peu moins d'effet pour la loi?

Il s'écoula presque autant de décennies pour que soit adoptée une nouvelle réforme en 1958, qu'il n'en avait fallu au législateur belge pour adopter celle de 1932. La loi du 30 avril 1958⁸⁸ supprima les références claires à la puissance maritale tout en maintenant la prééminence du mari, notamment au regard de l'autorité parentale et de la fixation de la résidence conjugale qu'elle assortit toutefois d'un droit de recours au bénéfice de l'épouse devant le tribunal de première instance.

L'égalisation des relations entre époux apparut de manière plus nette dans les discours parlementaires. Malgré les nouvelles dispositions légales, le régime matrimonial ne fut pas modifié. L'égalité des époux restait donc inégalement praticable au regard d'un code civil bricolé et traversé de logiques contradictoires.

Cette égalisation juridique bancale des relations entre époux s'accompagna d'un nouveau discours sur le rôle de la loi dans le modelage des réalités conjugales. Le combat en termes de valeurs s'adoucit quelque peu, mais cet apaisement des hostilités ne semble avoir été possible qu'au prix d'une vision un peu moins « *efficace* » du règne de la loi.

Les commentaires de la doctrine témoignent à cet égard d'un curieux renversement de l'argumentation. L'avantage de consacrer l'égalité des époux en norme légale, disent-ils en substance, c'est qu'elle permet d'aménager plus de « *réalités* » conjugales différentes que ne le « *permettait* » la règle de l'autorité maritale. « *La famille peut, en effet, s'organiser sur une base coopérative* », écrivent Baeteman et Lauwers. Cette organisation n'empêche d'ailleurs pas, selon ces deux éminents auteurs, les aménagements réglés par les époux eux-mêmes. La femme chrétienne est tenue au devoir d'obéissance envers son mari, il n'y a pas lieu de lui imposer à ce sujet une obligation légale. Nombreux sont les devoirs du chrétien qui ne sont pas sanctionnés par la loi et qui, par conséquent, ne ressortissent qu'au domaine moral. Cette égalité n'empêche d'ailleurs pas une distinction entre l'homme et la femme, fondée sur la nécessité d'assurer la direction de la société conjugale et familiale, et d'appeler les conjoints à l'exercice de leur rôle naturel au sein de cette société. C'est là une question de fait, que les époux résoudront ensemble d'après leurs inclinations et les nécessités matérielles. Mais la loi doit se garder d'imposer une ligne de conduite bien définie dans un domaine aussi strictement personnel et privé. A l'encontre du principe de la puissance maritale, l'égalité proclamée a au moins la qualité de rendre possibles les solutions les plus diverses⁸⁹.

Le gouvernement de l'époque rejoignait cette position en soulignant, à nouveau, le caractère peu « *réaliste* » du Code Napoléon. « *L'inconvénient du Code Napoléon, déclarait un ministre de l'époque citant les mots d'un illustre professeur, c'est qu'il est irréal dans la plupart des cas, la femme mariée jouissant en fait d'une autorité, d'une liberté et d'une responsabilité tout à fait différentes de celles que le code lui assigne. Mais le code rend possible au mari, dans les mauvais ménages, de faire souffrir sa femme, de la priver de ses enfants et même, dans la plupart des cas, de la ruiner sans que celle-ci dispose de moyens de résistance suffisants* »⁹⁰.

De son côté, la tendance à l'ouverture de recours devant les tribunaux ne fut pas remise en question⁹¹. On peut même s'étonner de l'absence de refonte de la procédure des mesures urgentes et provisoires en cas de manquement grave qui faisait pourtant l'objet de vives critiques notamment en termes techniques. Des propos assez vagues et généraux furent mobilisés pour refuser d'assortir cette procédure d'un recours en appel.

⁸⁸ *Pasin.*, 1958, pp. 561-569.

⁸⁹ G. BAETEMAN et J.-P. LAUWERS, *Devoirs et droits des époux. Commentaire théorique et pratique des lois du 30 avril 1958 et de la loi du 22 juin 1959*, Bruxelles, Bruylant, 1960, pp. 55-56.

⁹⁰ Ministre LILAR, Séance publique du Sénat le 14 novembre 1957, *Pasin.*, 1958, pp. 615-616.

⁹¹ Le type de mesures judiciaires que les auteurs de doctrine envisagent à la fin des années 50 n'est pas fondamentalement différent de celui consacré par la réforme de 1932.

La création d'un nouveau recours pour contester la fixation de la résidence conjugale par le mari fut empreinte de plus d'hésitations. Cette procédure fut l'occasion de s'interroger une fois de plus sur l'opportunité du recours au juge. Un avis du Conseil d'Etat estima même que l'intensité d'un tel conflit n'était pas de nature à se laisser « résoudre » et « terminer » par une décision judiciaire. « *Il est peu vraisemblable, estimait le CE, qu'arrivés à ce degré de mésentente où le choix d'une résidence commune ne puisse recevoir l'agrément des époux, ceux-ci acceptent de mettre un terme à leur différend par la vertu d'une décision judiciaire* »⁹². Le Conseil d'Etat recommandait de supprimer la fixation éventuelle de la résidence conjugale par voie de justice. Cette remarque resta lettre morte. La doctrine de l'époque salua le choix du législateur et justifia, de manière sibylline, la voie judiciaire comme incitant à la réflexion. « *Entre la résidence commune fixée par le mari et la résidence séparée, il y a place pour la résidence commune fixée par justice. (...) Un recours judiciaire a peut-être une chance de sauver le mariage. Cette chance, le législateur l'offre aux époux. [Ce nouveau recours] aura pour avantage certain et suffisant de forcer le mari à la réflexion et à la modération. Il saura que si désormais il prend une décision arbitraire, il ne sera plus aveuglément suivi* »⁹³. A nouveau la « réalité » des réactions conjugales en situation de conflit ressortait, chez les juristes réformateurs et praticiens, bien plus de la spéculation que d'une recherche systématique.

Si les possibilités de recours augmentèrent à l'issue de cette nouvelle réforme, les discours parlementaires et les commentaires de doctrine ne parvinrent pas à dépasser la figure du double écueil « *d'une part, consolider, en se montrant trop large, des situations irrégulières plus ou moins acceptées par les deux époux, et d'autre part, compromettre, en se montrant trop restrictif, les chances de restauration du foyer quand un des époux cherche à le maintenir malgré les défaillances de l'autre* »⁹⁴.

IV. LA LOI DU 14 JUILLET 1976.

Dans le courant des années 70, et apparemment sous l'influence des expériences françaises, des propositions de loi visant la création de tribunaux de la famille furent introduites devant le Parlement. Si elles n'aboutirent pas, elles précludèrent à une transformation non moins radicale du Code civil.

La loi du 14 juillet 1976⁹⁵ consacra en effet une véritable égalisation des relations entre époux tant en ce qui concernait la puissance maritale et parentale qu'au regard de l'administration des biens. Elle réunit donc enfin la matière des droits et des devoirs des époux, celle de la capacité de la femme, ainsi que celle des régimes matrimoniaux.

Elle marquait également un changement dans le rôle confié au juge dans la régulation des relations personnelles entre époux. Le juge de paix reçut la compétence de fixer le logement principal de la famille en cas de désaccord. Les mesures urgentes et provisoires lui furent également confiées. Il devenait ainsi possible de le saisir non seulement en « *cas de manquements graves* », mais aussi en cas d'« *entente gravement perturbée* ».

Le glissement de la compétence du président du tribunal de première instance vers le juge de paix fut adopté d'extrême justesse en commission parlementaire⁹⁶. On le justifia de la manière suivante : « *le juge de paix est normalement plus près des gens et semble par conséquent plus indiqué pour trancher des difficultés entre époux* »⁹⁷. Les juges de paix qui avaient formulé des propositions en ce sens, se montrèrent enthousiastes face à leur nouvelle compétence⁹⁸. On peut ainsi lire sous la plume d'un auteur de doctrine que le juge de paix, juge

⁹² Avis du Conseil d'Etat, *Pasin.*, 1958, p. 584.

⁹³ G. BAETEMAN et J.-P. LAUWERS, *loc.cit.*, p.114.

⁹⁴ G. BAETEMAN et J.-P. LAUWERS, *loc.cit.*, p. 282 à la suite du professeur RENARD.

⁹⁵ *Pasin.*, 1976, pp. 1677-1694.

⁹⁶ Doc. parl du Sénat n. 683-2 du 25 novembre 1975, *Pasin.*, 1976, pp. 1694-1742.

⁹⁷ Exposé du Ministre de la Justice du 11 mai 1976, *Ann. Parl.*, Chambre, 1975-1976, rapport BAERT, n. 869-3, p. 3.

⁹⁸ Le Discours de Robert HENRION, président de l'Union Royale des Juges de paix du 22 mai 1975 manifeste clairement cet enthousiasme. « *Nous devons nous réjouir à la lecture de ce projet de loi qui vient d'être voté au Sénat, déclare-t-il. En effet, le Législateur a fait largement siennes les idées que nous avons toujours défendues, en nous accordant certaines compétences que nous demandions dans notre proposition.(...).* Cette extension de compétence a permis de dire à un membre du Sénat, lors de la discussion de ce projet de loi, que ce qui frappait, c'était l'importance accordée au juge de paix qui devient un juge familial dans le vrai sens du terme. Je puis signaler également que, dans une récente interview donnée à un périodique, le Ministre de la Justice a déclaré que le juge de paix est un magistrat plus proche du citoyen que d'autres instances et qu'on a souhaité qu'il retrouve ici son rôle de juge familial »,

conciliateur par excellence interviendrait comme « le père qui est chargé d'aplanir les différends entre époux dans la sauvegarde de l'intérêt de la famille »⁹⁹ et que « désormais le juge de paix se présente plutôt comme un médiateur des divergences de vues entre époux que comme un juge appelé à trancher un litige imputant à l'un ou à l'autre des parties à l'instance une faute, cause de la désunion. Il lui incombera de déterminer objectivement le contenu des droits et devoirs des conjoints par référence à l'intérêt de la famille dans chaque cas d'espèce, c'est-à-dire aussi bien ceux de l'autre époux que celui de la cellule familiale, parents et enfants. L'objectif que s'est assigné le législateur peut se résumer ainsi : l'égalité des époux dans l'intérêt du ménage »¹⁰⁰. Tout en célébrant une « réforme législative (...) respectueuse de la nature spécifique des différends existant dans les relations familiales. Elle y pourvoit en imposant au tribunal de paix d'entendre la cause en chambre du conseil, les droits de la défense étant aisément sauvegardés par l'assistance éventuelle d'un avocat »¹⁰¹.

Dans les premiers commentaires de la loi, la notion de manquement grave ne posa pas de problèmes particuliers : il fut abordé comme une question de fait relevant de l'appréciation souveraine du juge de paix. Le législateur avait d'ailleurs précisé que les mesures pouvaient toucher tant la personne que les biens des époux et de leurs enfants. La notion d'« entente sérieusement perturbée » était plus innovante. Elle ne se référait plus à la « sanction » des obligations mais bien à celle de « faillite » des relations entre époux que le juge constatait bien plus qu'il ne la prononçait.

Lorsque un député déclara ne pas comprendre comment l'entente entre époux pouvait être sérieusement perturbée sans que l'un d'eux manque gravement à ses devoirs, il lui fut répondu « qu'auparavant, lorsque la faute, sans parler du manquement grave à ses devoirs, ne pouvait être prouvée avec certitude, le juge devait se déclarer incompetent, même s'il constatait, du fait de la perturbation de l'entente entre époux que des mesures urgentes s'imposaient ; ou alors il devait, en quelque sorte, rechercher un coupable, ce qui dans le cadre de cette procédure, pouvait se révéler difficile, voire dangereux »¹⁰². La pratique avait d'ailleurs révélé que « très souvent aussi, pour éviter de devoir constater le manquement grave au sens de l'article 221 ancien, le président du tribunal rechercherait à tout prix, une solution d'accord qu'en fait il imposait indirectement aux parties »¹⁰³.

Dans les premières années d'application de la loi nouvelle, on note toutefois l'existence d'une jurisprudence qui refusa d'entériner les accords entre époux découlant d'une « entente sérieusement perturbée ». Les défenseurs de cette position tiraient argument de l'absence d'urgence et refusaient de s'ériger en juge d'une « quasi-séparation ». En filigrane, on peut émettre l'hypothèse que ces juges refusaient d'intégrer une nouvelle modalité judiciaire – paradoxale comme le soulignent Laura Cardia-Vonèche, Sylvie Liziard et Benoît Bastard de « redire publiquement pour les officialiser, les décisions prises par les conjoints »¹⁰⁴.

CONCLUSION

Dans le domaine des « relations personnelles entre époux », l'histoire que nous pouvons dégager des travaux parlementaires et de la doctrine belge du 19^e et du 20^e est bien celle d'une judiciarisation constante. C'est également celle du constat d'une impuissance sans cesse révélée.

Sur la base de cette conclusion, d'autres recherches devraient vérifier comment cette judiciarisation, pensée par le pouvoir législatif et les auteurs de doctrine, s'est manifestée en pratique. Est-il vrai, comme le soutenait François Laurent que le refus d'autorisation maritale ne suscitait, en fait, que peu de recours judiciaires ? L'ouverture de nouveaux recours, dans des situations de plus en plus diversifiées, a-t-elle produit un « vrai » contentieux ? Quels critères d'action les juges ont-ils mis en oeuvre et comment ont-ils interprété,

Journal des Juges de paix, 1976, pp. 198-199.

⁹⁹ G. ARCHAMBEAU, « Les nouvelles compétences du juge de paix depuis la loi du 14 juillet 1976 relative aux droits et devoirs des époux », *Journal des Juges de paix*, 1976, p. 287.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 259.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 287.

¹⁰² Rapport BAERT, Doc.parl, rapport 869-3 du 18 juin 1976, *Pasin.*, 1976, pp. 1744-1751.

¹⁰³ J. DE GRAVE et M-F.LAMPE-FRANZEN, « Le régime primaire ou les droits et devoirs respectifs des époux », in J. BAUGNIET et al., *La réforme des droits et devoirs respectifs des époux et des régimes matrimoniaux*, Bruxelles, Éditions du jeune barreau, 1977, pp. 81-194.

¹⁰⁴ L. CARDIA-VONECHE, S. LIZIARD et B. BASTARD, « Juge dominant ou juge démuné ? La redéfinition du rôle du juge en matière de divorce », *Droit et Société*, 1996, 33, p. 297.

dans la pratique quotidienne, ceux que le législateur leur imposait, notamment le fameux « *intérêt de la famille* » ?

Il s'agit de questions que les historiens du droit belge pourront seulement résoudre en recourant à des analyses quantitatives et qualitatives des archives judiciaires.

Il semble en tous les cas, que pendant longtemps l'espoir partagé par les parlementaires et les juristes fut bien celui de « sauver » le mariage, avant d'aboutir, à la conclusion qu'en définitive, ce sont « *les gens qui décident* ». Dans une telle perspective, le rôle du juge se cantonne de plus en plus à l'entérinement d'accords.

Les chercheurs qui ont travaillé sur la privatisation des relations familiales soulignent les tendances concomitantes qui marquent autant la stratégie des couples « *en faillite* » que la réponse judiciaire à ces demandes.

Cette transformation qui accompagne le passage du divorce sanction en divorce faillite implique que les époux produisent « *un accord, au moment précisément où tout les sépare* »¹⁰⁵. *Ce n'est pas un petit paradoxe, d'autant que de son côté le tribunal, « en reprenant à son compte la privatisation de la rupture dans le traitement du divorce [...], érige en norme un principe emprunté à la sphère du privé »*¹⁰⁶.

¹⁰⁵ L. CARDIA-VONECHE et B. BASTARD, « Les silences du juge ou la privatisation du divorce. Une analyse empirique des décisions judiciaires de première instance », *Droit et Société*, 1986, 4, p. 505.

¹⁰⁶ *Ibidem*

CATHY POMART

Maître de conférences à l'Université de la Réunion

ketipom@yahoo.fr

Ce sujet conduit à adopter une approche transversale de la matière familiale sous l'angle de la légistique¹. Il s'agit de procéder à une « relecture » du droit de la famille en tâchant d'identifier les techniques permettant la résolution des litiges familiaux, que ceux-ci se soient déjà manifestés ou qu'ils risquent de se produire. Cette démarche est à promouvoir compte tenu de la préoccupation de sécurité juridique qui anime les réflexions doctrinales, jurisprudentielles et législatives contemporaines². Connaître les mécanismes pour pouvoir anticiper la manière dont sont réglés les différends, tel est notre objectif.

Il convient de manière préliminaire de distinguer les méthodes législatives utilisées en droit de la famille telles que le recours aux lois expérimentales³ (les lois bioéthiques du 29 juillet 1994 révisées par la loi du 6 août 2004 en constituent un bon exemple), le recours aux ordonnances de l'article 38 (comme par exemple l'ordonnance du 4 juillet 2005 relative à la filiation), le recours à des lois « fourre-tout » (les aménagements apportés au pacte civil de solidarité à l'occasion de la loi 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités en sont une illustration remarquable), des techniques législatives que sont les fictions, les présomptions, les droits subjectifs, les notions à contenu variable, etc. Cette étude sera consacrée exclusivement aux techniques législatives. En effet, la méthode législative retenue en amont n'a pas – à la différence de la technique privilégiée – d'incidence sur la résolution du différend.

Le point de départ de la réflexion est le constat d'une indiscutable diversité des techniques législatives. Cette diversité apparaît de manière éclatante en droit de la famille, discipline particulièrement sensible aux évolutions idéologiques et scientifiques. Face à ce foisonnement des techniques, il semblerait que le législateur ait fait le choix de ne pas choisir. Il a pris le parti de ne pas privilégier une technique au détriment des autres. Le pari du législateur est de jouer sur la complémentarité des techniques qui s'imposent chacune dans des configurations qui leur sont propres.

Pour comprendre en quoi réside la complémentarité de ces techniques juridiques, il faut saisir l'essence et les enjeux de chacune d'elles. Autrement dit, il faut réfléchir chaque fois à l'impact du choix de la technique sur la résolution du différend – plus précisément, à l'impact du choix sur la personne habilitée à trancher le litige, mais aussi sur les modalités de résolution du conflit –.

Il convient en outre d'adopter une vision prospective et de nous demander dans quelle mesure cette

¹ C.-A. MORAND, *Légistique formelle et matérielle*, Aix-en-Provence : PUAM, 1999, 334 p. ; voy. également *La confection de la loi*, R. DRAGO (dir.), coll. « Cahiers des sciences morales et politiques », Paris : PUF, 2005, 308 p. ; voy. encore D. REMY, *Légistique. L'art de faire les lois*, Paris, Romillat, 1994. Voy. enfin H. ARBOUSSET, « Retrait, abrogation et sécurité juridique. Analyse, depuis 1981, d'une relation souvent difficile », *Revue de la Recherche Juridique (RRJ)* 2000, pp. 541-560.

² Conseil d'Etat, « De la sécurité juridique », in *Rapport public 1991*, coll. « Etudes et documents », Paris : La documentation française, 1992, 416 p., pp. 15-47 et plus récemment Conseil d'Etat, « Sécurité juridique et complexité du droit », in *Rapport public 2006*, 416 p. ; Voy. également A. CRISTAU, « De l'exigence de sécurité juridique », *Dalloz (D)* 2002, chron. pp. 2814-2819 ; F. POLLAUD-DULLIAN, « A propos de la sécurité juridique », *Revue Trimestrielle de Droit Civil (RTDCiv.)* 2001, pp. 487-504 ; E. BEN MERZOUK, *La sécurité juridique en droit positif*, thèse dacty., Paris II, 2003 ; voy. N. MOLFESSIS, « Les “avancées” de la sécurité juridique », *RTDCiv.* 2000, pp. 660-662 ; voy. B. MATHIEU, « La sécurité juridique : un principe constitutionnel clandestin mais efficient », in *Mélanges P. GELARD*, Paris : Montchrestien, 2000, pp. 301-305 ; voy. F. TOUBOUL, *Le principe de sécurité juridique. Essai de législation*, thèse Sceaux-Paris XI, 1996, 262 p.

³ C.-A. MORAND (dir.), *Evaluation législative et lois expérimentales*, Aix-en-Provence : PU d'Aix-Marseille, 1993, 242 p.

diversité présente s'accompagne d'une tendance à la diversification ou au contraire apparaît en perte de vitesse.

Cette réflexion sur les techniques de résolution des différends familiaux invite donc à approcher le panel des techniques offertes au choix du législateur et à s'interroger sur les choix qu'il effectue. Les techniques au choix (§ I) imposent un choix de la technique (§ II).

I. LES TECHNIQUES AU CHOIX.

Envisager les techniques au choix conduit à établir un panorama et, plus précisément, à tenter d'élaborer une typologie des techniques juridiques de résolution des conflits utilisées en matière familiale. La classification de ces techniques peut s'opérer en deux catégories. Il est des techniques juridiques qui traduisent la volonté du législateur de se réserver le soin de trancher les différends familiaux alors que d'autres révèlent son souhait de déléguer la résolution des conflits de famille. Les premières anticipent la survenance du conflit, les secondes permettent de le solutionner lorsqu'il est né. Les techniques de résolution retenue (A) et les techniques de résolution déléguée (B) coexistent donc, chacune offrant des avantages et présentant des inconvénients spécifiques.

A. La « *justice retenue* » par le législateur.

Dans ces hypothèses de « *justice retenue* », le législateur impose la solution des différends familiaux, autrement dit, il conserve la maîtrise de la résolution des conflits intervenant au sein de la cellule familiale qui sont fermement « prétranchés » par ses soins. Ces techniques ne laissent que peu de place pour la contestation des solutions apportées. Elles sont posées en amont ce qui a pour effet de satisfaire l'exigence fondamentale de sécurité juridique mais l'adaptabilité temporelle et matérielle de la solution s'avère des plus réduites.

La résolution des conflits familiaux apparaît « retenue » eu égard à celui qui tranche le différend – le législateur lui-même – mais également eu égard aux moyens mis en œuvre pour résoudre le litige – ce moyen est tout simplement l'application presque mécanique de la règle juridique –.

Au nombre des techniques permettant au législateur de régler lui-même les différends familiaux en anticipant sur les conflits d'intérêts qui pourraient survenir, il faut envisager les fictions juridiques (1°), les présomptions légales (2°) mais également la consécration de droits subjectifs (3°).

1°- Les fictions juridiques :

La fiction juridique est un procédé par lequel on considère comme existante une situation manifestement contraire à la réalité. Elle permet de déduire des conséquences juridiques différentes de celles qui résulteraient de la simple constatation des faits⁴. Le droit substitue parfois la fiction à la réalité et l'impose comme solution du litige. Ces fictions en droit de la famille sont fort heureusement peu nombreuses et ne sont posées que si des nécessités impérieuses – tant pragmatiques que théoriques – les justifient.

On peut évoquer en guise d'illustration le droit des successions et plus précisément la fiction de la continuation de la personne du défunt qui permet d'éviter toute rupture dans la propriété des biens successoraux.

On peut encore songer au mariage posthume. L'article 171 alinéa 2 du Code civil prévoit que les effets d'un tel mariage « remontent » à la veille du décès par l'effet d'une fiction juridique, le mariage ne

⁴ J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, coll. « Méthode du droit », Paris : Dalloz, 2004, pp. 324-325, § 282. Voy. P. WOODLAND, *Le procédé de la fiction dans la pensée juridique*, thèse Paris II, 1981 ; G. WICKER, *Les fictions juridiques. Contribution à l'analyse de l'acte juridique*, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 253, 1994 ; A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, thèse, Paris II, 1997.

pouvant unir que deux individus vivants. Cette dernière est cependant limitée en ce sens que la veuve peut porter le nom du défunt mais, en revanche, ce mariage ne produit que des effets patrimoniaux limités⁵.

Il existe par conséquent peu et de moins en moins de fictions juridiques en matière familiale. Leur domaine d'application est par ailleurs strictement délimité. Ces fictions, lorsqu'elles existent apparaissent en outre fréquemment « rattrapées » par la réalité sociologique qui les fragilise.

La question de l'accouchement sous X illustre cette tendance à la fragilisation des fictions juridiques. La femme qui accouche est réputée ne jamais avoir mis au monde l'enfant qui naît. L'enfant né sous X n'a aucune filiation maternelle établie, le choix de la mère étant érigé en fin de non recevoir. L'affaire Benjamin tranchée par la Haute Cour le 7 avril 2006 n'a pas remis en cause ce droit subjectif ouvert à la femme, droit qui déclenche une fiction juridique, toutefois, l'admission de l'efficacité de la reconnaissance prénatale du père nonobstant l'accouchement sous X de la mère ébranle la fiction et pourrait conduire à sa remise en cause prochaine ou à son délaissement de fait⁶. Certes, l'enfant né sous X dont le lien de filiation paternel est établi par le jeu de la reconnaissance antenatale ne pourra toujours pas établir son lien de filiation maternelle mais la femme qui a accouché pourra être désignée aux yeux de tous comme étant la « mère » de l'enfant. Les femmes enceintes ne souhaitant pas garder leur enfant pourraient alors renoncer à accoucher sous X pour revenir à des solutions plus radicales qu'on avait précisément souhaité éradiquer (abandon sauvage, interruption de grossesse). La fiction est alors « rattrapée » par la réalité sociologique qui en marque les limites.

Les fictions connaissent donc un engouement limité en droit de la famille dont il faut se féliciter. La dimension humaine tout spécialement marquée de cette discipline s'accommode mal de règles détachées de la réalité. La deuxième technique permettant au législateur de prétrancher les conflits d'intérêts agitant la cellule familiale est le recours aux présomptions juridiques.

2°- Les présomptions légales :

La présomption légale est un mode de raisonnement juridique en vertu duquel, de l'établissement d'un fait, on induit un autre fait qui n'est pas prouvé mais qui apparaît vraisemblable⁷. Ces présomptions attachées par la loi à certains actes ou faits réalisent un déplacement de l'objet de la preuve⁸. DOMAT a mis en lumière le mécanisme intellectuel et la fonction probatoire qui caractérisent la présomption⁹.

On peut tout d'abord évoquer la présomption relative à la date de la conception énonçant que l'enfant est réputé avoir été conçu à un moment quelconque de la période de 121 jours qui s'étend du 300^{ème} jour au 180^{ème} jour précédents sa naissance. Cette présomption est une présomption réfragable qui supporte par conséquent la preuve contraire ainsi que le rappelle l'article 311 alinéa 3 du Code civil. Son intérêt a longtemps été de faire profiter l'enfant du statut d'enfant légitime et des avantages qui y étaient attachés. Aujourd'hui, l'égalisation des filiations parachevée par l'ordonnance du 4 juillet 2005 a supprimé nombre des avantages liés à la légitimité. Cette présomption risque par conséquent de perdre de sa superbe.

On peut également envisager la présomption de paternité en mariage prévue à l'article 312 du Code civil. La loi présume que l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari. Cette présomption déplace l'objet de la preuve car au lieu d'avoir à établir la filiation de l'enfant, elle n'impose de prouver que la naissance pendant le mariage de la mère et en déduit la filiation à l'égard du mari. Cette présomption

⁵ A. DEVERS, note sous 2^{ème} Civ. 22 mai 2007, Droit Famille (Dr. Famille), juillet-août 2007, comm. n° 160.

⁶ Actualité Juridique Famille (AJ Fam). 2006, p. 249, note F. CHENEDE ; Gazette du Palais (Gaz. Pal.) 3 sept. 2006, p. 20, note F. GUITTET ; RTDCiv. 2006, p. 292, obs. J. HAUSER ; Revue Juridique Personnes/Famille (RJPF) 2006, 6/38, note M.-C. LE BOURSICOT ; Def. 2006, p. 1129, note J. MASSIP ; Dr Famille 2006, n°124, obs. P. MURAT ; JCP 2006, I, 199, n°1, obs. J. RUBELLIN-DEVICHI ; D. 2007, chron. pp. 879 s., P. SALVAGE-GEREST.

⁷ Article 1349 Code civil

⁸ J.-L. BERGEL, *op. cit. supra* note 4, pp. 316-317, §§ 272-273.

⁹ Rappelé par G. CORNU, *Droit civil. Introduction au droit*, coll. « Domat. Droit privé », éd. Montchrestien, 13^{ème} éd., 2007, § 200.

présente un intérêt pratique évident au plan de la preuve et dispense de toute démarche de reconnaissance ou action en établissement de la filiation.

On peut enfin souligner la présomption de consentement aux relations sexuelles entre époux, conséquence coutumière du devoir de cohabitation prévu à l'article 215 du Code civil. Si autrefois, la jurisprudence considérait que le devoir de cohabitation faisait présumer irréfragablement le consentement des époux aux rapports sexuels (le viol entre époux était donc juridiquement impossible) ; depuis 1992, elle considère que cette présomption est simple : l'époux(x)se violé(e) peut démontrer son absence de consentement¹⁰. Cette jurisprudence sanctionnant le viol entre époux a été formellement consacrée par la loi du 4 avril 2006 à l'article 222-22 al 2 du Code pénal. La présomption de consentement aux relations sexuelles connaît un sérieux coup d'arrêt.

Le fondement de telles présomptions est souvent au cœur de controverses mais leur intérêt est réel même s'il semble parfois en perte de vitesse. Les présomptions réfragables se rencontrent en nombre : elles répondent à un impératif pratique qui est de faciliter la constitution de la famille ainsi que sa gestion en allégeant la preuve. Toutefois, si un différend se présente et persiste, la présomption tombe face à la preuve contraire. Il ne s'agit donc pas, en toute rigueur, d'un mode de résolution des conflits familiaux. Seules les présomptions irréfragables peuvent être considérées comme de véritables modes de résolution des litiges surgissant au sein de la cellule familiale mais il n'en existe pas (ou très peu) et ce pour les mêmes raisons que celles qui nous conduisent à « chasser » les fictions de notre droit : la réalité – preuve contraire – doit pouvoir les « rattraper ».

Les présomptions n'apparaissent donc pas comme une technique privilégiée de règlement des différends familiaux. Tout au plus, les présomptions existant en la matière aménagent la preuve mais elles ne prétranchent pas définitivement les conflits d'intérêts. Il en va différemment lorsque le législateur choisit de consacrer un droit subjectif.

3°- La consécration de droits subjectifs :

Le droit subjectif se définit classiquement comme « un intérêt juridiquement protégé »¹¹. Face à un potentiel conflit d'intérêts substantiels, le législateur choisit lui-même l'intérêt qu'il entend faire primer. La hiérarchie des intérêts est préétablie par la loi. Ceci nous permet de conclure à l'existence d'un *continuum* entre les notions d'intérêt et de droit subjectif¹². Il n'existe pas entre ces notions une différence de nature mais seulement une différence du point de vue du degré de la protection juridique dont bénéficie l'intérêt en cause. En effet, alors qu'il est nécessaire d'établir l'existence d'une faute pour obtenir qu'un intérêt légitime soit juridiquement protégé, la protection d'un droit subjectif n'est pas, quant à elle, subordonnée à la preuve de l'existence d'une telle faute. La simple constatation d'une violation du droit suffit.

Le phénomène de « *subjectivisation* » – c'est-à-dire à la multiplication des droits subjectifs comme instruments de régulation juridique maintes fois dénoncé¹³ - est une réalité en droit de la famille.

¹⁰ Crim. 11 juin 1992, Bull. Crim. n°232 ; D. 1993, jurispr. p. 117, note M.-L. RASSAT ; JCP 1993, II, 22 043, note T. GARE.

¹¹ La théorie de l'intérêt fut proposée à l'origine par IHERING : *L'Esprit du droit romain dans les différents stades de son développement*, 3^{ème} éd., Paris, 1888, t. IV, cité par O. IONESCU, *La notion de droit subjectif dans le droit privé*, Bruxelles : Bruylant, 2^{ème} éd., 1978, 256 p., Préface G. RIPERT, pp. 120 s., cité également par F. OST, *Droit et intérêt, vol. 2 – Entre droit et non-droit : l'intérêt. Essai sur les fonctions qu'exerce la notion d'intérêt en droit privé*, Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, n°49, 1990, 201 p., p. 24 ; voy. G. MICHAELIDES-NOUAROS, « L'évolution récente de la notion de droit subjectif », RTDCiv. 1966, p.216 s.

¹² Sur l'idée de *continuum* entre intérêts et droits subjectifs : F. OST, *op. cit. supra* note 11, pp. 35-41. Voy. plus récemment C. DESNOYER, *L'évolution de la sanction en droit de la famille*, coll. « Logiques Juridiques », Paris : L'Harmattan, 2001, 427 p., pp. 99-108.

¹³ G. CORNU, « Rapport de synthèse », in LERADP, *Les filiations par greffe. Adoption et procréation médicalement assistée*, Paris : LGDJ, 1997, 176 p., p. 163 ; Voy. également du même auteur *Droit civil. La famille*, coll. « Domat. Droit privé », 9^{ème} éd., Paris : Montchrestien, 2006, p. 20 ; J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, coll. « Forum », Flammarion, 1996, 276 p., p. 125 ; J. CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 9^{ème} éd., Paris : LGDJ, 1998, 447 p., p. 181. Voy. également C. DESNOYER, *op. cit. supra* note 12, pp. 99-108.

Evoquons à titre d'exemple l'accouchement sous X qui procède à la consécration du droit de la femme au détriment de celui de l'enfant. La compatibilité de ce droit subjectif avec les engagements internationaux de la France a d'ailleurs pu susciter des interrogations. Certains auteurs ont stigmatisé la contrariété de cette pratique avec la Convention des Nations Unies sur les Droits de l'Enfant du 20 novembre 1989. L'article 7.1 de cette convention – d'applicabilité directe – consacre le droit pour l'enfant de connaître, dans la mesure du possible, ses parents et d'être élevés par eux. Cette réserve (« dans la mesure du possible ») permet par conséquent de valider notre accouchement sous X mais également les remises anonymes d'enfants, les dons de gamètes. La Cour Européenne a d'ailleurs affirmé dans son arrêt « Odièvre c/ France » en date 13 février 2003 que les dispositifs français d'accouchement sous X et d'accès aux origines personnelles n'étaient en rien contraires aux exigences de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales¹⁴.

De nombreux auteurs s'interrogent en outre sur l'existence d'un droit subjectif au divorce¹⁵. Nous intéressons uniquement le droit au prononcé du divorce¹⁶. Notre Droit reconnaît aux époux qui souhaitent divorcer une prérogative dont ils peuvent se prévaloir pour obliger le juge à prononcer leur désunion. Ce droit a été renforcé avec la loi du 26 mai 2004 qui a réformé tout particulièrement le divorce pour altération définitive du lien conjugal (Article 237 Code civil). Certains considèrent qu'il résulte de la combinaison des deux nouveautés en la matière [délai de séparation requis drastiquement réduit à 2 ans et suppression de l'idée de divorce à charge avec la disparition de la pension alimentaire] une grande liberté et dénoncent la consécration d'un véritable droit au divorce¹⁷. Le législateur a donc, par avance, tranché l'éventuel conflit qui pourrait se présenter entre les époux souhaitant divorcer et le juge qui entendrait s'y opposer, en instituant un droit subjectif. Par conséquent, le juge ne peut pas paralyser la décision de divorcer des parents quand bien même elle serait contraire aux intérêts des enfants. De même, le conflit entre un époux qui souhaite divorcer et un époux qui s'y refuse est tranché en faveur de l'époux qui aspire à retrouver sa liberté à condition qu'il patiente 2 ans à compter de la cessation de la communauté de vie.

Les droits subjectifs de plus en plus nombreux entrent parfois en conflit. Il incombe alors au juge de départager ces droits qui se heurtent, comme par exemple dans l'hypothèse que nous évoquons précédemment d'un conflit entre le droit d'accoucher sous X de la mère garanti à l'article 326 du Code civil et le droit pour le père d'effectuer une reconnaissance prénatale prévu à l'article 316 alinéa 1 de ce même code. Dans l'hypothèse d'une consécration d'un droit subjectif, il n'est donc même pas certain que ce soit le législateur qui tranche *in fine* le litige.

Parfois, cependant, le législateur ne cède pas à la tentation du droit subjectif et refuse la consécration d'un tel droit là où on l'attendait. L'arbitrage opéré peut alors surprendre. Ainsi, par exemple, à la faveur de la loi du 6 août 2004, le législateur a choisi d'exclure à l'article 16-11 du Code civil le recours à l'expertise *post-mortem* aux fins d'établissement de la filiation au nom du respect du droit dû aux morts [« *sauf accord exprès de la personne manifesté de son vivant, aucune identification par empreinte génétique ne peut être réalisée après sa mort* »] alors que la jurisprudence l'avait jusqu'à présent admis. L'arrêt rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme le 13 juillet 2006 dans l'affaire « Jäggi c/ Suisse » est toutefois

¹⁴ JCP 2003, II, 10 049, note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; RJPF 2003, 4/34, obs. M.-C. LE BOURSICOT ; Dr. Famille 2003, n°58, obs. P. MURAT ; RTDCiv. 2003, p. 276, obs. J. HAUSER.

¹⁵ P. ARDANT, « Rapport français », in *Aspects de l'évolution récente du droit de la famille*, Travaux Association H. CAPITANT, t. 39, Journées Turques, Paris : Economica, 1990, 811 p., p. 81. Voy. également J.-B. D'ONORIO, « La protection constitutionnelle du mariage et la famille en Europe », RTDCiv. 1988, pp. 1-29, p. 20. Voy. A. BENABENT, « La liberté individuelle et le mariage », RTDCiv. 1973, pp. 440-495, § 60 s. Voy. F. LUCHAIRE, « Les fondements constitutionnels du droit civil », RTDCiv. 1982, pp. 244-328, p. 260. Voy. J. HAUSER, « Cas de divorce, Généralités », J.-Cl. Civil, Art. 229, fasc. 40, 1998, § 8 ; M. FRANGI, *Constitution et droit privé, Les droits individuels et les droits économiques*, coll. « Droit public positif », Paris : Economica, PUAM, 1992, 317 p., § 79.

¹⁶ C. DESNOYER, *op. cit. supra* note 12, pp. 87 s. et pp. 143 s. L'auteur expose la distinction entre le droit au principe du divorce et le droit au prononcé du divorce.

¹⁷ La reconnaissance d'un droit au divorce influencerait sur la nature du mariage. Le mariage deviendrait par essence dissoluble. Il se transformerait en une forme de contrat à durée indéterminée pouvant être rompu unilatéralement même si un encadrement et des conditions subsistent.

susceptible de conduire à une remise en cause de notre législation dans un avenir proche¹⁸. Cette modification apportée à l'article 16-11 du Code civil en 2004 pourrait bien valoir à la France une condamnation si on en juge l'arrêt rendu contre la Suisse : le refus d'expertise *post-mortem* par la législation helvétique a entraîné une condamnation de la Suisse sur le fondement de l'article 8 de la Convention.

Par ailleurs, le droit subjectif comme technique de résolution des conflits d'intérêts familiaux connaît une limite au travers la prescription. Le but de ce mécanisme est de forcer le titulaire du droit à agir avec célérité pour faire respecter le droit que lui a reconnu le législateur. Les droits subjectifs s'éteignent par le non-usage prolongé. Si le délai de prescription de droit commun est de 30 ans, des délais plus courts peuvent être prévus.

Ainsi, l'ordonnance du 4 juillet 2005 a permis l'harmonisation et la réduction de tous les délais de prescription en matière d'actions relatives à la filiation. Toutes les fois qu'elles ne sont pas enfermées par la loi dans un autre délai, ces actions se prescrivent désormais par 10 ans ou 5 ans (et non plus 30 ans) à compter du jour où la personne aura été privée de l'état qu'elle réclame ou aura commencé à jouir de celui qui est contesté. L'article 321 du Code civil tend à sécuriser le lien de filiation¹⁹.

La négligence ou l'indifférence du titulaire du droit conduit le législateur à contrecarrer la technique qu'il avait initialement posée par une autre technique procédant à une nouvelle résolution des rapports de force dans la famille. Le comportement de l'intéressé invite à penser que le droit subjectif qu'avait consenti le législateur n'a plus lieu d'être compte tenu du non-usage qu'en a fait son titulaire.

Parallèlement à ces hypothèses variées dans lesquelles le législateur se réserve la résolution des conflits d'intérêts au sein de la cellule familiale, il est des cas de figure dans lesquels le législateur préfère déléguer la résolution des différends familiaux.

B. La « justice déléguée » par le législateur.

Cette fois, les solutions des conflits familiaux ne sont pas prédéfinies par le législateur. Ce dernier délègue la résolution des différends survenant dans la cellule familiale. La sécurité juridique peut alors apparaître malmenée dans la mesure où la solution n'est pas connue en amont mais l'adaptabilité de la solution apportée au différend est optimale.

Par hypothèse, la délégation est réalisée par le législateur ce qui conduit à exclure l'intervention d'un tiers *praeter legem* ou *contra legem*, tiers qui s'arrogerait le soin de départager les conflits d'intérêts au sein de la cellule familiale. Cette délégation permet d'échapper à une solution édictée par le législateur mais cette « échappée » se réalise sous l'œil bienveillant de ce dernier et sur autorisation de la règle juridique. La délégation peut être consentie au juge (1°), aux parties (2°) ou encore à un tiers (3°).

1°- La délégation consentie au juge :

La délégation consentie au juge conduit à un mode de résolution d'essence juridictionnelle et publique. L'idée de « délégation normative » s'est imposée progressivement en doctrine²⁰, cette délégation pouvant revêtir des formes diverses.

¹⁸ Cour EDH 13 juillet 2006 « Jäggi c/ Suisse », RTDCiv. 2006, p. 727, obs. J.-P. MARGUENAUD, RTDCiv. 2007, p. 99, obs. J. HAUSER. Voy. également F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, note sous Cour EDH 10 octobre 2006 « Paulik c/ Slovaquie », Revue Lamy Droit Civil (RLDC) mai 2007, p. 42.

¹⁹ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Le nouveau droit de la filiation : pas si simple ! », RLDC 2005/21, n°878 ; J. VASSAUX, « Premières vues sur la réforme du droit de la filiation », JCP N. 2005, I, 1458 ; J. HAUSER et F. GRANET-LAMBRECHTS, « Le nouveau droit de la filiation », D. 2006, chron. pp. 17 s. ; J. MASSIP, « Le nouveau droit de la filiation », Def. 2006, art. 38 303, 38 012 et 38 324 ; H. FULCHIRON, « Egalité, vérité et stabilité dans le nouveau droit de la filiation », Droit et patrimoine (Dr. pat.) 2006, n°146, p. 44 ; T. GARE, « L'ordonnance portant réforme de la filiation », JCP 2006, I, 144.

²⁰ J.-L. BERGEL, *op. cit. supra* note 4, p. 215, § 185.

La délégation peut en effet tout d'abord être réalisée par le biais du recours à la technique des notions à contenu variable²¹. La loi multiplie les références à des standards, des notions vagues, que le législateur s'abstient délibérément de préciser tels que l'« intérêt de l'enfant », l'« intérêt de la famille », la « faute grave », les « motifs graves », etc. Il appartient au juge d'apprécier les faits de chaque espèce et de caractériser ces notions, c'est-à-dire de leur attribuer un contenu concret et de combler, par là même, la lacune *intra legem* créée par le législateur²². Pour déterminer ces notions, le juge doit s'inspirer de nombreuses considérations extra-juridiques. Le législateur délègue de plus en plus fréquemment au juge le soin de trancher le litige en établissant sa propre hiérarchisation des intérêts substantiels revendiqués en conflit²³. La notion à contenu variable est l'instrument qui impose au juge de résoudre le différend non par application mécanique de la règle de droit mais en évaluant les intérêts en présence. L'appréciation effectuée par le magistrat relève de l'opportunité²⁴.

La délégation est plus importante encore lorsque le législateur choisit de recourir à la technique des dispositions non normatives²⁵. Ces dispositions – encore dénommées « droit mou » – s'entendent de dispositions identiques aux dispositions de droit strict quant à leur forme et leur mode d'adoption. Cependant, elles ne constituent en réalité que de simples déclarations d'intention. Le principal problème est donc celui de l'efficacité du « droit mou ». Ce dernier n'est en effet assorti d'aucune sanction contraignante. Ces dispositions perdent donc leur caractère de règles de droit si on fait de la force obligatoire le critère de la norme juridique²⁶. Ce type de dispositions apparaît globalement néfaste en ce qu'il contribue à dégrader l'image que l'on peut avoir des règles de droit²⁷. La faible normativité de ces dispositions ne peut qu'être dénoncée : elle laisse le juge désemparé face à une revendication d'un justiciable prenant appui sur l'une de ces dispositions²⁸. Les exemples en la matière ne manquent pas et

²¹ J. CARBONNIER, « Les notions à contenu variable dans le droit français de la famille », in *Les notions à contenu variable en droit*, Ch. PERELMAN et R. VANDER ELST, coll. « Travaux du centre national de recherches de logique », Bruxelles : Bruylant (Belgique), 1984, 373 p., pp. 99-112. Voy. également C. POMART, *La magistrature familiale. Vers une consécration légale du nouveau visage de l'office du juge de la famille*, coll. « Logiques juridiques », Paris : L'Harmattan, 2003, 575 p., préface F. DEKEUWER-DEFOSSEZ. Voy. encore S. FREMEAUX, « Les notions indéterminées du droit de la famille », RRJ 1998, pp. 865-880.

²² P. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil, Etudes des lacunes intra-legem*, thèse dacty., Paris II, 1985, 379 p. ; Voy. également S. FREMEAUX, « Les notions indéterminées du droit de la famille », RRJ 1998, p. 877.

²³ J. PATARIN, « Le pouvoir des juges de statuer en fonction des intérêts en présence dans les règlements de succession », in *Mélanges P. VOIRIN*, Paris : LGDJ, 1967, pp. 618-637, pp. 619 s. ; Voy. également R. DEMOGUE, *Les notions fondamentales du droit privé, Essai critique*, Paris : Librairie A. Rousseau, 1911, 681 p., p. 539.

²⁴ J. VAN COMPERNOLLE, « Vers une nouvelle définition de la fonction de juger : du syllogisme à la pondération des intérêts », in *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage F. RIGAUX*, coll. « Bibliothèque de la faculté de droit de l'université catholique de Louvain », t. XXII, Bruxelles : Bruylant, 1993, 659 p., pp. 495-506. ; Voy. également G. DEMEZ, « L'exécution des décisions judiciaires en droit civil familial », in *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, Travaux VIII^{èmes} journées d'études juridiques J. DABIN, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1978, 769 p., pp. 595-612, pp. 598-599. ; Voy. encore J.-L. RENCHON, « La place des auxiliaires sociaux et médico-psychologiques dans le processus de solution des conflits relatifs à l'attribution du droit de garde et du droit de visite », in *L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, XI^{èmes} Journées d'études juridiques J. DABIN, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1984, 1024 p., pp. 839-873, p. 841 et p. 842. Voy. enfin M.-J. REYMOND DE GENTILE, « Volonté des époux et rôle du juge dans la modification du régime matrimonial », JCP 1973 éd. G. I, 2558, § 31 sur cette idée de pondération des intérêts et de dérive vers un contrôle d'opportunité.

²⁵ C. ATIAS, « Normatif et non-normatif dans la législation récente en du droit privé », RRJ 1982, pp. 219-224. Voy. également N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », RTDCiv. 1999, pp. 729 s. ; Voy. encore C. POMART, « Les dispositions légales non-normatives. Une invitation à penser la normativité en terme de continuum », RRJ 2004, pp. 1679-1697. ; Voy. pour une étude plus générale sur cette question : M. E. MIHRAJE, *De la non-normativité de certaines lois sous la V^e République*, thèse dacty., Caen, 1985, 219 p. et A. BERNARD, *Les dispositions législatives non prescriptives : contribution à l'étude de la normativité*, thèse dacty., Toulouse I, 2000, 372 p.

²⁶ Pour illustration la position de J.-L. BERGEL, *op. cit. supra* note 4, pp. 40-43. Pour cet auteur, deux éléments permettent de définir une norme juridique : le commandement et la sanction. V. également P. ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Paris : Sirey, 1951, 337 p., pp. 32-40 : l'auteur insiste sur le caractère coercitif, sur l'idée de contrainte attachée à la règle de droit. V. également P. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », D. 1986, chron. p. 197.

²⁷ Rapports du Conseil d'Etat préc. *supra* note 2.

²⁸ B. MATHIEU, *La loi*, coll. « Connaissance du droit », Paris : Dalloz, 1996, 137 p., pp. 98 s.

ont même une fâcheuse tendance à se multiplier²⁹.

Ainsi par exemple, l'article 371 du Code civil affirme que l'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses parents. Cette disposition apparaît plus morale que juridique³⁰ pourtant, et contre toute attente, la jurisprudence lui a fait produire des effets juridiques – tant patrimoniaux³¹ qu'extra-patrimoniaux³².

L'article 375-1 alinéa 2 du Code civil dispose quant à lui qu'en matière d'assistance éducative, « Il [le juge des enfants] doit toujours s'efforcer de recueillir l'adhésion de la famille à la mesure envisagée et se prononcer en stricte considération de l'intérêt de l'enfant ». Cette démarche semble aller de soi pour tout juge consciencieux. Par ailleurs, si véritablement le juge n'entend pas rechercher l'accord de la famille, il lui suffira d'indiquer que parvenir à un tel accord était impossible. Cette disposition a cependant – avec d'autres – eu le mérite de faire progresser l'idée de « justice négociée »³³ en même temps qu'elle faisait évoluer l'office du juge. Il lui incombe désormais une mission se situant entre imperium et persuasion³⁴.

On peut encore songer à l'article 371-5 du Code civil. Les études entreprises à propos de ce texte convergent toutes vers une critique sévère³⁵. La jurisprudence paraît d'ailleurs avoir confirmé ces craintes³⁶. Il s'agit de l'exemple type d'une loi inspirée par de bonnes intentions³⁷. Cet article dispose que « l'enfant ne doit pas être séparé de ses frères et sœurs, sauf si cela n'est pas possible ou si son intérêt commande une autre solution (...) ». Le législateur énonce un principe, y prévoit lui-même deux exceptions. Les raisons permettant de déroger à l'obligation de préserver les liens de la fratrie sont particulièrement larges et aboutissent à vider le principe de sa substance. Cette disposition s'avère décevante.

La délégation peut enfin s'opérer par le biais d'une référence à l'équité dans la loi. Ceci conduit à la reconnaissance d'un pouvoir modérateur pour le juge, pouvoir devant demeurer exceptionnel³⁸. On

²⁹ A. VIANDIER, « Observations sur le style de la loi », RRJ 1987, pp. 847-855, p. 854.

³⁰ A. SERIAUX, « “Tes père et mère honoreras”. Réflexions sur l'autorité parentale en droit français contemporain », RTDCiv. 1986, pp. 265-281. Voy. également P. JESTAZ, « Les frontières du droit et de la morale », RRJ 1983, pp. 334 s.

³¹ 1^{ère} Civ. 14 mai 1992 – prise en charge par les enfants des frais d'obsèques que la succession ne couvre pas, RTDCiv. 1993, pp. 171-172, note J. PATARIN. Voy. également 1^{ère} Civ. 8 juin 2004, Dr. Fam. 2004, 152, note B. BEIGNER ; 1^{ère} Civ. 21 septembre 2005, Dr. Fam. 2005, 251, note B. BEIGNER.

³² Paris 14 février 2002 – maintien d'un droit de visite et d'hébergement au profit du père alors que la mère en demandait la suppression au motif (au demeurant non établi) que l'homme n'était pas le père biologique, AJ Fam. 2002, p. 145.

³³ C. AMIEL et A. GARAPON, « Justice imposée et justice négociée dans le droit français de l'enfance », in *Actes 1986*, n°56, p. 18. Voy. également des mêmes auteurs : « La justice des mineurs entre deux ordres juridiques : justice imposée, justice négociée », in *De quel droit ? De l'intérêt... aux droits de l'enfant*, Cahiers du CRIV, Vaucresson, 1988, 171 p., pp. 25-46, plus précisément p. 27. Voy. encore A. GARAPON, « Comment sortir de la “crise” de la justice familiale ? », in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997, 639 p., pp. 60-67, p. 61.

³⁴ J. NORMAND, « Le rôle conciliateur du juge », in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1997, 639 p., pp. 373-383, pp. 373-383. Voy. également F. LIGOT, « Justice négociée : le rôle conciliateur du juge et la médiation », in *Familles et justice. Justice civile et évolution du contentieux familial en droit comparé*, *Ibid.*, pp. 400-430.

³⁵ Par exemple J. MASSIP, « La loi du 30 décembre 1996 tendant à éviter la séparation des frères et sœurs », Def. 1997, art. 36 616, pp. 897-905 ; P. MURAT, « La loi du 30 décembre 1996 relative au maintien des liens entre frères et sœurs, ou comment resurgit la question des droits de l'enfant », Droit Famille, Mars 1997, pp. 4-7 ; ou encore S. CHARPENTIER, « Maintien des liens entre frères et sœurs : réflexions sur le nouvel article 371-5 du code civil », Revue de Droit Sanitaire et Social (RDSanSoc.) 1998, pp. 19-36.

³⁶ J. MASSIP, à propos de l'arrêt rendu par la 2^{ème} Civ. le 19 novembre 1998, Def. 1999, art. 36 998, pp. 684-685, n° 33.

³⁷ Or, comme ont pu le noter sur ce point MM. MURAT et LECUYER, « de bons sentiments ne font pas nécessairement une bonne loi », P. MURAT, art. préc. *supra* note 35, p. 4 ; H. LECUYER, « Liberté, égalité... fraternité », Dr. Fam., Janvier 1997, p. 3 ; Voy. également Cass. 2^{ème} Civ. 19 novembre 1998 et CA Paris 16 juin 1998, Dr. Fam., Mars 1999, pp. 17-19, note P. MURAT, n°26, p. 18.

³⁸ C. BRUNET, *Le pouvoir modérateur du juge en droit civil français*, thèse dacty., Paris II, 1973, 490 p. Cet auteur, dès

crovait cette technique disparue, on assiste à sa résurgence.

On peut évoquer, en guise d'illustration, l'attribution d'une prestation compensatoire. La réforme de 2004 a opéré un bouleversement en consacrant la suppression la quasi-totalité des pénalités attachées aux torts exclusifs – plus précisément la perte du droit à prestation compensatoire ainsi que la déchéance des donations et avantages matrimoniaux. Le prononcé d'une prestation compensatoire devient donc possible même pour celui à l'encontre duquel une faute est retenue sauf si, en application de l'article 270 alinéa 3 du Code civil, l'équité commande qu'on n'en prononce pas. Il revient au juge d'apprécier ce que commande l'équité.

Les délégations consenties par le législateur au juge – quelque soit la technique permettant cette délégation (recours à une notion à contenu variable, disposition non normative ou référence à l'équité) – invitent à prendre en compte des éléments extra-juridiques présentant une dimension sociologique, psychologique, philosophique pour trancher les différends. Des délégations en cascade sont alors probables et se produisent fréquemment. Le juge sollicite les lumières de l'expert et de l'enquêteur social qui l'aident à résoudre le différend. Le rôle de ces praticiens mandatés par le juge est déterminant³⁹ : les experts⁴⁰ et enquêteurs⁴¹ fournissent au juge les éléments nécessaires à l'appréciation et au surplus, ils énoncent leur avis. Le problème est alors de savoir où s'arrête la préparation de la décision – phase au cours de laquelle les experts et enquêteurs peuvent intervenir – et où commence la prise de décision⁴². La plupart du temps, le juge entérine leur position⁴³. Les articles 373-2-11 et -12 du Code civil l'invitent d'ailleurs à tenir compte des résultats des enquêtes. Un phénomène de guidance peut être observé du fait de la mission de conseil qui leur est dévolue. Le magistrat garde certes, en théorie, la possibilité de se prononcer dans un sens opposé mais il est plutôt rassurant de constater que les opinions concordent. On peut en effet légitimement se demander quels seraient les éléments permettant au juge de prendre le contre-pied de la proposition de l'expert ou de l'enquêteur.

Outre les délégations consenties au juge, il se peut que le législateur s'en remette, voire en appelle, à la sagesse des parties pour régler les différends familiaux.

2°- La délégation aux intéressés :

Le législateur peut déléguer aux intéressés – c'est-à-dire aux membres de la cellule familiale – le soin de résoudre leurs différends. Nous abordons alors les modes de résolution d'essence conventionnelle et privée. Il semble que d'une manière générale, la mainmise étatique sur la famille diminue au point qu'on parle parfois de « privatisation » de la famille et d'envahissement du droit de la famille par le contrat autrement dit de « contractualisation »⁴⁴. Cette branche du droit se dirige vers un nouvel équilibre entre liberté individuelle et contrôle étatique⁴⁵. Les individus disposent d'une liberté plus grande pour organiser

1973, proposait une reconnaissance générale du pouvoir modérateur du juge au-delà des hypothèses ponctuelles dans lesquelles la loi a expressément admis un tel pouvoir. Cette proposition n'a pas été suivie par le législateur. V. également pour une réflexion en droit suisse : J.-M. GROSSEN, « Le pouvoir modérateur du juge civil suisse », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique. Ecrits G. CORNU*, Paris : PUF, 1994, pp. 193-199.

³⁹ On en veut pour preuve la multiplication des expertises génétiques ou sanguines en droit de la filiation, des expertises de valeurs pour permettre les liquidations de régimes matrimoniaux, des expertises comptables dans les litiges relatifs à une obligation alimentaire, des expertises psychiatriques ou des enquêtes sociales en cas d'opposition sur l'exercice de l'autorité parentale ou sur l'attribution d'un droit de visite et d'hébergement.

⁴⁰ Le recours à l'expertise est prévu et encadré aux articles 232 et 263 svts NCPC.

⁴¹ Voy. articles 1072 à 1183 NCPC et articles 373-2-11 et -12 Cciv.

⁴² P. COET, *Les notions-cadres dans le Code civil, Etude des lacunes intra-legem*, thèse dacty., Paris II, 1985, 379 p., pp. 230-234.

⁴³ J.-L. RENCHON, « La place des auxiliaires sociaux et médico-psychologiques dans le processus de solution des conflits relatifs à l'attribution du droit de garde et du droit de visite », *in L'évolution du droit judiciaire au travers des contentieux économique, social et familial. Approche comparative*, XI^{èmes} Journées d'études J. DABIN, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1984, 1024 p., pp. 839-873., p. 843.

⁴⁴ *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, P. ANCEL et M.-C. RIVIER (dir.), coll. « Etudes juridiques » n°10, Paris : Economica, 2001, 154 p.

⁴⁵ M.-T. MEULDERS-KLEIN, « La place des "accords" dans le règlement des intérêts familiaux, du jugement au contrat », *in Mélanges J. VAN COMPERNOLLE*, Bruxelles : Bruylant, 2004, pp. 409 s. V. également J. HAUSER,

leurs relations tout en gardant, le cas échéant, le bénéfice d'une protection étatique qui prendra, le plus souvent, la forme de l'intervention d'un magistrat sous la forme d'une homologation. L'implication des parties est accentuée à travers la valorisation des accords conclus entre lesdites parties.

Le rôle du contrat est naturellement central dans le cadre du pacte civil de solidarité mais, plus surprenant peut-être, la contractualisation du droit de la famille se manifeste également au travers l'apparition des conventions de concubinage. Ces contrats essentiellement destinés à régir les rapports pécuniaires entre concubins au cours de leur union ainsi qu'au moment de la séparation, initiés dans les pays anglo-saxons, n'ont pas eu beaucoup d'écho en France alors pourtant que la Cour de cassation ne s'oppose pas à leur validité⁴⁶. En effet, si certains notaires ont pu proposer aux concubins des contrats à durée indéterminée résiliables ad nutum, il faut admettre que la force obligatoire et donc la valeur de ces accords est toute relative puisque chacun peut rompre le contrat à tout instant et sans motif particulier.

La promotion des accords entre protagonistes est également présente en matière de divorce. Le législateur a souhaité susciter la coopération. En vertu de l'article 259-3 du Code civil, les époux sont tenus de se communiquer et de communiquer au juge ainsi qu'aux experts, tous renseignements et documents utiles pour régler les conséquences de l'après-divorce. Par ailleurs, la loi du 26 mai 2004 a tenté d'établir un traitement plus efficace des conséquences du divorce. Dans cette optique, notre droit exige des époux qu'ils prévoient le plus tôt possible autrement dit, dès le lancement de la procédure, un règlement complet des conséquences de leur rupture. En outre, les accords entre époux intervenant à tout moment de la procédure et concernant les conséquences du divorce peuvent être actés par le juge. Le phénomène de contractualisation éclate de façon resplendissante en ce domaine.

Pour responsabiliser les parents dans l'exercice de leurs fonctions parentales, le législateur réserve également une large place aux conventions privées passées entre les père et mère en matière d'autorité parentale. Les accords parentaux constituent le principe de fonctionnement de l'autorité parentale ainsi que le principe de règlement des différends intervenant en la matière⁴⁷. Le juge conserve un contrôle sur ces accords parentaux qu'il n'homologue qu'autant qu'ils préservent les intérêts de l'enfant.

L'implication des parties – parents ou époux – dans la résolution de leur différend semble fondamentale en droit de la famille, et ce d'autant plus lorsqu'il s'agit de déterminer ce qu'exige l'intérêt de l'enfant, du conjoint ou de la famille. L'étude de notre Droit révèle une tendance à la valorisation de cette implication. L'appel aux parties pour régler elles-mêmes leur différend semble une solution pertinente en ce qu'elle permet d'aboutir à un consensus. Il n'est pas certain toutefois que ces dernières s'entendent dans l'hypothèse précise d'un différend. L'intervention d'un tiers peut les aider à parvenir à une solution négociée.

3°- La délégation consentie à un tiers :

Cette délégation à un tiers autre que le juge ou les intéressés débouche sur un mode négocié de résolution du différend familial. Ces modes alternatifs de règlement des conflits ont pour effet de décharger le juge d'une partie de son office traditionnel. Leur déclenchement nécessite l'accord des parties

« La loi, le juge et la volonté dans les réformes de droit de la famille », in *Etudes P. SIMLER*, Paris : D. 2006, pp. 155 s.

⁴⁶ Par un arrêt récent en date du 20 juin 2006, la 1^{ère} Chambre civile s'est intéressée à une convention de concubinage réglant les conséquences de la rupture de l'union [RTDCiv. 2006, pp. 740-741, n°10, obs. J. HAUSER ; AJ Fam. 2006, p. 324, obs. F. CHENEDE ; RJPf 2006, 9/49, obs. S. VALORY ; Dr. Fam. 2006, 155, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE]. La convention prévoyait que « le concubin qui n'a pas d'emploi ou qui renonce à son emploi pour élever les enfants peut exiger de l'autre une indemnité égale au moins à la moitié des revenus du travail de son concubin, à condition que les enfants soient élevés à son foyer ». La Cour de cassation, sans retenir la solution d'une nullité de principe de la convention, fixe les conditions auxquelles la convention peut être valable. La convention a été considérée comme nulle dans la mesure où elle prévoyait forfaitairement le montant de la contribution. Elle apparaît contraire aux dispositions d'ordre public régissant l'obligation alimentaire qui doit varier en fonction des ressources de celui qui y est tenu et des besoins de celui à qui elle est due (Art. 209 Code civil).

⁴⁷ Art. 373-2-7 Code civil. La médiation est organisée par la loi du 8 fév. 1995, complétée par le décret du 2 déc. 2003 et l'arrêté du 27 fév. 2004 portant création du diplôme d'état de médiateur familial.

au litige.

La tendance depuis quelques années semble être au renforcement de la médiation⁴⁸. La médiation est confiée à un tiers chargé d'une triple mission : écouter les parties, faire se confronter les thèses en présence et rétablir un dialogue pour proposer et favoriser toutes les solutions amiables pour mettre fin au litige⁴⁹. Elle peut se définir comme « *un processus de résolution des conflits familiaux dans lequel les membres d'une famille demandent ou acceptent l'intervention confidentielle d'une tierce personne neutre et qualifiée, appelée médiateur, dont le rôle est de les amener à trouver eux-mêmes les bases d'un accord durable et mutuellement acceptable, tenant compte des besoins de chacun (...) dans un esprit de responsabilité* »⁵⁰. Notre système juridique ne consacre pas la médiation comme un mécanisme obligatoire. Le consentement des parties en vue du déclenchement d'un processus de médiation reste indispensable. Ceci s'explique aisément compte tenu de la nature de la médiation⁵¹. Le législateur a cependant prévu – aux articles 373-2-10 du Code civil pour les modalités d'exercice de l'autorité parentale⁵² et 255 pour le divorce⁵³ – la possibilité d'imposer aux parties de participer à une séance d'information sur la médiation afin que les couples puissent choisir d'accepter ou de refuser la médiation en parfaite connaissance de cause.

L'amiable composition judiciaire, prévue à l'article 12 alinéa 4 NCPC, exige quant à elle la réunion de trois conditions : une matière où les parties ont la libre disposition de leurs droits, un litige né et un accord exprès des parties. Elle se caractérise essentiellement par la volonté de rechercher la solution la plus juste possible, en écartant à cette fin la règle de droit qui peut paraître inéquitable appliquée à l'espèce. L'amiable compositeur peut ainsi faire prévaloir sa conception de l'équité sur l'application de la loi. Cette technique se positionne comme une sorte d'exception à l'alinéa 1 de cet article 12. Son succès mitigé peut sans doute s'expliquer par le fait que l'arbitre sollicité est titulaire de deux « casquettes ». Il est certes arbitre pour l'occasion, mais il n'en demeure pas moins juge. Il y a fort à croire qu'imprégné des dispositions légales, il soit naturellement enclin à faire application de ces règles ou de leur esprit.

La généralisation de ces modes alternatifs de règlement des conflits ne fait pas l'ombre d'un doute⁵⁴. Cet engouement s'explique dans la mesure où ces techniques permettent de réduire le coût des conflits, de désengorger les juridictions étatiques et de parvenir à une solution négociée et adaptée. La justice transactionnelle aboutit le plus souvent à un dessaisissement du juge. Même dans les hypothèses où le magistrat n'est pas totalement dessaisi, il se maintient de lui-même en retrait. L'idée est d'inciter les individus à trouver leur propre solution au différend. Le problème n'est pas tant celui du développement de ces techniques que celui de leur efficacité.

Les diverses techniques de résolution des différends familiaux – retenues ou déléguées – cohabitent, et peuvent même se combiner, se succéder. Les techniques au choix sont donc multiples, il appartient au législateur d'opérer le choix de la technique.

II. LE CHOIX DE LA TECHNIQUE.

Faut-il penser ces techniques en terme de complémentarité – les techniques auraient des domaines d'intervention différents – ou en terme de concurrence – elles auraient potentiellement le même domaine

⁴⁸ D. GANANCIA, « Quand la médiation familiale entre dans le Code civil », AJ Fam., Fév. 2003, Dossier « La médiation », pp. 48-52. Voy. encore C. LIENHARD, « Médiation familiale, pratiques judiciaires, premières impressions », AJ Fam., Fév. 2003, Dossier « La médiation », pp. 52-54.

⁴⁹ J.-M. COULON, « L'évolution des modes de règlement sous l'égide du juge », in *Le conventionnel et le juridictionnel dans le règlement des différends*, coll. « Etudes juridiques » n°10, Paris : Economica, 2001, 154 p., pp. 133-138.

⁵⁰ C. LIENHARD, « Juge aux affaires familiales », Répertoire de procédure civile Dalloz, 1997, p. 6.

⁵¹ S. ANDRE, « La réforme de l'autorité parentale », ASH n°2259, 19 avril 2002, p. 20.

⁵² Rédaction issue de la loi du 4 mars 2002.

⁵³ Nouveauté issue de la loi du 26 mai 2004.

⁵⁴ *La médiation en débat*, N° spécial, Les Petites Affiches (P.Aff.) 26 août 2002, F. MONEGER (dir.) : F. MONEGER, « La médiation dans les réformes du droit de la famille », pp. 39-41 ; M.-D. PERRIN, « Conciliation – médiation », pp. 4-9 et F. MEGERLIN, « Médiation et arbitrage : des convergences dans le règlement alternatif des différends », pp. 10-15.

d'intervention et il incomberait au législateur de choisir ? La complémentarité semble de mise entre les deux grandes catégories de techniques identifiées (retenues et déléguées) mais, au sein de chacune des deux catégories, une concurrence entre techniques peut s'installer.

En réalité, fréquemment, le choix de la technique de résolution du différend familial s'impose (n'en est pas un) et, même lorsque tel n'est pas le cas, le choix n'est pas pour autant arbitraire mais apparaît raisonné. Le « choix » est le plus souvent imposé par le contentieux concerné (A), il est également fréquemment orienté par des contingences pratiques (B).

A. Un choix imposé par le contentieux concerné.

Le choix est souvent dicté par le domaine d'intervention de la technique législative. Les techniques juridiques diffèrent selon qu'elles interviennent dans un contentieux structurel ou fonctionnel (1°). Elles dépendent en outre de la volonté de garantir un ordre public de direction ou de protection (2°).

1°- Contentieux structurel / contentieux fonctionnel :

Il est aisé de comprendre que l'intervention du législateur puisse et doive être plus ferme lorsqu'il s'agit de régir la structure familiale qui se doit d'être solide, que lorsqu'il s'agit de réglementer le fonctionnement dynamique de cette cellule familiale⁵⁵.

Aussi, concernant la structure du couple conjugal et/ou parental, les techniques mises en œuvre sont des techniques de « résolution retenue » : la consécration de droits subjectifs, le recours à des présomptions légales ou encore à des fictions juridiques.

Ainsi, en matière de contentieux structurel au sein du couple parental – autrement dit en droit de la filiation –, on observe une multiplication des droits subjectifs [droit à exercer une reconnaissance, droit à demander le secret de son accouchement, droit à connaître ses origines, droit d'intenter une action en recherche de maternité ou paternité, une action en constatation de possession d'état, etc.] ainsi que la survivance de présomptions [présomption de conception, présomption de paternité, etc.].

En matière de structure du couple conjugal, on rencontre de nombreuses règles d'ordre public [on peut évoquer le régime impératif du mariage ainsi que celui du pacte civil de solidarité renforcé depuis la loi du 23 juin 2006] mais également des droits subjectifs [droit au respect, à la fidélité, à l'assistance, au secours, à la communauté de vie, etc.].

Pour ce qui est au contraire du fonctionnement du couple conjugal et/ou parental, les techniques mises à contribution sont les techniques de « résolution déléguée » : le recours à des notions à contenu variable ou encore aux dispositions non normatives.

Ainsi par exemple, le droit de l'autorité parentale consacre la notion à contenu variable « intérêt de l'enfant ». L'idée de droits-fonctions – autrement dit de droits finalisés – s'est progressivement imposée en ce domaine. L'autorité parentale est définie à l'article 371-1 du Code civil comme un ensemble de droits et de devoirs ayant pour finalité l'intérêt de l'enfant. Cette définition résulte de la loi du 4 mars 2002 mais elle existait de manière sous-jacente avant, particulièrement depuis la loi du 8 janvier 1993.

De même, au sein d'un couple marié, face à une crise, les articles 217, 219 et 220 du Code civil insèrent les notions d'intérêt de la famille et d'intérêt du conjoint, confiant au juge le soin de trancher les différends par référence à ces directives.

La nature fonctionnelle ou structurelle du litige influe par conséquent sur la technique consacrée. Le « choix » entre les techniques de résolution des différends familiaux dépend aussi de la question de savoir si l'on se trouve dans un domaine relevant de l'ordre public de direction ou de protection.

⁵⁵ C. POMART, thèse préc. *supra* note 21, pp. 29-31.

2°- *Ordre public de direction / Ordre public de protection :*

Dans les domaines où les parties ont la libre disposition de leurs droits, les techniques de délégation – aux parties ou à un tiers – semblent davantage présentes alors que dans les matières qui relèvent de l'ordre public, les droits subjectifs et présomptions paraissent s'épanouir.

Les manifestations de l'ordre public en droit de la famille ne manquent pas qu'il s'agisse de la réserve héréditaire, du principe de la monogamie, de la prohibition de l'inceste, du régime primaire impératif, etc. Lorsque certains auteurs stigmatisent « *le déclin de l'ordre public* » en matière familiale⁵⁶, c'est à l'ordre public classique – de direction – qu'ils font référence⁵⁷. L'ordre public de protection fait au contraire preuve d'une grande vitalité en droit de la famille. En la matière, l'ordre public a évolué d'un ordre public traditionnel à un ordre public contemporain qualifié de protecteur⁵⁸.

Les dispositions d'ordre public de direction ou de protection, toutes deux impératives, se différencient par leur finalité. L'ordre public de protection tend à assurer la protection de celui qui pourrait se retrouver dans une situation de faiblesse⁵⁹. L'ordre public de direction cherche, quant à lui, à garantir le respect de certains interdits que le législateur estime indispensables et souhaite orienter l'évolution de la Société⁶⁰. Cette première approche mérite toutefois d'être nuancée. En effet, même lorsque le législateur intervient dans le but de protéger un intérêt particulier, c'est toujours dans l'intérêt général. Ce dernier est certes placé au second plan mais reste présent. Inversement, l'ordre public de direction, s'il vise à garantir l'intérêt général, protège également, même si c'est indirectement, des intérêts particuliers.

La concomitance du développement de l'ordre public de protection et des notions à contenu variable ainsi que celle du déclin de l'ordre public de direction et du recul du recours à la technique des droits subjectifs apparaît de manière frappante⁶¹. Cette simultanéité ne permet cependant pas d'affirmer l'existence d'un lien de cause à effet. Il pourrait ne s'agir que d'une simple coïncidence.

Les droits subjectifs correspondent à des conflits d'intérêts prétranchés, c'est-à-dire à une direction choisie par le législateur et s'inscrivent dans une politique législative déterminée. Cette analyse de la technique du recours aux droits subjectifs doit être rapprochée de la définition de l'ordre public de direction. L'ordre public de direction est composé d'un ensemble de règles impératives par lesquelles le législateur entend assurer le respect de prohibitions fondamentales de notre Société. Les droits subjectifs contribuent donc à l'existence d'un ordre public de direction.

Les notions à contenu variable, quant à elles, permettent au législateur d'affirmer sa volonté de protéger les intérêts d'une personne ou d'un groupe de personnes mis en situation de faiblesse et qu'il désigne. Un rapprochement peut alors sembler séduisant avec la définition de l'ordre public de protection. Cet ordre public de protection traduit le choix du législateur concernant la sauvegarde de certains intérêts qu'il juge fondamentaux. Un ordre public de protection se développe donc en droit de la famille et ceci à la faveur de la multiplication des notions à contenu variable.

Toutefois, de même que la technique du recours aux notions à contenu variable ne saurait éclipser totalement la technique des droits subjectifs, il subsistera un ordre public de direction aux côtés de l'ordre

⁵⁶ C. LABRUSSE, « Propos introductifs au cours de droit patrimonial de la famille », in *Etudes A. WEILL*, Paris : Dalloz-Litec, 1983, pp. 337-351, p. 350. Voy. également A. BENABENT, « L'ordre public en droit de la famille », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, T. REVET (coord.), coll. « Thèmes et commentaires », Paris : Dalloz, 1996, 111 p., pp. 27-31, p. 27.

⁵⁷ J. RUBELLIN-DEVICHI, « Le principe de l'intérêt de l'enfant dans la loi et la jurisprudence françaises », JCP 1994, éd. G., I, 3739, p. 88.

⁵⁸ J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », Rép. civil Dalloz, 1993, p. 7. P. MALAURIE, *Les contrats contraires à l'ordre public, Etude de droit civil comparé : France, Angleterre, URSS*, Reims : Editions Matot-Braine, 1953, 278 p.

⁵⁹ F. TERRE, « Rapport introductif », in *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, T. REVET (coord.), coll. « Thèmes et commentaires », Paris : Dalloz, 1996, 111 p., pp. 3-12.

⁶⁰ Pour une définition de cette notion, voir F. TERRE, *Ibid.* pp. 3-12.

⁶¹ C. POMART, thèse préc. *supra* note 21, pp. 407 s.

public de protection. Cette survivance d'un ordre public familial de direction minimum est inéluctable. Il n'est pas concevable pour le législateur d'abandonner la matière familiale à l'entière liberté des parties. Au surplus, ce dernier n'entend pas davantage, et ne peut pas, régler l'intégralité des litiges familiaux par référence à des intérêts dont il faudrait assurer la protection. Non seulement, il souhaite prohiber certains comportements et influencer sur l'évolution du droit de la famille ; mais en outre s'il multipliait les dispositions d'ordre public de protection et consacrait de nombreux intérêts particuliers, lesdites dispositions entreraient fatalement en conflit les unes avec les autres.

Nous rencontrons une illustration de la survivance de cet ordre public de direction à l'article 311-19 du Code civil. Cette disposition prévoit qu'en cas de procréation médicalement assistée avec tiers donneur, aucun lieu de filiation ne peut être établi entre l'auteur du don et l'enfant, aucune action en responsabilité ne peut être exercée à l'encontre du donneur. Alors pourtant que la référence à l'intérêt de l'enfant anime la plupart des règles touchant aux questions de filiation, dans cette hypothèse, toute référence à cette notion est bannie. Le principe de l'anonymat du donneur implique que ce dernier bénéficie d'un « droit » à ce que sa paternité ne soit ni recherchée, ni établie.

Une deuxième illustration de la survivance de cet ordre public de direction minimum qui empêche la consécration d'une notion à contenu variable peut être découverte à l'article 326 du Code civil qui régleme l'accouchement sous X et prévoit qu'il est impossible pour l'enfant né sous X d'établir sa filiation maternelle. L'intérêt de l'enfant s'efface là encore devant des considérations d'ordre public. Accorder à l'enfant la possibilité d'établir sa filiation maternelle occasionnerait un trouble à l'ordre public. La mère se voit ainsi conférer le « droit » à ce que sa filiation maternelle ne soit pas établie. Cette liberté qui est sienne est garantie par le législateur.

Hors les hypothèses où le choix de la technique législative est imposé par le domaine concerné, le choix peut parfois être orienté par des contingences pratiques.

B. Un choix orienté par des contingences pratiques.

Les contingences pratiques orientant le choix de la technique de résolution du différend familial peuvent se révéler être des exigences processuelles (1°) ou le souci de l'adéquation de la technique (2°).

1°- Pragmatisme et respect des exigences processuelles :

Les principales exigences processuelles auxquelles doit satisfaire le procès civil ont été rappelées à la faveur du rapport MAGENDIE de 2004⁶² et demeurent aujourd'hui encore des préoccupations omniprésentes pour notre système juridique. La célérité de traitement des différends familiaux est une exigence qui certes n'apparaît pas au titre des principes fondamentaux de la procédure⁶³ mais qui est induite de l'impératif de « *délai raisonnable* » découlant lui-même de l'exigence de « *procès équitable* » prévue à l'article 6 § 1 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme autrement dit d'exigences supranationales⁶⁴. Cette célérité peut par exemple être atteinte si on permet le désengorgement des juridictions.

De ce point de vue, la technique de délégation aux intéressés c'est-à-dire la promotion des accords entre parties ; de même que les techniques de délégation à un tiers autrement dit le développement de modes de résolution des différends extrajudiciaires peuvent utilement participer à cette quête de célérité.

La Cour Européenne des Droits de l'Homme a tout récemment rappelé, par un arrêt en date du 26 juillet 2007, l'importance de la rapidité de traitement des affaires dans le domaine de l'assistance éducative⁶⁵. Dans cette espèce, la Cour conclut à la violation par la France des articles 6 § 1 et 13 combinés de la Convention Européenne des Droits de l'Homme : elle estime que le pourvoi en cassation

⁶² Rapport MAGENDIE – *Célérité et qualité de la justice*, coll. « Rapport officiel », Paris : La documentation française, 2004, 212 p.

⁶³ D. CHOLET, *La célérité de la procédure en droit processuel*, thèse Poitiers, 2003, t. 2, p. 394.

⁶⁴ Rapport MAGENDIE, *op. cit. supra* note 62, p. 19.

⁶⁵ Cour EDH 26 juillet 2007 « Schmidt c/ France », Dr. Famille 2007, alerte n°72.

n'a pas été effectif car la Cour de cassation s'est prononcée sur le placement de l'enfant près de 3 ans après sa saisine et alors que d'autres mesures avaient été depuis prises à l'égard de cet enfant. L'affirmation est des plus claires : « *Les procédures relatives à l'attribution de l'autorité parentale exigent un traitement urgent car l'écoulement du temps peut avoir des conséquences irrémédiables sur les relations entre les parents et celui des parents qui ne vit pas avec eux* ». Des questions demeurent cependant : comment accélérer la procédure devant la Cour de cassation ? Faut-il envisager un traitement prioritaire des affaires ayant trait à l'assistance éducative ? Cette exigence de rapidité de traitement doit-elle être généralisée à l'ensemble du contentieux familial ?

En plus du respect des exigences processuelles, le souci de l'adéquation de la technique peut influencer sur le choix qu'effectue le législateur.

2°- Pragmatisme et adéquation de la technique :

L'adéquation de la technique passe tout d'abord par son adaptation. Le choix des techniques s'explique par la prise en compte de l'évolution de la Société, des progrès scientifiques médicaux, sociologiques, etc.

Ainsi par exemple, la filiation constitue un ensemble complexe : il s'agit d'une construction sociale effectuée sur la base d'un donné biologique. Longtemps, cette construction sociale était faite en supposant la vérité biologique. Jusqu'en 1972, le père était le mari (on en doutait pas ou peu...) ce qui permettait une organisation cohérente des lignées, de la parenté. Actuellement, on dispose des moyens de connaître la vérité biologique (expertises sanguines, tests biologiques et génétiques, etc.) et il est difficile d'en faire abstraction. Cette nouvelle donne a conduit à repenser la filiation en réservant une place de choix aux liens biologiques. Les juges ont aussi affirmé en 2000 que l'expertise était de droit en matière de filiation sauf s'il existe un « juste motif » de ne pas y procéder⁶⁶. Les présomptions d'antan ont donc cédé la place à un véritable droit subjectif à l'expertise en ce domaine.

Ce constat doit toutefois être relativisé. Notre Société est effectivement technicienne et scientifique – elle a de ce fait tendance à privilégier la vérité biologique – la filiation ne saurait pourtant se réduire aux gènes. Si certains auteurs ont pu stigmatiser le fait que le « tout biologique » était en marche, il faut signaler que parfois le législateur choisit délibérément de faire abstraction de la vérité biologique (c'est la cas en matière d'accouchement sous X, d'adoption, mais également lorsque l'on consacre la possession d'état), au point parfois de distinguer les géniteurs des parents.

L'adéquation de la technique requiert en outre l'adaptabilité de cette technique, adaptabilité aussi bien temporelle que matérielle.

De ce point de vue, l'avantage découlant de l'insertion de notions à contenu variable dans un texte juridique est incontestable. Ces notions apparaissent comme des instruments d'anticipation⁶⁷. Leur introduction dans les dispositions législatives permet une double adaptabilité : l'adaptabilité de la règle au cas d'espèce et l'adaptabilité temporelle. L'adaptabilité au cas d'espèce renvoie à la mobilité synchrone de la règle de droit. L'introduction de notions à contenu variable offre une faculté de personnalisation du règlement du conflit. Les notions à contenu variable permettent également d'adapter la règle à l'époque du litige. Il s'agit cette fois de la mobilité diachrone. La norme intégrant une notion à contenu variable n'a plus, comme c'est traditionnellement le cas pour les normes juridiques, un temps de retard par rapport à l'évolution des attentes sociales et aux impératifs pratiques. Bien au contraire, elle anticipe les évolutions futures.

⁶⁶ 1^{ère} Civ. 28 mars 2000, JCP G 2000, II, 10 409, concl. C. PETIT, note M.-C. MONSALLIER SAINT-MLEUX ; JCP G 2000, II, 10 410, note T. GARE ; D. 2001, somm. com. p. 2868, obs. C. DESNOYER ; D. 2001, jurisp. p. 976, obs. F. GRANET. Voy. également pour une illustration de « juste motif » : 1^{ère} Civ. 25 avril 2007 – Contestation de filiation par un grand-père. La volonté affirmée et continue du père d'assumer sa paternité et d'élever un enfant comme son fils constitue un motif légitime permettant de refuser d'ordonner une expertise biologique... d'autant que la preuve de la conservation d'un échantillon de sang permettant un examen comparé n'était pas rapportée et que l'administrateur *ad hoc* de l'enfant s'opposait à une exhumation du corps : Dr. Fam. 2007, n°170, note P. MURAT.

⁶⁷ Elles constituent une réponse à la recherche d'adaptabilité. Voy. J.-E. PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, coll. « Voix de la cité », Confluences, 77 p., 1999, p. 18.

Il semblerait finalement que le législateur ait relativement peu le choix de la technique de résolution des différends familiaux. L'apparente diversité ne doit pas induire en erreur.

Précisons toutefois que lorsque la technique de résolution est retenue, la loi « prétranche » le conflit d'intérêts et est alors tournée vers le passé ou à tout le moins vers l'instant présent ; en revanche lorsque cette résolution est déléguée, la disposition législative est résolument tournée vers le futur et se démarque par son adaptabilité. C'est semble-t-il principalement, même si ce n'est exclusivement, avec cette seconde catégorie de techniques qu'il faudra compter dans l'avenir.

CONCLUSIONS

FRANÇOISE DEKEUWER-DEFOSSEZ

Professeure à l'Université de Lille2
Doyen honoraire de la Faculté des Sciences Juridiques
Politiques et Sociales
francoise.dekeuwer-defossez@univ-lille2.fr

Le terme de "*conclusions*" a été préféré à celui de synthèse car il serait bien difficile, et probablement inapproprié, de tenter une synthèse entre des communications portant sur des époques et des lieux si variés. Pourtant, au travers des époques, des philosophies politiques ou religieuses, et des systèmes juridiques, des éléments communs de problématique de dessinent : la résolution des conflits familiaux est traversée d'un certain nombre de questions immémoriales, et les réponses qui leur sont apportées comportent un certain nombre d'éléments invariants. Répudiant les normes académiques habituelles, c'est en cinq étapes que nous allons parcourir cette problématique unique des conflits familiaux sous toutes les latitudes et à toutes les époques.

PREMIÈRE LEÇON DE CE COLLOQUE : LA RÉOLUTION DES CONFLITS FAMILIAUX EST TOUJOURS UNE AFFAIRE SOCIALE.

A aucune époque, les conflits familiaux n'ont été considérés comme purement internes à la famille, et devant être réglés exclusivement à l'intérieur de celle-ci.

Les raisons qui font que la société s'intéresse aux conflits familiaux sont nombreuses. Les premières tiennent de la stricte utilité : lorsque la famille ne remplit plus ses fonctions de subsistance, certains membres de la société, et notamment les enfants et les femmes, peuvent se trouver dans la nécessité. Ils se tourneront alors évidemment vers la collectivité pour qu'elle pourvoie à leurs besoins... Dans d'autres cas, c'est par le biais de la religion que les difficultés familiales vont avoir une dimension sociale : ainsi la présence ostensible de "non-pascalisants" sera cause de scandale public. De façon similaire, le refus de délivrance du "gueth", en paralysant le remariage de la femme divorcée, va susciter des difficultés juridiques débordant largement le cadre du ménage dissous. Dans le souci de prévenir de potentielles difficultés, la société, par exemple via ses curés va se trouver amenée à "repérer les mauvais ménages dès leur naissance". A toute époque, il ne fait pas de doute que la paix des familles soit nécessaire à la préservation de la paix sociale.

Le plus souvent, d'ailleurs, les litiges familiaux sortent des familles à l'initiative des personnes concernées elles-mêmes, qui saisissent des tiers extérieurs : il faut bien que quelqu'un trouve une solution, et cela peut devenir l'une des attributions d'un intendant d'Auvergne, ou d'un curé de campagne, si personne d'autre ne paraît mieux à même de résoudre le conflit.

Il faut enfin noter qu'il n'existe pas de frontière nette entre justice étatique et "infra-justice". Particulièrement exemplaire est la situation de l'intendant d'Auvergne, qui peut intervenir au titre de la justice retenue, ou en qualité de conciliateur, avec des glissements entre l'un et l'autre cadre. Plus récemment, les "tribunaux de famille" demeurent fondamentalement une instance judiciaire, tandis que la délivrance du "gueth", obligation essentiellement religieuse, finit par être prescrite par les tribunaux étatiques. Enfin, à l'heure actuelle, la médiation familiale s'insère dans le procès judiciaire, à telle enseigne que le juge aux affaires familiales peut imposer à tout le moins que les époux ou parents suivent une séance d'information sur son fonctionnement et ses avantages.

En matière familiale, plus qu'en toute autre matière, il serait inexact d'opposer la résolution privée des conflits familiaux aux instances judiciaires : il existe un véritable continuum qui tend à assurer le règlement des conflits familiaux de la manière la plus privée et la plus consensuelle possible, mais toujours sous le regard et l'autorité de la société. En témoignent les conciliations tentées par l'intendant d'Auvergne, avant que la justice retenue soit exercée, ou encore les tractations préalables à la constitution des tribunaux de famille, et enfin les relations ambiguës entre médiateur et juge : à aucun moment l'on n'observe de clivage net entre ce qui ressortit à la justice étatique et ce qui relève de la résolution privée des conflits familiaux.

DEUXIÈME CONSTATATION : LES CONFLITS FAMILIAUX APPELANT DES MODES SPÉCIFIQUES DE RÉOLUTION SONT TRÈS VARIÉS.

Bien évidemment, ce sont les séparations de couples qui en forment les gros bataillons. L'indissolubilité du mariage catholique n'ayant jamais empêché les mésententes conjugales, celles-ci sont une source permanente de scandale, appelant la médiation de toutes sortes de tiers, y compris les curés dont la position face aux femmes persécutées par leur mari est rien moins que facile. Et que dire de leur situation face aux concubinages adultérins...

Mais il y a encore au moins deux autres types de litiges récurrents : d'abord ceux qui s'élèvent entre parents et enfants, notamment à propos du mariage de ces derniers, ou encore de leurs dépenses. Et enfin la cohorte imposante des litiges successoraux, notamment dans le contexte de familles recomposées.

La nature des conflits influe sur leur mode de résolution, notamment parce que l'on ne peut traiter de la même manière des conflits entre personnes égales, comme les époux, ou des personnes en situation dissymétrique, comme les parents et les enfants. L'égalité entre époux rend la résolution des conflits à la fois plus nécessaire - car il n'est pas possible de s'appuyer systématiquement sur l'autorité de l'un - et plus difficile puisque les critères de décision sont particulièrement difficiles à dégager. A cet égard, l'exemple de l'histoire législative et doctrinale belge met particulièrement bien en lumière une problématique dominée par la question de l'autorité ou de l'égalité. Il a également été relevé que l'arrière-plan des relations sexuelles rend l'intervention d'un tiers, et notamment du curé, particulièrement délicate. Les conflits entre parents et enfants posent un problème particulier du fait que leur existence même est contraire à la théorie de la puissance paternelle. Au fil du temps, il paraîtra plus efficient de délivrer tout simplement les enfants majeurs de la tutelle paternelle afin d'éviter des conflits insolubles.

Toutes ces différences expliquent la sophistication avérée des techniques législatives modernes de résolution des conflits familiaux, et concourent à renforcer le souhait permanent de voir ces conflits se résorber, par l'accord, la médiation, les "tribunaux de famille"...

LE CHOIX DE LA PERSONNE APPELEE À DENOUER LE CONFLIT FAMILIAL EST LE TROISIEME POINT FOCAL DE CE COLLOQUE.

Il faut d'abord rappeler que certains systèmes devraient permettre de résoudre le conflit familial "*dans l'œuf*" en l'empêchant même de naître : c'est le cas de la puissance paternelle et de la puissance maritale. L'une comme l'autre ont pour but avoué de parvenir à un règlement purement interne des conflits, la décision du chef de famille ayant force de loi. Toutefois, l'existence avérée de conflits soumis à des personnes extérieures à la famille atteste que le moyen est pour le moins imparfait et qu'il ne suffit pas d'affirmer la "puissance" pour qu'elle éradique les contestations!

Reste qu'une question demeure posée : les meilleurs moyens de résoudre les conflits familiaux ne demeurent-ils pas inconnus, parce que les systèmes qui parviennent à régler les contestations échapperaient à l'observation de la société et donc de ses chercheurs? C'est l'hypothèse de la "*para justice*", quasiment invisible puisqu'elle se manifesterait tout au plus dans des accords notariés. C'est aussi l'explication avancée au "*trou noir*" des sentences de tribunaux de famille, qui disparaissent à la vue du chercheur, probablement parce que lorsque la conciliation a eu lieu, personne n'estime utile de déposer la sentence au greffe du tribunal.

La personne à qui on va demander de prendre en charge le conflit a pour première qualité d'être dotée d'une certaine autorité : c'est même parfois sa seule légitimité, comme dans le cas de l'intendant d'Auvergne. C'est cette autorité lui vaudra d'être choisi par les personnes en litige, car c'est une autre caractéristique transversale que ce choix des parties en conflit, qui vont au moins s'accorder sur le fait de soumettre leur litige à un tiers déterminé. Les critères de ce choix demeurent obscurs : aptitude réelle ou supposée à trouver une solution, impartialité, réputation d'équité, ou tout simplement la circonstance que, localement, il n'y pas d'autre autorité légitime. Une mention particulière doit être faite du secret professionnel, nécessaire à la mise en confiance des parties : ce peut être le secret de la confession, ou celui auquel s'estiment tenus les médiateurs familiaux.

Le choix du tiers appelé à trancher ou à apaiser le conflit est d'autant plus important qu'il va conditionner la détermination des valeurs morales et religieuses qui vont sous-tendre la résolution du conflit. Lorsqu'il s'agit du curé, ces valeurs sont clairement affichées, au point d'ailleurs de nuire à son impartialité. Lorsque c'est le Juge aux affaires familiales ou un médiateur, les choses sont moins claires. L'existence d'un diplôme d'état de médiateur familial garantit un savoir technique, mais ne renseigne guère sur l'existence, d'une idéologie sous-jacente à la médiation (ou sur l'absence d'idéologie, qui est une autre forme d'idéologie). Or, chacun sait bien que les valeurs propres du magistrat ou du médiateur vont nécessairement inspirer sa manière de traiter le conflit, même lorsqu'il ne s'assigne comme rôle que de catalyser l'accord des parties.

La position particulière des juges étatiques face au conflit familial mérite d'ailleurs d'être soulignée. D'abord, leur compétence même fait débat, l'intrusion du juge comme départiteur des litiges familiaux étant souvent critiquée comme étant en soi une atteinte aux valeurs familiales. C'est d'ailleurs ce qui explique la recherche de solutions alternatives ne faisant pas entrer l'Etat dans la sphère familiale, et notamment des tribunaux de famille.

De surcroît, ils paraissent bien démunis devant ce type de litiges, leur *imperium* s'avérant impuissant face, par exemple, à une épouse qui refuse de manière permanente et itérative de revenir au domicile conjugal. Ils peuvent même être amenés, *horresco referens*, à organiser des séparations de fait ! La judiciarisation constante des conflits familiaux amène le triste constat d'une impuissance sans cesse révélée. Le recours à la médiation peut alors parfois apparaître comme le paravent de l'impuissance judiciaire.

LE RECOURS À CERTAINES FORMES DE MENACES EST LE QUATRIEME POINT DE RENCONTRE DES DIFFÉRENTES COMMUNICATIONS.

On a vu que la première qualité de celui à qui l'on demande de résoudre les conflits familiaux est l'autorité : celle-ci ne s'exerce pas sans un certain pouvoir qui peut s'appuyer sur des menaces variées au cas où une mauvaise volonté persistante s'opposerait aux efforts pacificateurs du tiers. Il peut s'agir d'une menace religieuse: en pays profondément catholique, le refus des sacrements équivaut à une véritable mise au ban. C'est souvent une menace financière, sous diverses formes : ainsi la délivrance du *gueth* sera-t-elle provoquée en France par la menace de dommages-intérêts, à défaut d'une véritable astreinte. En Israël, la menace peut être un blocage des comptes bancaires, ou un retrait de permis de conduire ! Le coût de la médiation peut en faire aussi, paradoxalement, une menace. Mais toutes les menaces ne sont pas licites, car elles ne peuvent porter atteinte à certaines libertés fondamentales. C'est d'ailleurs la raison de l'impuissance des juges relevée plus haut face, par exemple, à un refus de cohabitation.

Le recours aux tribunaux judiciaires est, en lui-même, une menace. On la retrouve dans les réticences à saisir le tribunal de famille, présenté comme incertain et dispendieux ; elle est omniprésente dans les litiges successoraux : mieux vaut s'entendre, quitte à y perdre peu ou prou, que de saisir les juridictions étatiques qui absorberont l'intégralité de l'héritage en frais de procédure!

Une connaissance relativement précise et certaine de l'issue prévisible du litige au cas où la justice serait saisie participe donc de la mise en œuvre des modes alternatifs de résolution des conflits familiaux. Que ce soit devant l'intendant d'Auvergne, ou devant les modernes JAF, la conciliation extrajudiciaire fait

partie intégrante d'une stratégie judiciaire: il faut convaincre l'autre que les tribunaux lui donneraient tort. Par là, le clivage entre justice et infra-justice s'efface jusqu'à devenir évanescent, puisque la solution judiciaire supposée va porter son ombre sur l'action du médiateur.

L'EXISTENCE D'UNE TYPOLOGIE PRÉÉTABLIE DES *SCENARII* DE SORTIE DE CRISE EST EN EFFET LA CINQUIÈME ET DERNIÈRE LEÇON DE CE COLLOQUE.

Le mode de règlement des conflits familiaux est profondément original, en ce que l'application de règles de droit n'est que rarement susceptible de déterminer leur issue. D'abord parce que ces conflits portent sur des questions de fait auxquelles le droit ne peut donner de réponse toute faite, comme par exemple le choix du conjoint d'un enfant, ou la détermination du parent "gardien" après divorce. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle des modes spécifiques de résolution ont été inventés comme les tribunaux de famille

Ensuite, même lorsque la loi est claire, il s'avère souvent qu'elle ne puisse pas être appliquée en fait : telle est la situation de nombre de couples séparés malgré l'interdiction formelle de l'Eglise, et du Code Napoléon.

Mais si la loi ne peut donner la clef du déblocage de la situation, où peut-on donc la trouver? Deux grandes catégories d'issues existent, posant chacune des difficultés spécifiques.

L'équité est la première manière d'aborder la résolution des conflits conjugaux ; c'est elle qui inspire et justifie les techniques législatives de délégation au juge de choix qui sont sociologiques, philosophiques voire psychologiques, mais pas juridiques, notamment au moyen des notions à contenu variable, dont l'intérêt de l'enfant est l'exemple le plus connu et le plus utilisé.

La seconde manière de résoudre le conflit familial est l'accord des parties, qu'il s'agisse de parents séparés, de cohéritiers, ou encore de parents et d'enfants trouvant un terrain d'entente. De l'intendant d'Auvergne et des curés de campagne, jusqu'aux modernes médiateurs, tous recherchent la pacification de la famille par un accord entre les litigants. Le pari semble pourtant difficilement tenable, de parvenir à trouver un terrain d'entente au moment où tout sépare les membres de la famille opposés les uns aux autres. L'expérience montre que ce pari est pourtant souvent tenable. Le "traité de paix" entre concubins qui se séparent en date de 1793 préfigure les modes actuels de rupture des PACS et autres vies maritales. Pour prévenir la difficulté de s'accorder une fois le litige né, on peut aussi songer à des accords préventifs : on a évoqué les contrats de concubinage, ou les accords pré-nuptiaux permettant de résoudre d'avance les difficultés nées d'un refus de délivrance du *gueth*. Mais il faut reconnaître que la mentalité française est peu propice à cette démarche.

On peut, à son choix, voir ou non dans ces accords une tendance à la contractualisation de la famille. Si c'est le cas, elle n'est en tous cas pas récente, puisqu'elle traverse toutes les interventions de ce colloque et toutes les périodes historiques envisagées.

Reste que l'équité, aussi bien que les accords entre membres de la famille, ne peuvent s'élaborer sans norme ni sans modèle. Ceux-ci ont bien évidemment varié au cours des âges : hier, la bonne épouse devait supporter les violences du mari, alors qu'aujourd'hui, elle est plutôt supposée prendre son autonomie et le quitter pour se préserver, ainsi que les enfants. La coparentalité est un modèle fort récent, puisqu'il date tout au plus d'une vingtaine d'années : auparavant, il était préférable que l'enfant soit confié au "meilleur" parent.

Dans le même temps historique, plusieurs modèles peuvent coexister. Ainsi a-t-on entendu que les curés de Beauvais et de Cambrai n'avaient pas la même opinion sur les séparations de fait des époux. A l'heure actuelle, on retrouverait les mêmes divergences entre les partisans de la résidence alternée et ceux qui la décrivent.

Malgré leur caractère évolutif ou parfois contradictoire, ces modèles sont une incitation puissante à l'accord des parties. Appuyés par la menace judiciaire, ils contribuent à la normalisation des relations familiales, conformément aux vœux de la société.

Car, nous l'avons déjà dit, rien n'est moins "*privé*" que la résolution des conflits familiaux.

« Les conflits entre peuples. De la résolution libre à la résolution imposée »

Le terme peuple permet d'ancrer la réflexion dans le passé (il est d'usage ancien) et rend compte de la dimension humaine (à la fois collective et individuelle) des conflits sans s'opposer à une acception juridique ou politique (Cf. G. Scelle : la nation c'est le peuple de l'Etat).

Il permet aussi de prendre en compte des conflits ethniques, doublés souvent d'une dimension religieuse (la religion, élément de la culture des peuples), et des guerres civiles (qui traduisent la volonté d'une ethnie de rejoindre le peuple d'un autre Etat ou de constituer un Etat nation (selon le modèle autorisé par l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, l'un des 14 points du plan de paix du Président Wilson. C'est ce principe qui, dans les traités de paix de l'après Première Guerre mondiale, dessine la carte de l'Europe, du Moyen-Orient et d'une partie de l'Afrique (répartition des colonies allemandes entre les vainqueurs) et nourrit les grands conflits ultérieurs (Seconde Guerre mondiale, conflits des Balkans, conflits du Moyen Orient, et du Rwanda dans une certaine mesure, ...). Les minorités ethniques (scories de peuples éclatés entre plusieurs Etats) sont en effet des ferments d'agitation qui peuvent déclencher un conflit entre Etats (un Etat s'estimant protecteur des intérêts d'une minorité : cas de la Russie par rapport aux Slaves, solidarité des Etats arabes formant les peuples de l'Islam)

Enfin, ce titre permet de ne pas laisser de côté la dimension génocidaire des conflits contemporains (le génocide comme mode ultime de résolution d'un conflit ancré dans le temps avec une minorité raciale et/ou religieuse indésirable et qui se distingue précisément des autres crimes de masse contre les civils par l'intention d'éliminer un peuple : génocide arménien (1915), génocide juif, génocide rwandais (voir pour le Tibet, les Kurdes, sans reconnaissance politique).

Jusqu'au XX^e siècle, on peut considérer que les Etats sont maîtres de la manière dont ils règlent leurs différends (notamment par la guerre qui est longtemps un mode normal de résolution des conflits) et de la manière d'en sortir (traités de paix négociés entre eux, sans jugement moral, ni suites judiciaires), le XX^e siècle voit le recours à la guerre progressivement interdit et la résolution des conflits échapper aux belligérants par l'intervention de tiers qui proposent et, de plus en plus, imposent leurs solutions (communauté internationale ou Etats puissants qui autolégitiment leur intervention). Entre ces moments, l'évolution est progressive : la communauté internationale se structure des traités de Westphalie, aux Nations Unies, en passant par l'ère des congrès et des conférences du XIX^e.

CONTRIBUTION DU DROIT CANONIQUE DE L'ÉGLISE CATHOLIQUE ROMAINE DANS LA RESOLUTION DES CONFLITS ENTRE PEUPLES. PROCEDURES ET ETUDES DE CAS.

JEAN-PAUL DURAND

Professeur à la Faculté de Droit canonique, l'Institut catholique de Paris.¹

www.prjeanpauldurandop.fr

Quel vocabulaire employer pour traiter de médiations de la part de l'évêque de Rome - c'est à dire du pape - entre des réalités politiques et souveraines en conflits ? La notion médiévale de « Paix de Dieu » est restée mémorable. L'expression de « conflits entre les peuples », formule retenue par les rédacteurs du programme du colloque de Francfort de septembre 2007, retient la notion de peuples ; ce qui n'interdit sans doute pas de faire intervenir les notions de nations et d'Etats, en tenant toujours nécessairement compte des contextes historiques et géopolitiques

Le libellé du programme de septembre 2007 de ce colloque désigne l'interlocuteur religieux au moyen de l'expression suivante : « *la contribution du droit canonique de l'Eglise catholique romaine* » : le droit interne à cette religion, à savoir en l'espèce les dispositions du droit canonique catholique romaine en vigueur au début du XXI^e siècle, prévoit que c'est l'institution du Saint-Siège qui a compétence en matière diplomatique, compétence exclusive en principe, compétence partagée pour une part avec des autorités ecclésiales locales depuis les élargissements dus au Concile Vatican II (1962-1965).

Situer en diplomatie la résolution de conflits entre des peuples, une résolution à laquelle une religion contribue ici, cela suppose que les partenaires ou parties en présence ont un statut en droit international, en droit international public précisément.

Nous évoquerons le statut juridique du Saint-Siège en droit international public, spécialement sa compétence en droit canonique et en droit international, de représentant diplomatique de l'Eglise catholique romaine et de ses intérêts.

Quant aux partenaires temporels et politiques cherchant à s'engager dans une procédure de médiation pour tenter de voir un de leurs éventuels conflits se résoudre par médiations d'un tiers de confiance en droit international public, il faut aussi que soient utilisés des organes diplomatiques compétents pour représenter et défendre leurs intérêts. Ce qui renvoie aux rapports riches, complexes, souvent difficiles, entre d'un côté, telle ethnie, telle tribu, tel peuple, telle nation et d'un autre côté, telle personne physique ou morale susceptibles de représenter le peuple concerné, a fortiori en droit international public :

cela sera par exemple tel diplomate accrédité, tel gouvernant légitime, tel Etat, telle fédération, telle confédération, telle union politique dotée d'un certain degré de compétence diplomatique et /ou de souveraineté.

Va être d'abord souligné ci-dessous ce qui fonde en droit international public une intervention du Saint-Siège, y compris comme médiateur, dans le cadre de tentatives bilatérales ou multilatérales de résolutions de conflits entre Etats (I).

Ensuite quelques circonstances historiques seront évoquées ou seulement rappelées, à savoir des procédures diplomatiques et des contextes internationaux, où il arrive que le Saint-Siège ait à exercer au nom de l'Eglise catholique romaine une responsabilité de médiation : en remontant le temps, nous pourrions nous appesantir sur l'ordre international public Westphalien², sur celui du droit des gens de

¹ fondateur en 2003 à Paris de Aidop (Agence Internationale Diplomatie et Opinion publique : www.aidp.org, site en cours de mise à jour).

² Lucien BELY & Isabelle RICHEFORT, *L'Europe des traités de Westphalie, esprit de la diplomatie et diplomatie de l'esprit*, présentation de Louis AMIGUES, introduction de Marc FUMAROLI, avant-propos de Hélène CARRERE D'ENCAUSSE, Paris, Presses universitaires de France, 2000, 615 pages.

l'École de Salamanque³, sur des coutumes et concordances en chrétienté médiévale⁴, sur des institutions impériales justiniennes, théodosiennes⁵, constantiniennes. (II).

I. COMPETENCE DU MEDIATEUR RELIGIEUX ET DIPLOMATIQUE.

Pour définir en 2007 le médiateur catholique ici, il faut distinguer entre trois institutions que sont l'Église catholique romaine, le Saint-Siège et l'État de la Cité du Vatican. Ce petit État, après la fin de la « question romaine » (1870-1929), a pu naître comme support matériel du Saint-Siège à partir du traité du Latran de 1929 qu'ont signé le cardinal Pietro Gasparri pour le Saint-Siège sous le pontificat du pape Pie XI et le Premier ministre Benito Mussolini pour le Royaume d'Italie sous le règne du roi Victor-Emmanuel III. L'Église catholique romaine et son organe de gouvernance suprême qu'est le Saint-Siège, avaient perdu en 1870 le support matériel que furent les États pontificaux (754-1870). Fameux est l'épisode de la naissance des États pontificaux, avec en 754 la « donation » au pape Étienne II des territoires du centre de la péninsule italienne par le carolingien Pépin le Bref, roi des Francs depuis 751. Ces territoires du Latium et de l'Exarchat de Ravenne ne parvenaient plus à être protégés par l'empereur romain d'Orient de Byzance, une protection orientale romaine qui avait débuté à la suite de la prise de la ville de Rome par les « barbares » en 476 ; invasion avait mis fin à l'Empire romain d'Occident.

S'agissant de la gouvernance suprême de l'Église catholique romaine : depuis le ministère du chef des apôtres, Saint-Pierre, qui a résidé d'abord à Jérusalem, puis à Antioche et enfin à Rome où il est mort martyr, son successeur l'évêque de Rome et ce qui va devenir peu à peu sa curie romaine, constituent ce que le droit canonique qualifiera en termes de Saint-Siège ou de Siège apostolique :

« Sous le nom de Siège apostolique ou de Saint-Siège, on entend dans le présent code⁶, non seulement le Pontife romain, mais encore, à moins que la nature des choses ou le contexte ne laisse comprendre autrement, la Secrétairerie d'État, le Conseil pour les Affaires publiques de l'Église et les autres instituts de la Curie romaine ».

L'Église catholique romaine, en tant qu'Église chrétienne en communion avec le pape, comprend d'une part l'Église catholique latine et d'autre part, vingt et une Églises catholiques orientales en communion aussi avec le pape. Ainsi, l'État de la Cité du Vatican n'est pas à confondre avec l'Église catholique romaine, ni avec le Saint-Siège.

Pour rappeler et percevoir ces distinctions sur la scène internationale, le secrétaire général de l'ONU, U Thant et la Secrétairerie d'État du Saint-Siège ont rappelé en 1957 que c'est le Saint-Siège et non l'État de la Cité du Vatican, qui entretient des relations avec l'ONU⁷. En 2004⁸, l'Assemblée générale de l'ONU a accordé à l'unanimité des voix le statut de membre observateur permanent au Saint-Siège. Ce dernier dès 1964 avait envoyé un observateur permanent, et qui avait immédiatement été reconnu par le secrétaire général de l'ONU.

Dès 1815 pour la réorganisation des relations internationales, le Congrès de Vienne a inscrit les agents diplomatiques du pape dans le Règlement diplomatique adopté par le congrès ; ce congrès octroyant au nonce apostolique la qualité, depuis lors, de doyen du corps diplomatique.⁹

³ Jean-Paul DURAND op & Philippe I. ANDRE-VINCENT op (Dir.), Las Casas et Vitoria, le droit des gens dans l'âge moderne (dossier), in *Le Supplément, revue d'éthique & théologie morale*, N° 160, mars 1987, 122 pages.

⁴ Yves SASSIER, *Structures du pouvoir, royauté et Res Publica (France, IX^e-XII^e siècle)*, Rouen, Publications de l'Université de Rouen, 2004, 236 pages, Jean GAUDEMET, *La doctrine canonique médiévale*, (recueil), Londres, Variorum, 1994, 200 pages ; du même auteur : *Les naissances droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, collection Domat droit public, Paris, Montchrétien, 3^e édition, 2001, 389 pages.

⁵ Jean-Noël GUINOT et François RICHARD (Ed.), *Empire chrétien et Église aux IV^e et V^e siècles, intégration ou « concordat » ? Le témoignage du Code Théodosien*, collection Histoire, institut des sources chrétiennes, Paris, Cerf, 2008, 485 pages.

⁶ Canon 361 (1983), *Code de droit canonique bilingue et annoté*, Montréal, Wilson et Lafleur, 1999, 2^e éd., p. 283.

⁷ Giovanni BARBERINI, *Le Saint-Siège, sujet souverain de droit international*, préface du cardinal Jean-Louis TAURAN, collection Droit canonique, droit international de la liberté religieuse et de religion, Paris, Cerf, 2003, 236 pages.

⁸ Résolution (du 16 juillet 2004) de l'Assemblée générale (de l'ONU) portant sur la participation du Saint-Siège aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, site officiel de l'ONU, www.un.org.

⁹ Pierre BLET, *Histoire de la représentation diplomatique du Saint-Siège des origines à l'aube du XIX^e siècle*, Cité du Vatican, 1999, p. 182 ; Cardinale IGONIO, *Le Saint-Siège et la diplomatie : aperçu historique, juridique et pratique de la diplomatie pontificale*, Paris, Tournai, Rome, New-York, Desclée, 1962, 343 pages ; Joël-Benoît D'ONORIO (Dir.), *Le Saint-Siège*

Les trois institutions catholiques que sont l'Eglise catholique romaine, le Saint-Siège et l'Etat de la Cité du Vatican, font l'objet d'une *receptio* différenciée dans la communauté internationale :

- Saint-Siège et Etat de la Cité du Vatican sont deux personnes morales ou juridique distinctes gouvernementales et souveraines de droit international public ; la première devant sa souveraineté à sa fin spirituelle innée (*ius nativum*)¹⁰; la deuxième étant nécessaire à l'indépendance de l'accomplissement de cette mission spirituelle.
- Quant à l'Eglise catholique romaine, latine et orientale, elle est aussi le sujet - sociétal et non associatif - de droit international dont l'organe représentatif est le Saint-Siège.

C'est ce dernier qui conclut les concordats¹¹, s'engage dans les conventions internationales multilatérales, détient le droit de légation actif et passif - avec légations permanentes depuis le XVI^e siècle, à l'instar des Etats modernes - . Ainsi le Saint-siège peut avoir à exercer une fonction de médiation entre Etats.

Le pape et la Curie romaine constituent le Saint-Siège, je le répète. La langage politique et littéraire parle parfois de tel pape nommément, et sans mentionner la médiation du Saint-Siège pourtant permanente. Ce qui n'équivaut pas néanmoins à nier cette institution du Saint-Siège qui sert en autres chose,s à objectiver les moyens d'exercer la gouvernance suprême sur la Curie romaine, sur l'Eglise catholique, à l'égard des partenaires internationaux, continentaux, nationaux, régionaux et locaux.

II. QUELQUES PROCEDURES DE MEDIATION DU SAINT-SIEGE.

Après avoir cru régenter la chrétienté au service de la paix juste, l'Eglise catholique romaine s'affirmera en face et au-dessus de l'Etat moderne, puis face aux aléas modernistes et humanistes des droits de l'Homme : ce qui a modifié profondément les conditions de possibles médiations internationales que peut exercer sa gouvernance suprême, je veux parler ici du pape ou de son ministère objectivé par l'institution canonique et internationale du Saint-Siège, quasiment au long de deux mille ans d'histoire.

Le monde aristotélien, puis celui de Saint Augustin, puis celui de Saint Thomas d'Aquin, obéissaient en quelque sorte à un ordre unique hiérarchisé, ordre à la fois divin, naturel, moral, social et politique. A partir du XIV^e siècle, commence une ère de la critique nominaliste. Du XIV^e au XVII^e siècle, les princes, les Etats, les raisons individuelles, les premiers pas de la science exacte, ainsi que l'Eglise du Christ - qui est de plus en plus divisée par les crises mystiques et humanistes - , se déchirent au nom de la religion ou du droit divin, y compris au nom du droit divin du prince régnant et souverain. Pendant que la nature humaine devient, vertigineusement, la norme de la sécurité privée et de la sécurité publique (Hobbes) -, les XVII^e, XVIII^e et XIX^e siècles vont tenter une unité d'utopie entre raison, science, Etat, liberté et sécurité. La fin du XIX^e et le XX^e siècle voient s'affronter plus ou moins à la fois, la crise moderniste, la crise scientiste et anti-humaniste, les revendications libérales, les réactions religieuses d'intransigeantisme et d'intégrisme.

Quelques cas ou épisodes :

En 1155, par exemple, le pape donne au roi d'Angleterre l'île d'Irlande. En 1455,1456 et 1481, la Papauté donne aux monarques portugais les côtes de Guinée : à la fin du XV^e siècle, le droit des gens¹²

dans les relations internationales, préface de Jean Bernard RAIMOND, collection éthique et société, Paris, 1989, 469 pages ; Joël-Benoît D'ONORIO (Dir.), *La diplomatie de Jean-Paul II*, collection Droit canonique,Droit international de la liberté religieuse et de religion, Paris, 2000, 328 pages ; Philippe DELISLE et Marc SPINDLER (Dir.), *Les relations Eglises-Etat en situation postcoloniale, Amérique, Afrique, Asie, Océanie, XIX^e-XX^e siècles*, collection Mémoire d'Eglises, Paris, Karthala, 2003, 419 pages.

¹⁰ Jean-Paul DURAND, *L'hypothèse de la congrégation simplement déclarée, du droit de déclarer une spécialité congréganiste* (tome III) in *La liberté des congrégations religieuses en France* (3 tomes), collection Droit canonique et droit civil ecclésiastique, Paris, Cerf, 1999, 709 pages ; Joseph LUBELLO YOKA, *Le droit inné à la liberté d'établissement, autodétermination du droit au regard des droits nationaux et du droit international* (Thèse), Institut catholique de Paris, Faculté de Droit canonique, 2004, (dactyl).

¹¹ Jean GAUDEMET, « Laïcité et concordat », in *Revue d'histoire de l'Eglise de France*, tome 87, N°219, juillet-décembre 2001, pp. 377-392 ; Jean-Paul DURAND, « A propos de quelques concordats négociés par Jean-Paul II », in Collectif, *Pour une conscience vive et libre, Dignitatis humanae, une déclaration prophétique de Vatican II*, collection Cahiers de l'Ecole cathédrale, Paris, Parole et silence, 2006, pp. 141-153.

¹² Antonio TRUYOL SERRA, « De la notion traditionnelle du droit des gens à la notion moderne de droit international public. Concepts –clefs d la pensée de Vitoria », in *Le Supplément, revue d'éthique & théologie morale*, n°160, mars 1987,

reconnaissait au pape, comme arbitre et comme défenseur de l'ordre international, la faculté de disposer et d'attribuer la souveraineté des territoires occupés par les infidèles à des princes chrétiens.

A l'occasion de la découverte des territoires d'Amérique par Christophe Colomb sous la protection des souverains catholiques d'Espagne Isabelle de Castille et Ferdinand d'Aragon, la monarchie espagnole demande au pape de lui octroyer la possession de ces terres américaines dans le but aussi de convertir d'autres peuples à l'Évangile. Ainsi par la bulle *Inter Caetera* du 3 mai 1493, le pape Alexandre VI leur concède la possession dans les termes suivants : « en l'exercice de la plénitude du pouvoir apostolique et avec l'autorité de Dieu Tout-Puissant que nous détenons sur la terre et qui fut concédée à Pierre, et comme Vicaire de Jésus-Christ nous vous donnons, concédons et assignons à perpétuité à vous et à vos héritiers et successeurs des royaumes de Castille et Aragon » les terres découvertes par Christophe Colomb et « nous vous faisons seigneurs (...) avec pouvoir, autorité et juridiction » et « nous vous ordonnons en vertu de la sainte obéissance que, faisant toutes les diligences nécessaires, vous destinez à ces terres et îles des hommes probes et craintifs de Dieu pour instruire dans la foi catholique »¹³. Il fallait sans doute que dans ce contexte du XVI^e siècle, la Papauté arbitre entre l'Espagne et le Portugal, spécialement pour le Brésil ; que le Siège apostolique s'appuie sur ces nations pour l'évangélisation aux Amériques. Mais des voix d'évêques missionnaires se sont élevées contre quantité d'abus : que ce soit la voix de Las Casas op¹⁴ ou celle de Domingo de Salazar op.

Cette intervention médiatrice pontificale ne s'est pas exercée en tant que le pape était souverain des États pontificaux avant 1870, ni en tant que le pape est depuis 1929 devenu le Chef de l'État de la Cité du Vatican.

Alors, de quelle institution la médiation en droit international public, en particulier, et tout la responsabilité diplomatique qu'exerce le pape - assisté de la Curie romaine -, procèdent-elles ? Elles procèdent en droit canonique et donc en droit international public de son titre d'évêque de Rome. C'est ce titre d'évêque de Rome qui donne à son titulaire, à son détenteur légitime, d'être le Chef de l'Église catholique et donc d'exercer en tant que titulaire de l'autorité du Saint-Siège, en droit canonique et en droit international public.

Pendant « la question romaine » (1870 à 1929), le Saint-Siège a été assurément gêné par la diplomatie naissante du nouveau Royaume d'Italie. Cependant, cela n'a pas privé le Saint-Siège de ses compétences canoniques, ni de droit international public :

- que ce soit par le maintien du droit de légation actif et passif,
- que ce soit par droit de conclure des concordats,
- et de participer à des conférences internationales - mais pas au Traité de Versailles de 1918-1919,
- que ce soit par une intense activité de présence diplomatique selon les modalités de bons offices, de médiations, d'arbitrages¹⁵.

Pourtant, les conflits conduisant à la perte des États pontificaux avaient aussi contribué à ce que soit très contestée l'image de juge impartial du pape concernant les affaires du monde : il en avait découlé que le pape Pie IX avait proposé en vain sa médiation entre la France et l'Allemagne en 1870.¹⁶

C'est en 1885 que l'Allemagne protestante de Bismarck quitta sa réserve et demanda au pape Léon XIII une médiation internationale entre l'Espagne et l'Allemagne à propos du bien fondé ou non, de la volonté commerçante allemande d'occuper les Carolines pour favoriser ses propres entrepreneurs à l'aide d'un tel havre pour les navires allemands. Les Carolines étant considérées comme étant le cadre d'un meilleur

pp. 84-92 ; Pierre VIAUD, *Une humanité affranchie de Dieu au XIX^e siècle, recherche d'un ordre universel*, préface de René Jean DUPUY, collection *histoire de la morale*, Paris, Cerf, 1994, 284 pages.

¹³ *Amrica pontificia primi saeculi evangelizationis*, 1493-2592, Joseph METZLER (Ed.), Vaticano, 1991, I, pp. 71-75.

¹⁴ Marianne MAHN-LOT, *Las Casas moraliste. Culture et foi*, collection *Histoire de la morale*, Paris, Cerf, 1997, 200 pages ; Ernest J. BURRUS, « Salazar's Report to the third mexican council », in *The americas*, 17, 1960, pp. 65-85.

¹⁵ Jean-Marc TICCHI, *Aux frontières de la paix : bons offices, médiations, arbitrages du Saint-Siège (1878-1922)*, collection de l'École française de Rome, 294, Rome, École française de Rome, 2002, 483 pages. Je renvoie à ce riche ouvrage illustrant à souhait cette dimension médiatrice de la diplomatie vaticane sous les pontificats de Léon XIII, Pie X, Benoît XV.

¹⁶ *ibid.*, p. 64.

réseau de communications postales par bateaux à vapeur allemands avec l'Asie orientale, avec l'Australie et l'Afrique¹⁷.

L'ouverture des archives de la Secrétairerie d'Etat au Vatican a contribué à mieux apprécier l'ampleur des missions de bons offices que le pape Léon XIII a pu accomplir, des missions d'intermédiaire discret pour des négociations secrètes :

- négociations douanières franco-espagnoles de décembre 1893¹⁸,
- bons offices entre la France et le Portugal de février-mars 1894¹⁹,
- projet d'arbitrage sur des affaires de Grèce, en 1897²⁰,
- des questions territoriales et frontalières, un domaine privilégié des médiations pontificales, écrit le chercheur Jean-Marc Ticchi ²¹, comme notamment :
 - o les litiges concernant le Congo entre 1889 et 1891 ;
 - o la médiation entre le Pérou et l'Equateur en 1894 ;
 - o la médiation entre la Grande-Bretagne et le Venezuela en 1894 ;
 - o la demande d'arbitrage d'Haïti et Saint-Domingue de 1895 à 1896 ;
 - o la proposition d'arbitrage entre la France et le Brésil en 1897 ;
 - o l'intervention au cours de la crise hispano-américaine de 1898.
- sous Léon XIII, le Saint-siège est, en outre, un interlocuteur privilégié de la Sublime Porte²²:
 - o La Sublime Porte propose que le Saint-Siège soit médiateur dans des affaires bulgares en 1887 ;
 - o La Sublime Porte demande au Saint-Siège d'intervenir auprès du Gouvernement français en 1895²³.

A la fin du pontificat de Léon XIII, le Saint-siège a accru son image de haute autorité morale. Est diffusée l'idée d'arbitrage pontifical. L'importance grandissante de l'attachement à la paix et l'aggravation des risques de guerre mobilisent des idées de pacifisme, pendant que le Saint-Siège accroît sa réputation de procurer de bons offices au service de la recherche de la paix dans la contribution à la justice.

Les pontificats de Pie X (1903-1914) et de Benoît XV (1914-1922) sont également mieux étudiés grâce à l'ouverture des archives diplomatiques du Saint-Siège.

L'Amérique latine a fait l'objet d'une très grande attention de la part du pape Pie X, pourtant très accaparé par les tenants et aboutissants de la séparation française de 1905 et par le glissement vers la Première guerre mondiale.

A la demande du pape Benoît XV, Mgr Eugenio Pacelli, futur pape Pie XII, a tenté une médiation en janvier 1915 en direction de l'empereur d'Autriche François Joseph. Mgr Pacelli fut reçu par l'empereur d'Autriche le 15 janvier 1915 : l'empereur répondit à Mgr Pacelli qu'il était impossible pour l'Autriche-Hongrie d'entrer dans une voie de concessions territoriales, même pour sauvegarder la neutralité de l'Italie. Et l'Italie réclamait des concessions toujours plus importantes, y compris dans ses propres négociations avec les pays de l'Entente²⁴.

Le pape Benoît XV se trouva face à la guerre qui dévastait l'Europe, qui dévastait la jeunesse américaine, canadienne, qui dévastait les populations des colonies de chaque côté des belligérants. Aussi, Benoît XV a souhaité user des moyens diplomatiques dont il disposait, malgré la non résolution de « *la question romaine* » : il fallait hâter la fin des hostilités.

C'est le 16 janvier 1917 que le pape prit le prétexte de l'anniversaire de l'empereur d'Allemagne Guillaume II pour l'inviter à œuvrer pour la paix. La réponse impériale avait été aimable. Benoît XV a donc souhaité

¹⁷ *ibid.*, p. 61-115.

¹⁸ *ibid.*, p. 119.

¹⁹ *ibid.*, p. 120.

²⁰ *ibid.*, p. 122.

²¹ *ibid.*, p. 127 et s.

²² *ibid.* pp. 186-200.

²³ Jean-Paul DURAND op, « Les accords de Mytilène de 1901 entre le Gouvernement français et la Sublime Porte », in Philippe LEVILLAIN & Jean-Marc Ticchi (Dir.), *Le pontificat de Léon XIII : renaissances du Saint-Siège ?* collection de l'école française de Rome, 368, Rome, Ecole française de Rome, 2006, pp. 185-202.

²⁴ Philippe CHENAUX, *Pie XII, diplomate et pasteur*, collection Histoire-biographie, Paris, Cerf, 2003, p. 95.

engager une action diplomatique nouvelle en faveur de la paix. Le 3 avril 1917, il nomme nonce en Bavière Mgr Eugenio Pacelli. En réalité, Mgr Pacelli était porteur d'un message pour l'empereur Guillaume II. Le 29 juin 1917, Mgr Pacelli était reçu par l'empereur Guillaume II. La réponse officielle allemande ayant tardé, le pape Benoît XV rédige son appel pour la paix du 1^{er} août 1917. Ce texte pontifical comprenait les propositions faites à l'empereur d'Allemagne par le Saint-Siège. Les généraux allemands se croyaient sûrs de la victoire. Tous les belligérants ont écarté cet appel pontifical²⁵.

A la conférence de Versailles de 1918-1919, le Saint-Siège avait dû rester absent. Le cardinal Bourne, archevêque de Westminster, a fait une demande au Saint-Siège dès octobre 1918, pour savoir s'il fallait faire en sorte qu'y soit traité de la question de l'indépendance pontificale, c'est à dire d'évoquer une recherche de solution de « *la question romaine* ». Le cardinal Bourne ajouta : « il semble qu'une occasion aussi favorable ne se représentera jamais à l'avenir » ; « *Je crois que M Balfour, avec la largeur de vue et la grande intelligence qui le distinguent et son attitude si correcte envers le Saint-Siège, serait prêt à abonder dans ce sens.* »

Le cardinal secrétaire d'Etat Mgr Pietro Gasparri a conclu le 3 novembre 1918 la réflexion des cardinaux experts romains réunis pour réfléchir à cette suggestion du cardinal Bourne :

Le Saint-Siège risque d'essuyer un refus, quelles que soient les tentatives que le Saint-Siège pourrait entreprendre ; si une des deux parties est victorieuse, la paix sera des plus odieuses pour les vaincus, et il n'est pas bon que le Saint-Siège appuie de sa signature une telle paix ; s'il y avait un représentant du Saint-Siège à cette conférence de la paix, le Saint-Siège ne pourrait pas, de toutes façons, parler de « *la question romaine* ». L'historienne Nathalie Renoton-Beine cite cet autre propos du cardinal Gasparri : « *Il ne convient pas que le Saint-Siège intervienne à la conférence de la paix, même dans l'hypothèse absurde où il y serait invité* »²⁶.

La diplomatie des pontificats de Pie XI et de Pie XII commence à être mieux examinée du point de vue archivistique.

Le Pape Pie XI (1922-1939), pendant l'entre-deux guerres, avait offert sa vie pour la paix²⁷. Pie XI a su mettre un terme à « *la question romaine* » avec les Accords du Latran de 1929²⁸. Il a beaucoup œuvré à l'échelon du droit concordataire pour conforter la position de l'Eglise catholique en Allemagne²⁹, et pour faire progresser le dossier français des associations dérivées des cultuelles de 1905, à savoir les associations civiles diocésaines, dans le cadre d'un traité longtemps resté en forme simplifiée (1921-2001)³⁰, négocié et conclu par étapes entre 1921 et 1921 : à savoir, le « *modus vivendi* » portant à la fois et en plusieurs étapes sur le rétablissement des relations diplomatiques (1921), sur la prénotification en cas de nomination d'évêques diocésains (1921) et sur les associations civiles diocésaines (1923-1924)³¹.

²⁵ Jean CHELINI & Joël Benoît D'ONORIO (Dir.), *Pie XII et la Cité*, préface du cardinal Opilio ROSSI, Paris & Aix, coéd. Téqui & Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1988, pp. 105 et s. ; Nathalie RENOTON-BEINE, *La colombe et les tranchées. Les tentatives de paix de Benoît XV pendant la Grande Guerre*, collection Histoire, Paris, Cerf, 2004, pp. 241 et s.

²⁶ Nathalie RENOTON-BEINE, *ibidem*, p. 370.

²⁷ Pierre BLETSJ, « Pie XII, la guerre et la paix », in Jean CHELINI & Joël-Benoît D'ONORIO (Dir.), *Pie XII et la Cité*, *op. cit.*, p. 106 ; Peter C. KENT, « A Tale of two popes. Pius XI, Pius XII and the Rome-Berlin Axis », in *Journal of contemporary history*, 23, 1988, pp. 589-608.

²⁸ Mgr IGINO Cardinale, *Le Saint-Siège et la diplomatie*, *op. cit.*, p. 200 et s.

²⁹ Roland MINNERATH, *L'Eglise et les Etats concordataires*, *op. cit.*, p. 34 et s. ; Sylvie LEGRAND (Ed.), *La laïcité en question. Religion, Etat et société en France et en Allemagne du 18^e siècle à nos jours*, introduction de René REMOND, collection Mondes germaniques, Villeneuve d'Ascq, 2008, 323 pages.

³⁰ Voir mention de l'Echange de lettres sur l'interprétation en 2001 du *modus vivendi* de 1921-1924 et précisément de l'échange de lettres de 1923-1924 sur les associations civiles diocésaines, cf. *Bulletin officiel des Affaires étrangères*, N° 84, juillet-septembre 2003 (« Avis relatif à la publication des notes verbales relatives au statut des Œuvres pontificales missionnaires »).

³¹ A propos du *modus vivendi* de 1921-1924, des livres et articles ont déjà été publiés dès les années vingt et jusque vers 1957 avec le *Dictionnaire de droit canonique* dirigé par Raoul NAZ, le traité d'Auguste RIVET, les analyses, notamment de André LATREILLE, de François MEJAN, Paul COULOMBEL, de Louis de NAUROIS, de Mgr Jean KERLEVEO, puis de Jean-Marie MAYEUR, d'André LAVAGNE. Louis de NAUROIS, François MEJAN, Jean KERLEVEO et André LAVAGNE ont poursuivi la recherche autour des années 1957 à 1981. Cf. ensuite : Jean-Paul DURAND, « Le *modus vivendi* et les diocésaines (1921-1924). L'hypothèse d'un accord diplomatique en forme simplifiée », in *L'année canonique*, tome 35, 1992, pp. 199-234 ; du même auteur : « Aux origines d'une jurisprudence non laïciste en France (1910-1920) », in Bernard LUISIN & Stéphane PIERRE-CAPS (Dir.), *Etat, société et pouvoir à l'aube du XXI^e siècle, mélanges en l'honneur de François Borella*, Nancy, Presses universitaires de Nancy, 1999, pp. 183-196 ; et « La création d'une instance de dialogue au plus haut niveau entre l'Eglise catholique et l'Etat français, 13 février 2002 », in *L'année canonique*, tome 46, 2004, pp. 256-257 ; jusqu'à la parution sociographique importante de

Le Pape Pie XII (1939-1939) a dû affronter l'Europe allemande ; des territoires et des populations en cours de nazification. Or, c'est sans pouvoir semble-t-il devenir médiateur. Pie XII a appelé de ses vœux un nouvel ordre international pour remplacer la Société des nations par une autorité suffisamment apte à la recherche et à la garantie de conditions, à la fois, de juste paix , de démocratie ouverte aux valeurs morales et de « *légitime et saine laïcité* »³². Des polémiques subsistent pour savoir comment Pie XII a pu tenter une ou des médiation(s) pour plaider un avenir de dignité et non de néantisation de minorités entières, comme celles des tziganes, celles des juifs, mais aussi celles des handicapés, celles des homosexuels, sans oublier par ailleurs certains prisonniers de guerre et beaucoup de prisonniers politiques.

Le Pape Jean XXIII (1958-1963) invite, en 1959 depuis la Basilique romaine de Saint Paul hors les murs , l'Eglise catholique, invite les Eglises séparées, invite les autres religions et invite tous les Hommes de bonne volonté, à dialoguer et à respecter , au nom de la dignité de créatures filiales adoptives de Dieu, tout individu, toute personne, même si elle ne partage pas ou elle contredit la vérité catholique romaine et contredit les fondements naturels, tel que les condamnations du mensonge de la corruption, du suicide, ainsi que la promotion des droits de l'Homme, pour plus de la justice et de paix.³³

Assurément l'*épistème* a changé et a contribué à assumer autrement les conditions diplomatiques et religieuses de la possible médiation exercée parfois par le Saint-Siège au cœur de conflits entre peuples, nations, Etats :

La prétention juridictionnelle médiévale de la papauté en termes de *plenitudo potestatis*³⁴ avait été abandonnée entre les XIV^e et XVI^e siècles au profit d'une primauté ecclésiale de juridiction, encore rehaussée par une préséance pour la finalité spirituelle sur la finalité temporelle.

La convocation par le pape Jean XXIII du concile général et œcuménique Vatican II (1962-1965)³⁵ a non seulement lancé le thème d'une mise à jour des institutions et des déclarations de canonicité, d'ecclésialité et de civilité, mais aussi cette convocation a lancé le thème de la participation de tous dans le respect de chaque vocation et de chaque conscience.

Le souci de la médiation pontificale possible en faveur de la paix et de la justice perdue sous le pontificat de Jean XXIII. Les historiens auront à établir dans quelle mesure le pape Jean XXIII est intervenu, par exemple, pour proposer ses bons offices au moment de la crise occasionnée par l'arrivée de fusées soviétiques pointées, ou à pointer, depuis Cuba vers les Etats-Unis ; ce qui opposa très sérieusement le Président John F. Kennedy et le Premier Secrétaire S. Kroutchev.

Les pontificats de Paul VI (1963-1978)³⁶, Jean-Paul I^{er} (1978), Jean-Paul II (1978-2005) et le pontificat du pape Benoît XVI depuis 2005, mettent en application le concile Vatican II , avec une vaste mise à jour de différents outils de canonicité³⁷, dont celui du droit canonique lui-même ,tant latin qu'oriental. Des mises

nombreuses archives par le socio-historien Emile POULAT, *Les diocésaines, République française, Eglise catholique ; la loi de 1905 et associations* M. Dominique DE VILLEPIN et du cardinal Secrétaire d'Etat émérite Mgr Angelo SODANO, Paris, La documentation française, 2007, 577 pages ; du même auteur : « Les associations diocésaines, un nouveau cap pour l'Eglise de France », in *Documents épiscopaux*, N°6, 2007, 18 pages ; du même auteur, « Séparation et associations : de l'interdiction des 'cultuelles' (1906) à l'acceptation des 'diocésaines' (1924) », in *Droit et religions*, annuaire, vol. 2, 2006-2007, pp. 15-22.

³² Allocution à la colonie des Marches, à Rome, 23 mars 1958, in *La documentation catholique*, 55, 1958, col. 456.

³³ Bienheureux Jean XXIII, Paul VI et Jean-Paul II, *Paix sur la terre, pacem in terris*, préface du cardinal Roger Etchegaray, collection Documents d'Eglise, Paris, coéd. Bayard, Fleurus-Mame, Cerf, 2003, 256 pages.

³⁴ Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET, « Plenitudo potestatis », in Marie France RENOUX ZAGAME, Ceslas BOURDIN op, Jean-Paul DURAND op (Dir.), *Droit divin de l'Etat, genèse de la modernité politique (dossier)*, *Revue d'éthique et de théologie morale « Le Supplément »*, N°227, décembre 2003, pp. 171-178.

³⁵ *Le concile Vatican II, édition intégrale définitive*, préface de Giuseppe ALBERIGO, Série Le magistère de l'Eglise, Paris, Cerf, 2003, 717 pages ; Yves CONGAR op, in Pierre PAVAN et alii, *La liberté religieuse*, collection Unam sanctam N°60, Paris, Cerf, 1967 ; Dominique GONNET sj, *John Courtney Murray, la liberté religieuse à Vatican II : la contribution de John Courtney Murray*, collection Cogitatio Fidei, Paris, Cerf, 1994, 410 pages.

³⁶ Collectif, *Paul VI et la vie internationale*, Pubblicazioni dell'Istituto Paolo VI, Brescia, Istituto Paolo VI, 1992, 221 pages.

³⁷ Comme les directoires des évêques de 1973 et de 2004 ; comme les directoires œcuméniques de 1967-1970 et 1994, comme les deux éditions du Catéchisme de l'Eglise catholique (1992), comme les nombreux rituels du droit canonique

en jour de concordats³⁸ sont signées dans un esprit conciliaire et parfois pour poursuivre et adapter une tradition concordataire interrompue pendant la période d'occupation soviétique de 1945 à 1989³⁹.

Chaque pontificat au XX^e siècle, en réalité⁴⁰, a été l'occasion de médiations et de bons offices exercés le plus souvent dans la plus grande discrétion, et cela d'autant plus nécessairement qu'après la Deuxième guerre mondiale en 1945 et surtout depuis ce qui contribua à « la chute du mur de Berlin » en 1989, la diplomatie vaticane est très estimée et fort respectée, à commencer par le professionnalisme de sa discrétion.

Les historiens là aussi, ont à établir dans quelle mesure le pape Jean-Paul II a contribué en quelque sorte à la « chute du mur de Berlin » et sans effusion de sang.

A été étudiée la médiation internationale du Saint-siège dans l'affaire du canal de Beagle entre le Chili et l'Argentine.

En réalité, la tension entre ces deux pays concernant la zone australe est ancienne. Cela avait donné lieu déjà à un traité sur ces frontières en 1881. Et en avril 1977, la Reine d'Angleterre avait dû prononcer un jugement arbitral concernant ce litige frontalier. Pourtant en janvier 1978, le Gouvernement argentin fit savoir au Gouvernement chilien sa détermination de déclarer la décision de la Couronne britannique « irrémédiablement nulle ».

Une médiation va être demandée ensuite au Pape Jean-Paul II, ce qui a investi le Saint-Siège d'une mission supplémentaire dans le domaine des médiations internationales.

Le Chili n'avait pas écarté toute possibilité de négocier directement avec l'Argentine. Le Chili a d'abord suggéré un recours devant la Cour internationale de justice. D'ailleurs, un traité intermédiaire en 1972 entre l'Argentine et le Chili avait déjà prévu cette modalité de recours.

Fut aussi envisagée la médiation de la part d'un gouvernement bienveillant choisi à la fois par l'Argentine et par le Chili.

Le 12 décembre 1978, le Gouvernement argentin a donc enfin proposé que ce soit le pape qui reçoive la responsabilité de cette médiation.

L'accord ne se faisant pas, la tension politique s'est aggravée.

Alors, le 21 décembre 1978, les ambassadeurs de chacun des deux pays accrédités auprès du Saint-Siège ont été invités par le cardinal Secrétaire d'Etat du Saint Siège, Mgr Agostino Casaroli.

Le 22 décembre 1978, le pape Jean Paul II regrettait que les deux Etats ne se soient pas encore accordés sur le principe de faire usage de la médiation du Saint-Siège. Il a fallu que le Saint-Siège confie à un cardinal (Mgr Samoré) le soin d'assumer cette préparation d'une médiation. Et peu à peu, le dialogue a pu prendre forme, les parties opposées en divergence et le médiateur s'astreignant à suivre une procédure internationale de médiation, et qu'il convenait d'établir par consensus .⁴¹

CONCLUSION

Dans cet exposé, les expressions de médiation et d'arbitrage sont apparues au cours d'épisodes étudiés de l'histoire de l'Eglise catholique romaine et au cours de l'évolution du droit international. En réalité, ces procédures ne se confondent pas l'une avec l'autre : un arbitrage suppose de constituer un tribunal, soit de droit commun, soit spécial. L'arbitrage se situe donc à l'issue du processus conduisant à condamner ou à innocenter l'accusé, au moyen d'un jugement suffisamment formel et opposable aux tiers.

liturgique et sacramentel, comme les constitutions apostoliques sur la Curie romaine de 1966 et de 1988, etc...

³⁸ Brigitte BASDEVANT-GAUDEMET et Jean-Paul DURAND (Dir.), Quand le Saint-Siège signe des concordats (Dossier), in *Revue d'éthique et de théologie morale « Le Supplément »*, N° 199, décembre 1996, 129 p. ; José T ; Martin DE AGAR (E.) *Raccolta di concordati 1950-1999*, Rome, Libreria editrice vaticana, 2000, 895 pages.

³⁹ Jerzy KLOCZOWSKI & Iwona GORAL (Dir.), *La Pologne religieuse aux XIX^e et XX^e siècles dans le contexte international*, Warsovie & Lublin, IH Pan IES W, 2007, 241 pages.

⁴⁰ Edouard BONNEFOUS, Joël-Benoît D'ONORIO, Jean FOYER (Dir.), *La papauté au XX^e siècle*, Paris, coéd. Cerf-Fondation Singer-Polignac, 1999, 197 pages.

⁴¹ Gilbert APOLLIS, « La médiation internationale du pape Jean Paul II dans l'affaire du canal de Baegle », in Joël – Benoît D'ONORIO, *Le Saint-Siège dans les relations internationales*, collecti Cujas & Cerf, Paris, 1989, 323-361 ; Mgr Gabriel MONTALVO, « Le Saint-Siège, médiateur de paix entre l'Argentine et le Chili », in Joël-Benoît D'ONORIO (Dir.), *La diplomatie de Jean-Paul II*, collection Droit canonique, droit international de la liberté religieuse et de religion, Paris, 2000, Cerf, pp. 203-220.

Un compris peut être décidé par l'arbitre aussi : dans ce cas, ce dernier intime ou supplie les parties en divergence d'y souscrire.

S'agissant de la procédure de médiation, celle-ci est plus souple. La souplesse consensuelle n'a pas à la priver de moyens procéduraux. Une médiation diplomatique requiert de disposer de moyens instrumentaux ; des moyens à définir à partir d'un accord préalable, tant entre les parties opposées, qu'entre le médiateur et les chacune des parties en divergences d'analyse et de qualification de leurs intérêts respectifs.

Les années et siècles se succèdent, les contextes changent : il arrive que des observateurs extérieurs expriment leur perplexité devant telle et telle démarches de prosélytisme de bon aloi, devant telle mise en œuvre du droit canonique missionnaire par les soins de l'Eglise catholique romaine. L'Eglise catholique romaine prend-elle suffisamment la mesure des évolutions opérées au sein des Etats eux-mêmes et dans les organisations internationales ou continentales de gouvernance⁴² ? Ces interlocuteurs du pouvoir politique souverain cherchent pour leur part ; à ajuster proximité ici et là leur distance à l'égard du phénomène religieux.

Un phénomène religieux qui peut, ou non, offrir des chemins procéduraux pour la recherche d'une juste paix en droit international public⁴³.

Est-il possible de parler en termes d'inculturations réciproques, c'est à dire entre le médiateur religieux d'un côté et de l'autre côté les Etats et organisations gouvernementales publiques souveraines en recherche de paix juste ? Le phénomène religieux peut craindre le modernisme qui pourrait dissoudre sa spécificité. Tandis que le phénomène de pouvoir souverain étatique, comme dans le cas du litige pour le canal de Beagle, peut rester très attaché à ses propres attributions et aux seules voies du politique, ce qui n'exclut pas forcément non plus la voie d'une médiation diplomatique, séculière ou philosophique dans ce hypothèse de recherche d'une résolution pacifique des conflits internationaux nationaux ou multilatéraux.

⁴² Jean-Paul DURAND (Dir.), Etat contemporain et liberté religieuse. Quel interlocuteur pour l'église catholique ? (dossier), in *Revue d'éthique & théologie morale « Le Supplément »*, N° 175, décembre 1990, pp. 196 pages ; Patrick VALDRINI, « A propos de la contribution de l'Eglise catholique au développement de la subsidiarité et du fédéralisme en Europe », in *Revue d'éthique et de théologie morale « Le Supplément »*, N° 199, décembre 1996, pp. 147-164 ; Emile POULAT, « La catholicité dont nous venons. De l'Eglise gallicane au catholicisme français », in *Documents épiscopaux*, N° 11, août 2001, 18 pages ; Pontifical council for interreligious dialogue, *Ressources for peace in traditional religions*, Vatican City, 2006, 388 pages ; Commission pontificale Justice et Paix, *Au service de la communauté humaine, une approche éthique de l'endettement international*, présentation du P Philippe LAURENT sj, collection Document d'Eglise, Paris, Cerf, 1997, 95 pages.

⁴³ Jean-Paul DURAND (Dir.), Conflits du monde et paix de Dieu (dossier), in *Le Supplément, Revue d'éthique & théologie morale*, 136 pages.,

DER JAY-VERTRAG (1794) ALS GEBURTSTUNDE
DER MODERNEN INTERNATIONALEN SCHIEDSGERICHTSBARKEIT ?
ZUR ENTSTEHUNG EINES UNDIFFERENZIIERTEN GESCHICHTSBILDES

KARL-HEINZ LINGENS

Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Frankfurt
lingens@mpier.uni-frankfurt.de

I.

Im Sommer 1794 sandte der amerikanische Präsident George Washington mit Zustimmung des Senats den *Chief Justice* John Jay nach London. Er sollte mit Lord Grenville, dem zuständigen britischen *Secretary of State for Foreign Affairs*, über die Beilegung verschiedener Streitfragen verhandeln, die zwischen beiden Ländern seit Beginn des Unabhängigkeitskriegs aufgelaufen waren. Einige Punkte konnten allerdings auch in dem am 19. November 1794 unterzeichneten Abkommen nicht unmittelbar gelöst werden: Art. V des Vertrages delegierte die Entscheidung der Frage, welcher Wasserlauf mit dem im Friedensvertrag von 1783 als *River St Croix* bezeichneten Grenzfluss gemeint war, an beiderseits zu benennende Beauftragte.

One Commissioner shall be named by His Majesty, and one by the President of the United States, by and with the advice of the Senate thereof, and the said two Commissioners shall agree on the choice of a third, and if they cannot agree, They shall each propose one Person, and of the two names so proposed one shall be drawn by Lot, in the presence of the two original Commissioners. And the three Commissioners so appointed shall be Sworn impartially to examine and decide the said question according to such Evidence as shall respectively be laid before Them on the part of the British Government and of the United States.¹

Versammlungsort sollte Halifax oder ein anderer den Beauftragten geeignet erscheinender Ort sein; einen Sekretär, Landvermesser und andere notwendige Personen konnten sie selbst beschäftigen. Als Ergebnis erwarteten die beiden Regierungen eine von den Kommissaren unterzeichnete und gesiegelte *Declaration*, in welcher der Fluss genau beschrieben sowie Quelle und Mündung des Flusses nach Längen- und Breitengrad exakt angegeben waren. Duplikate dieser Erklärung, der Rechnungslegung und der Sitzungsprotokolle sollten den vom britischen König und den Vereinigten Staaten jeweils ernannten und bevollmächtigten Prozessvertretern ausgehändigt werden:

And both parties agree to consider such decision as final and conclusive, so as that the same shall never thereafter be called into question, or made the subject of dispute or difference between them.

Ähnliche Kommissionen, mit fünf Mitgliedern jedoch personell stärker besetzt, wurden durch die Artikel VI und VII desselben Vertrages installiert. In beiden Fällen ging es um eine zwischenstaatliche Regelung kriegsbedingter Beeinträchtigungen, die Private in ihren Rechten durch staatliche Handlungen hatten hinnehmen müssen. So sahen sich britische Untertanen in einigen amerikanischen Staaten an der gerichtlichen Verfolgung von Forderungen gehindert, die sie vor dem Friedensschluss 1783 *bona fide*

¹ The Consolidated Treaty Series (CTS), ed. by CLIVE PARRY, Vol. 52: 1793-1795, Dobbs Ferry, N.Y. 1969, S. 249.

erworben hatten.² Andererseits verlangten amerikanische Bürger von England Schadensersatz wegen illegaler Beschlagnahme ihrer Schiffe und deren Ladungen im 1. Koalitionskrieg Englands gegen Frankreich, während die Briten umgekehrt ihren ehemaligen Kolonien zur Last legten, dass in dem genannten Krieg ihr Eigentum in nordamerikanischem, also neutralem Hoheitsgebiet ergriffen und in die dortigen Häfen verbracht bzw. durch ursprünglich dort bewaffnete Schiffe weggenommen worden sei. Beide Schiedsgerichte konnten die einzelnen ihnen vorgelegten Fälle in der Besetzung je eines von den Vertragspartnern genannten Beauftragten und dem – wie in Art. V durch Einigung oder Los erwählten – Obmann entscheiden; alle *commissioners* mussten einen Eid auf ihre Unparteilichkeit ablegen und nach *justice* und *equity* (Art. 6), im letzteren Fall (Art. 7) auch nach den *laws of nations* entscheiden. Für die Durchführung der angestrebten "full and complete compensation" hatten die Regierungen zu sorgen.

II.

Die im Jay-Vertrag vorgesehenen Verfahren gelten der Völkerrechtsgeschichte als Beginn der modernen Schiedsgerichtsbarkeit:

The development of international arbitration began in Anglo-American international legal relations and on the American continent. Its origin can be traced to the conclusion of the Jay Treaty of 1794 between Great Britain and the United States. This was followed by numerous other similar treaties made by the United States with South American States in particular, characterized by the creation of mixed commissions having arbitral functions. Similar treaties (...) were then concluded between Latin American States after their declarations of independence following the Congress of Panama (1826).

Frühere Erscheinungsformen stellt Hans Jürgen Schlochauer im zitierten Beitrag zur *Encyclopedia of Public International Law*³ zwar nicht in Abrede, relativiert aber deren Bedeutung für die moderne Entwicklung:

The settlement of disputes between city-States, and, at a later date, between other polities, by arbitrators can be shown to have occurred from pre-classical antiquity down to the late Middle Ages, with varying importance at different periods of history. However, this was not the origin of modern international arbitration, nor did the ancient practice have any influence on international arbitration as we know it.

Die Berechtigung dieser Sichtweise hat Cornelis G. Roelofsen in einem 1990 erschienenen kurzen Beitrag zu einem Sammelband zur Geschichte und Zukunft der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit⁴ angezweifelt. Warum, so fragt er unter Verweis auf die einschlägigen Völkerrechtslehrbücher, finden wir in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts bei den professionellen Beobachtern in England und Amerika keinen Hinweis auf diese Bedeutung des Jay-Vertrages? Und warum, so lässt sich ergänzen, wird die angebliche Wiedergeburt der Schiedsgerichtsbarkeit ebenso wenig in Combs Spezialstudie zu diesem Abkommen⁵ thematisiert, die doch auf umfangreichen Archivstudien beruht? Auch Mark Weston Janis, der kürzlich die Darstellung des amerikanischen Beitrags zur Geschichte des Völkerrechts in Angriff genommen hat,⁶ lenkt sein Augenmerk weniger auf die Kommissionen aus dem Vertrag von 1794 als auf

² Der Vertrag spricht von "various lawful Impediments" (CTS 52, S. 249); HANS-JÜRGEN SCHLOCHAUER, Jay-Vertrag von 1794, in: Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 2, Berlin 1961, S. 171 erklärt, dass die Verluste der britischen Staatsangehörigen dadurch verursacht wurden, dass "ihre in den Vereinigten Staaten ansässigen Schuldner nach der Gesetzgebung einiger amerikanischer Einzelstaaten an deren Staatskassen mit befreiender Wirkung leisten konnten".

³ HANS-JÜRGEN SCHLOCHAUER, Arbitration, in: R. BERNHARDT (ed.), EPIL, Vol. 1 (1992), S. 217 f.

⁴ CORNELIS G. ROELOFSEN, "The Jay Treaty and all that"; some remarks on the role of arbitration in European modern history, in: International Arbitration: Past and Prospects, ed. by A.H.A. SOONS, Dordrecht 1990, S. 201-210 (auch abgedruckt in seinen Studies in the History of International Law. Practice and Doctrine in particular with regard to the Law of Naval Warfare in the Low Countries from circa 1450 until the early 17th century, Utrecht 1991, aus denen hier zitiert wird).

⁵ JERALD A. COMBS, The Jay Treaty, Berkeley 1970.

⁶ MARK WESTON JANIS, The American Tradition of International Law. Great Expectations 1789-1914, Oxford, New

den sog. *Alabama*-Fall von 1872, als ein internationales Schiedsgericht über Englands Verantwortung für Schäden entschied, die den Nordamerikanern im Sezessionskrieg durch Südstaatenkreuzer zugefügt wurden, die in englischen Häfen gebaut und dann auf offener See bewaffnet worden waren.

Diesen Fragen im Rahmen einer Veranstaltung über "Les conflits entre peuples. De la résolution libre à la résolution imposée" nachzugehen bietet sich an. Die völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit ist ein Paradebeispiel einer Konfliktlösung, die trotz oder gerade wegen der angestrebten rechtlichen Entscheidung den Beteiligten die größtmögliche Freiheit belässt. Ob sie überhaupt eine Schiedsvereinbarung, ein sogenanntes „Kompromiss“ schließen, steht von der Idee her ebenso in ihrem freien Ermessen wie die Bestimmung des Streitgegenstandes und des anzuwendenden Rechts; sie wählen die Schiedsrichter aus und geben die Verfahrensregeln vor. Selbst nach einer Entscheidung gibt es unter bestimmten Bedingungen noch Einspruchsmöglichkeiten, vor allem aber existiert keine übergeordnete Instanz, die dem Spruch Geltung verschaffen würde. Aber auch der im Konferenzthema erwähnte Gegenpol, die durch Dritte oder die Gemeinschaft erzwungene Streitbeilegung, wird bei der Prüfung, inwieweit die englisch-amerikanischen Kommissionen von 1794 zu Recht als Beginn der modernen Schiedsgerichtsbarkeit eingestuft werden können, eine gewichtigere Rolle spielen als vielleicht erwartet.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass die These eines von der früheren Praxis völlig losgelösten Neubeginns auf einem im späten 19. und beginnenden 20. Jahrhundert sich durchsetzenden veränderten Verständnis der Grundlagen des Völkerrechts beruht, das sich – um es provokant zu formulieren – für diese Theorie die passende Geschichte gesucht hat. Dazu wird zunächst ein Blick auf die Behandlung der Schiedsgerichtsbarkeit in der neuzeitlichen Völkerrechtsliteratur und -praxis bis ins zweite Drittel des 19. Jahrhunderts geworfen (III), um dann den Folgen der – hauptsächlich durch den Genfer Schiedsspruch von 1872 über die sog. *Alabama Claims* zwischen Großbritannien und den USA ausgelöst – Begeisterung für dieses Streitbeilegungsverfahren nachzugehen (IV). Abschließend soll kurz auf neue Perspektiven eingegangen werden (V), die sich für künftige Forschungen aus den zeitbedingten Einseitigkeiten und Defiziten des Meinungsbildungsprozesses zum Beginn bzw. zur Wiedergeburt der Schiedsgerichtsbarkeit ergeben.

III.

Für die naturrechtlich argumentierenden Völkerrechtsautoren der Frühen Neuzeit ist die internationale Schiedsgerichtsbarkeit eine Selbstverständlichkeit, die eigentlich keiner großen Ausführungen bedarf. "Die Form oder Art und Weise von dem Proceß derer Handlungen / welche vor Schied-Männer zu erörtern sind / zeigt die allgemeine gesunde Vernunft genugsam an / wann man nur den Grund und die Art einer jedweden Handlung genau betrachtet. So daß es fast schimpflich wäre / weitläufftig vorzuschreiben / wie die Partheyen ihre *Intention* vorzustellen haben / wie man den *Statum Controversia* formiren / oder das / warum sichs fragt / recht einrichten / wie man erst / nach Erwegung beyder Parthien Gründe / das Urtheil fällen solle." Diese Aussage Pufendorfs aus dem letzten Drittel des 17. Jahrhunderts⁷ mag erklären, warum es außer einer kleinen Schrift von Haldimand von 1739⁸ kaum Spezialliteratur außerhalb der völkerrechtlichen Lehrbücher gibt. Der Historiker darf daraus auf eine gewisse allgemeine Verbreitung dieser Vorstellungen schließen. Was aber die substantiellen Details betrifft, ist er auf Autoren wie Christian Wolff angewiesen, der Mitte des 18. Jahrhunderts selbst in seinen kurzgefassten *Grundsätzen des Natur- und Völkerrechts*⁹ weitschweifig die einzelnen Begriffe definiert. Unklarheiten bleiben jedoch auch hier: Hatte etwa der bei Wolff auftauchende *Arbitrator*, dessen Funktion und Rechte zwischen dem *Arbiter* und einem selbständig Vermittlungsvorschläge unterbreitenden *Mediator* angesiedelt sind, eine praktische Bedeutung oder ist dieses Institut, wie der gelegentlich noch als weiteres

York 2004.

⁷ SAMUEL PUFENDORF, *Acht Bücher vom Natur- und Völkerrecht, Anderer Theil*, mit vielen nützlichen Anmerkungen erläutert und in die Teutsche Sprach übersetzt, Nachdruck der Ausgabe Frankfurt a.M. 1711, Hildesheim u.a. 1998, Buch V, Kap. XIII, § 8, S. 246. Auch die Exekution des Urteils wird als allen geläufig dargestellt: "Es ist hier nicht nötig viel von Vollziehung des gefällten Spruchs zu sagen", ebd. § X, S. 251.

⁸ A.G.S. HALDIMAND, *Diss. de modo componendi controversias inter aequales et potissimum de arbitris compromissariis*, Leiden 1739.

⁹ CHRISTIAN WOLFF, *Grundsätze des Natur- und Völkerrechts*, Nachdruck der Ausgabe Halle 1754, Hildesheim 1980, § 770 ff., S. 561 ff.

Mittel völkerrechtlicher Streitentscheidung erwähnte Zweikampf, lediglich Teil einer literarischen Tradition? Eine solche Tradition könnte beispielsweise bewirkt haben, dass die wenigen allgemeinen Bemerkungen, mit denen Gérard de Rayneval 1803 in seinen *Institutions du droit de la nature et des gens* über *Des Arbitres*¹⁰ hinweggeht, ohne jede Kenntnis des inzwischen angeblich erfolgten Neubeginns der "modernen" Schiedsgerichtsbarkeit niedergeschrieben worden sind. Allerdings nahmen auch die Naturrechtler längerfristige Änderungen in der Praxis durchaus wahr: 1790, kurz vor dem Jay-Vertrag, zählte Gottlieb Hufeland Schiedsrichter neben Vorstellungen, Vergleichen, Retorsion, Repressalien und Selbsthilfe zu den friedlichen streitbeendenden Mitteln des allgemeinen Völkerrechts, die versucht werden müssen, bevor man zum Krieg schreitet, während er "Duelle u.d.gl. ... älteren Zeiten" zurechnete.¹¹

Genauere Aufklärung über aktuelle rechtliche Entwicklungen als die auf die menschliche Vernunft sich berufende Richtung der Völkerrechtswissenschaften verspricht in unserem Zusammenhang deren Mitte des 18. Jahrhunderts aufkommender praktischer Zweig. "Ich erinnere hiebey nochmahls, ... daß ich kein raisonnirtes Völcker-Recht schreibe, welches sich ein jeder Gelehrter nach seinen Begriffen und Leidenschafften selbst zu bilden pfelet, wie er will, oder wie er es am besten zu treffen vermeinet, sondern ein Völcker-Recht, wie es unter den Europäischen Souverainen und Nationen üblich ist", begründet Johann Jakob Moser 1750 sein Vorhaben.¹² Er versteht sich ausdrücklich als "Beschreiber dessen, wie die Europäische Souverainen und Nationen mit einander umgehen und eben deßwegen, weil es unter ihnen so hergebracht ist, es für Recht halten und angeben". Aufgrund dieses konsequent praxisbezogenen Ansatzes ist Moser für die Frage, ob ab 1794 von einer modernen, von früheren Praktiken unbeeinflussten Schiedsgerichtsbarkeit gesprochen werden kann, von großer Bedeutung: Einerseits wirkt die bewusste Ausschaltung naturrechtlicher Überlegungen der Gefahr entgegen, bloß literarische Traditionen weiterzuführen; andererseits lässt die Beschränkung auf Verträge und Herkommen als Quellen des Völkerrechts eine höhere Sensibilität für sich abzeichnende Rechtsänderungen erwarten. In der Tat unterscheidet Moser zwischen älterem und dem Völkerrecht "ohngefähr seit denen Zeiten der Westphälischen Friedens-Tractaten [...], als seit welcher Zeit Europa in vilen hieher einschlagenden Materien eine ganz andere Art zu denken und zu handeln angenommen hat".¹³ Die uns interessierende Unterwerfung einer Streitigkeit unter den Ausspruch einer dritten unparteiischen Macht gehört für Moser – "ein sehr rarer Fall; doch gibt es einige dergleichen Exempel"¹⁴ – ebenso zu diesem rechtlich erheblichen Herkommen wie die Variante, "daß man beyderseits jemand von seinen eigenen Rätthen ernennet, sie quoad hunc actum ihrer Pflichten erlässet und ihnen dann die Untersuch- und Entscheidung der Sach übergibt".¹⁵

Anders als Grotius, der seine *ratio scripta* vorwiegend mit Beispielen aus der Antike zu belegen sucht, stützt sich Moser auf die zeitgenössischen Exempel. Bei der Schiedsgerichtsbarkeit greift er auf drei Fälle aus dem 17. Jahrhundert zurück, möchte seine Auswahl aber generell nicht als präjudiziell verstanden wissen: Zum einen habe bei der Abfassung der Schrift die Zeit gedrängt, zum anderen müsse auch dem mündlichen Vortrag in seiner Staats- und Kanzlei-Akademie noch etwas vorbehalten bleiben.¹⁶ Aber auch die naturrechtlich orientierten Völkerrechtler zitieren nun die zeitgenössische Praxis: Adam Friedrich Glafey etwa 1732 den in der Sammlung von Dumont veröffentlichten Schiedsspruch der Herzöge von Sachsen-Gotha und Braunschweig-Lüneburg in den Streitigkeiten zwischen den Königen von Preußen und Großbritannien (Hannover) vom April 1730,¹⁷ Emer de Vattel die weise und freiheitssichernde Voraussicht der Schweizer, in den Verträgen untereinander und mit ihren Nachbarn von vornherein die

¹⁰ Ausgabe Paris 1803, Livre III, Chap. XXII, S. 286 f.

¹¹ GOTTLIEB HUFELAND, *Lehrsätze des Naturrechts und der damit verbundenen Wissenschaften*, Jena 1790, Dritter Teil: Allgemeines Völkerrecht, § 499, S. 235.

¹² JOHANN JACOB MOSER, *Grund-Sätze des jetzt-üblichen Europäischen Völcker-Rechts in Friedens-Zeiten*, auch anderer unter denen Europäischen Souverainen und Nationen zu solcher Zeit fürkommender willkührlicher Handlungen, Hanau 1750, Vorrede S. 3r.

¹³ MOSER, *Grund-Sätze* (Fn. 12), Vorrede S. 3r.

¹⁴ MOSER, *Grund-Sätze* (Fn. 12), 12. Buch, 2. Cap., § 5, S. 581.

¹⁵ MOSER, *Grund-Sätze* (Fn. 12), 12. Buch, 2. Cap., § 17, S. 583.

¹⁶ MOSER, *Grund-Sätze* (Fn. 12), S. 3v.

¹⁷ ADAM FRIEDRICH GLAFEY, *Recht der Vernunft*, Frankfurt, Leipzig 1732, 6. Buch: Vom Völkerrechte, 1. Capitel, § 9, S. 4.

Art festzulegen, wie ihre Streitigkeiten im Falle des Scheiterns gütlicher Verhandlungen Schiedsrichtern unterworfen werden sollten.¹⁸

Völkerrechtliche Regeln durch Beispiele besonders aus der neueren Geschichte zu erläutern wurde Ende des 18. Jahrhunderts wegen des praktischen Nutzens für Souveräne und Staatsmänner immer mehr zum Qualitätsausweis. Von Ompteda vermisst dies 1785 gerade bei Vattel, lobt dagegen Gaspard de Reals Werk *La Science du gouvernement*.¹⁹ In diesem 1761-1764 erschienenen achtteiligen Werk findet die Schiedsgerichtsbarkeit aber nur beiläufig und als Institut des Naturrechts Erwähnung.²⁰ Eine Erklärung liegt möglicherweise darin, dass seit dem erwähnten Schiedsspruch von 1730 keine Kompromisse mehr bekannt geworden waren.²¹ Jakob Friedrich von Bielfeld bringt 1761 wohl die gängige Auffassung seiner Zeit zum Ausdruck, wenn er eine Diskrepanz zwischen rechtlicher Zulässigkeit und praktischer Anwendung feststellt: "Il est rare, de nos jours, que deux puissances Souveraines se soumettent à l'autorité d'un arbitre absolu."²² Dies änderte sich auch nicht bis 1789, als Georg Friedrich von Martens sich in seinem *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage* auf die ganz knappe Bemerkung beschränkte, Dritte könnten auch als gewählte Schiedsrichter zur Beilegung von Staatenstreitigkeiten tätig werden.²³ Erst 1821, in der dritten Auflage des Werkes, nimmt er rückblickend etwas ausführlicher Stellung: Eine dritte Macht kann von den Verhandlungsparteien gewählt werden

en qualité de juge compromissaire pour prononcer une sentence, puisée dans les principes de droit, et obligatoire pour les deux parties. Cette dernière voye, très usitée dans tout le cours du moyen age, n'a pas été entièrement abandonnée jusqu'à ce jour, mais les exemples d'arbitrages offerts et acceptés sont devenus rares de plus en plus, par l'expérience des inconveniens qui semblent être presque inséparables de ce moyen, ordinairement insuffisant, surtout par le défaut d'un pouvoir exécutif.

Das Urteil von Martens, aufgrund seiner großen Vertragssammlungen einer der besten Kenner der jüngeren Praxis, hat besonderes Gewicht. Die Behauptung einer trotz ständigen Rückgangs andauernden Einschaltung von Unparteiischen belegt er neben einer Literaturangabe mit dem Hinweis auf vier Schiedssprüche im Gefolge des Wiener Kongresses.²⁴ Den Jay-Vertrag, obwohl er ihn schon in einer Publikation von 1801 behandelt hatte,²⁵ erwähnt er in diesem Zusammenhang ebenso wenig wie zwei ihm gleichfalls bekannte Verträge Frankreichs mit Reichsfürsten von 1792, die den beiderseits zu benennenden

¹⁸ EMER DE VATTEL, *Le droit des gens ou Principes de la loi naturelle, appliqués à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains*, Nachdruck der Ausgabe 1758, Geneva 1983, Livre II, Chap. XVIII, § 329, S. 521: "L'Arbitrage est un moyen très-raisonnable & très-conforme à la Loi Naturelle, pour terminer tout différend qui n'intéresse pas directement le salut de la nation"; aus Friedensliebe würden die Souveräne "quelquefois" die Entscheidung ihrer Streitigkeiten gemeinsam erwählten Schiedsrichtern überlassen.

¹⁹ DIETRICH HEINRICH LUDWIG VON OMPTEDA, *Literatur des gesamten natürlichen und positiven Völkerrechts*, Nachdruck der Ausgabe Regensburg 1785, Aalen 1963, S. 346.

²⁰ GASPARD DE REAL DE CURBAN, *La science du gouvernement, tome cinquième, contenant le droit des gens*, Paris 1764, Chap. III, Des Traités, Section VIII ("Des Arbitres, Médiateurs, Pacificateurs, Interpositeurs, Conservateurs, Garants, Otages, & Cautions des Traités"), S. 656: "De même que, pour terminer amiablement leurs procès, les particuliers ont souvent des Juges de leur choix, les Souverains s'en rapportent aussi quelquefois à d'autres Souverains pour terminer leurs différends avec autorité. C'est ce qu'on appelle prendre des Arbitres."

²¹ Siehe die Liste der Schiedsfälle bei KARL-HEINZ LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Ius Publicum Europaeum*, 1648–1794, Berlin 1988, S. 168-173.

²² [JAKOB FRIEDRICH VON] BIELFELD, *Institutions politiques*, T. II, Leiden 1767, S. 289 f. Die Gründe sieht er in einer allgemeinen Zurückhaltung gegenüber der Einschaltung Dritter ("On a même de la repugnance à faire choix de médiateurs"), aber auch in der Tücke der Aufgabe: "C'est d'ailleurs une charge bien difficile à soutenir lorsqu'on veut contenter les deux partis."

²³ [GEORGE FREDERIC DE] MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, Göttingen 1789, § 149, S. 222. Bei der Behandlung des Friedensschlusses weist Martens am Ende einer Anmerkung noch darauf hin, dass man den *médiateur* nicht mit einem *arbitre* verwechseln dürfe, S. 402.

²⁴ GEORGE FREDERIC DE MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe fondé sur les traités et l'usage*, troisième édition revue et augmentée, Göttingen 1821, S. 317 f. An der Korrektheit der Einordnung dieser Schiedsfälle hat er offenbar Zweifel: "On peut en certain sens encore ranger dans cette catégorie les décisions arbitrales ..."

²⁵ GEORG FRIEDRICH VON MARTENS, *Cours diplomatique ou Tableau des relations extérieurs des puissances de l'Europe*, t. 3, Berlin 1801, S. 229 und 301.

Experten zur Festsetzung von Entschädigungen die Möglichkeit einräumten "de convenir entr'eux d'un tiers, au cas qu'ils se trouvaissent partagés d'opinion".²⁶ Offenbar nahm er diese Schiedsabreden lediglich als nicht besonders erwähnenswerte Anwendungen eines Streiterledigungsverfahrens wahr, das wegen der bekannten inhärenten Mängel in der Praxis zu Recht wenig zum Einsatz kam.

Auch bei Martens' Kollegen findet sich Anfang des 19. Jahrhunderts keine Spur einer neuen Epoche der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. 1809 hatte Friedrich Saalfeld festgestellt: "Die ehemalige Sitte [...] einen dritten Staat zum Schiedsrichter zu erwählen und sich seinem Ausspruche zu unterwerfen, ist in den neuern Zeiten nicht mehr geübt worden. Freilich blieb auch der Erfolg dieses Mittels beständig sehr ungewiß."²⁷ Insbesondere die mangelnde Befolgung und Durchsetzbarkeit der Schiedssprüche,²⁸ ja die Gefahr, dass "oft der Schiedsrichter selbst in die Händel mit verwickelt worden, die er schlichten sollte", werden von den Völkerrechtsschriftstellern als Grund für diesen Rückgang ausgemacht. Julius Schmelzing, von dem der zitierte Hinweis stammt, fügt jedoch eine interessante Bemerkung über konkurrierende informelle Verfahren auf der politischen Ebene unmittelbar an:

Höchst bemerkenswerth ist gegenwärtig der Einfluß der 5 großen Mächte (nemlich Rußland, Großbritannien, Österreich, Frankreich und Preußen) auf die Ausgleichung der zwischen einzelnen Mächten in und außerhalb Europa entstehenden Zwistigkeiten; so wie insbesondere die bei der Deutschen Bundesversammlung angeordnete Austrägal-Instanz, deren Erkenntniß für die streitenden Theile verbindlich ist.²⁹

Von möglichen Schiedsgerichten war der gleichen Quelle zufolge auch in den Zeitungen zu lesen: Die Könige von Spanien und Portugal hätten 1820 Ludwig XVIII. zum Schiedsrichter ihrer Streitigkeiten gewählt, während ein Vorschlag des Hofes in Madrid, seine Streitigkeiten mit den Vereinigten Nordamerikanischen Staaten dem Ausspruch der Heiligen Allianz der Europäischen Mächte zu unterwerfen, 1818 beim amerikanischen Kongress auf wenig Zuneigung gestoßen sei – eine Einstellung, die kurz darauf in der Monroe-Doktrin ihren Niederschlag fand.

Ein besonderes Gespür für neue Entwicklungen im praktischen Völkerrecht erwartet man wie bei Martens auch vom Herausgeber der Akten des Wiener Kongresses, Johann Ludwig Klüber. Dieses wird allerdings enttäuscht. Selbst die französische Ausgabe seines – 1819 zuerst auf Deutsch erschienenen – Europäischen Völkerrechts von 1831 enthält keinen Hinweis auf die inzwischen wieder zahlreicheren Schiedsfälle, nicht einmal die schon von Martens zitierten Verfahren im Gefolge des Wiener Kongresses finden Erwähnung. Klüber schließt sich der gängigen Meinung an, dieses Mittel sei seit einigen Jahrhunderten fast gänzlich vernachlässigt worden. Seine Kritik deutet allerdings schon an, an welchem Punkt die Argumentation am Ende des Jahrhunderts so erfolgreich ansetzen sollte: "A en jurer par les manifestes et les proclamations, jamais souverain n'a fait la guerre que malgré lui, et après avoir tout fait et essayé pour l'éviter. Pourquoi donc n'en revient-on jamais aux arbitres?"³⁰ Die revidierten Auflagen dieses einflussreichen Lehrbuchs um die Jahrhundertmitte leiten daraus die resignierende Feststellung ab, der Krieg sei infolgedessen fast das einzige Mittel, Rechte gegen Verletzung aufrecht zu erhalten; die mögliche Alternative Schiedsgericht wird aber zumindest durch einige Beispiele seit dem 17. Jahrhundert historisch

²⁶ Beide Verträge vom 29.4.1792 in Consolidated Treaty Series, ed. CLIVE PARRY, Vol. 51: 1790-1793, Dobbs Ferry, N.Y. 1969, S. 327 (Loewenstein-Wertheim) und S. 331 (Salm-Salm). Nicht klar ist, ob sich A. MÉRIGNHAC, *Traité théorique et pratique de l'arbitrage international. Le rôle du droit dans le fonctionnement actuel de l'institution et dans ses destinées futures*, Paris 1895, S. 38, auf diese Übereinkommen bezog, als er zu den Schiedsgerichten schrieb: "Ils diminuèrent dans le courant des XIVe et XVe siècles, et l'on peut affirmer qu'à partir du XVIe siècle ils disparurent à peu près de la pratique internationale jusqu'à la révolution française."

²⁷ FR. SAALFELD, *Grundriß eines Systems des europäischen Völkerrechts. Zum Gebrauche akademischer Vorlesungen*, Göttingen 1809, S. 76.

²⁸ [Theodor von] SCHMALZ, *Das europäische Völker-Recht in acht Büchern*, Berlin 1817, S. 212 f. sieht dieses Problem auch bei einem möglichen "Völker-Tribunale".

²⁹ JULIUS SCHMELZING, *Systematischer Grundriß des praktischen Europäischen Völker-Rechtes. Für akademische Vorlesungen und zum Selbst-Studium entworfen*, Rudolstadt 1818-1820, III, S. 101 f.; diese Auffassung geht offenbar auf einen englischen Zeitungsbericht von 1817 zurück, den er in Band I, S. 12, Anm. 5 zitiert.

³⁰ JEAN-LOUIS KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, II, Paris 1831, Chap. III, § 318, S. 149 ff.

unterfüttert.³¹ Etwas anders reagierte Karl Welcker 1843 auf den auch von ihm noch konstatierten Rückgang schiedsgerichtlicher Entscheidungen "in neueren Zeiten":

Nun ist es aber doch unnatürlich, daß gerade mit der wachsenden Cultur und Humanität weniger als früher für Achtung des Rechts und für friedliche rechtliche Ausgleichung der Streitigkeiten gesorgt sein soll.³²

Angesichts dieser leicht nostalgischen Klagen wirkt es überraschend, wenn August Wilhelm Heffter, vom eigenen Anspruch und seiner Bedeutung für das Völkerrecht in einer Linie mit Martens und Klüber, in der Beurteilung der jüngeren Geschichte der Schiedsgerichtsbarkeit von seinen Vorbildern abweicht und schlicht feststellt: "Zu allen Zeiten ist der schiedsrichterliche Weg in verschiedenen Formen benutzt worden."³³ Mangelndes Geschichtsbewusstsein ist Heffter, der mit einer Arbeit über *Die athenäische Gerichtsverfassung* bekannt wurde, sicher nicht zu unterstellen. Da er in seinem Werk jedoch die "ewig wahren Principien" konstatieren wollte, waren ihm knappe und präzise juristische Ausführungen offenbar wichtiger als die Darstellung eines historischen Auf und Ab. Von der ersten Auflage 1844 bis zur sechsten 1873, der letzten von ihm verantworteten Ausgabe, ist der zweiseitige Text über das "Compromiß" nicht geändert worden; lediglich die Anmerkungen wurden minimal ergänzt. Immerhin findet sich in dem abschließenden kurzen Abschnitt zur Geschichte der Hinweis auf Gerichte und Schiedsgerichte von Bundesstaaten und Staatenvereinen, eine Verbindung, die auch Saalfeld in seiner zweiten Auflage von 1833 hergestellt und die für das 19. Jahrhundert praktische Bedeutung hatte.

Dass Heffter trotz der Kontinuität in Dar- und Vorstellung die Entwicklung genau beobachtete, belegt die 1867 in die fünfte Auflage aufgenommene kurze Anmerkung zur Kapitelüberschrift Compromiß: "Warm empfohlen von Fr. Lieber, in der New-York Times, Sept. 22, 1865."³⁴ Und 1873 sind es die neuesten Entwicklungen der Schiedsgerichtsbarkeit, die ihm die Gelegenheit verschaffen, im Vorwort seines Werkes die theoretischen Grundlagen seiner Lehre auf den Punkt zu bringen:

Von welch' umfassender Bedeutung sind die Verhandlungen der Alabamafrage, vornehmlich die des Genfer Schiedsgerichts selbst! Indes nicht jede, wenn auch noch so großartige Thatsache ist ein völkerrechtliches Princip; wissenschaftliche und practische Bestrebungen aber vermögen nur die jetzt schon unabweisbaren Principien klarzustellen oder die Annahme neuer Principien vorzubereiten.

"Dem Völkerrecht der Zukunft", fährt Heffter mit klarem Blick für den Umbruch fort, "hat sich die edle Thätigkeit der Männer des Friedens mit ihren Bemühungen um eine schiedsgerichtliche Institution für internationale Streitigkeiten, ja um eine Codification des völkerrechtlichen Stoffes zugewendet." Er konstatiert "ein reges Bemühen um sichere Grundlagen der allgemeinen und besonderen internationalen Praxis in fast allen bedeutenden Nationen" und zollt insbesondere dem "Werk des Herrn Charles Calvo, le droit international théorique et pratique ... wegen seines reichen Inhaltes" eine "vorzügliche Anerkennung".³⁵

IV.

Carlos Calvo, 1824 in Buenos Aires geboren und einer der Gründer des *Institut de droit international*, hatte die Schiedsverfahren noch in seinem 1868 in Paris erschienenen spanischen Völkerrechtslehrbuch

³¹ JEAN-LOUIS KLÜBER, *Droit des gens moderne de l'Europe*, nouvelle édition revue, annotée et complétée par M. A. Ott, Paris 1861, Chap. III, § 318, S. 405 ff. Dort heisst es zur Praxis unter anderem: "Lorsque les grandes puissances constituent un tribunal arbitral, ce n'est ordinairement que pour les objets d'intérêt secondaire".

³² KARL WELCKER, s.v. Schiedsgerichte, in: *Das Staats-Lexikon*, dritte Auflage, Bd. 13, Leipzig 1865, S. 109-126, Zitat S. 110.

³³ AUGUST WILHELM HEFFTER, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin 1844, S. 186.

³⁴ AUGUST WILHELM HEFFTER, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 5. Aufl. Berlin 1867, S. 198.

³⁵ AUGUST WILHELM HEFFTER, *Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen*, 6. Aufl. Berlin 1873, Vorwort S. III f.

auf zwei Seiten abgehandelt.³⁶ 1880, in der dritten französischen Auflage, ist die Darstellung auf fünfzig Seiten angeschwollen, deren lange historische Einleitung mit der Betonung einer überzeitlichen Bedeutung der Schiedsgerichte beginnt:

Ce mode de régler les litiges remonte à l'origine même des peuples; mais l'arbitrage est bientôt sorti du terrain de la société civil pour exercer une action salutaire sur les relations internationales, et il a passé par toutes les époques de l'histoire sans rien perdre de son importance et de son efficacité.

Für Altertum und Mittelalter – "Au moyen âge les exemples d'arbitrage sont nombreux" – zitiert Calvo mehrere Beispiele, um dann unter der Rubrik "L'arbitrage dans les temps modernes" fortzufahren:

Pendant le XVI^e, le XVII^e et le XVIII^e siècle, période de guerres presque continuelles, les arbitrages sont rares; mais ils deviennent relativement fréquents dans le siècle où nous vivons et à mesure que nous approchons davantage de notre temps. Nous allons citer ceux qui nous paraissent les plus propres à faire apprécier la nature, la portée et l'utilité de ce mode de vider les démêlés internationaux et à mettre en relief la manière de procéder la plus généralement en usage.³⁷

Anders als 1868, als Calvo nur den Grenzstreit zwischen England und den USA von 1827 mit dem letztlich erfolglosen Kompromiss auf den König der Niederlande erwähnt hatte, tauchen 1880 nun auch die drei Schiedskommissionen des Jay-Vertrags von 1794 auf, ohne dass allerdings eine besondere Hervorhebung zu erkennen ist.

Calvos umfangreicher Abschnitt über die Schiedsgerichtsbarkeit gibt im Aufbau schon das Raster vor, das in den folgenden Jahren die Beschäftigung mit der Schiedsgerichtsbarkeit strukturierte und im Titel des *Concours*, den die Pariser *Académie des sciences morales* für das Jahr 1892 ausschrieb, prägnant zum Ausdruck gebracht wird: *L'arbitrage international, son passé, son présent, son avenir*. Die Gegenwart – das war, um aus der Gliederung der Arbeit des Preisträgers dieses Wettbewerbs, Michel Revon, zu zitieren,³⁸ zunächst "*Le mouvement général en faveur de l'arbitrage*": die großen Pazifisten, die Friedensgesellschaften in den verschiedenen Ländern, die Gelehrtenvereinigungen wie das 1873 gegründete *Institut de droit international* mit seinem 1875 verabschiedeten *Projet de règlement pour la procédure arbitrale internationale*, die dem Friedensgedanken nicht mehr ganz abgeneigte Presse, die zahlreichen Anträge und Petitionen zugunsten der Schiedsgerichtsbarkeit in den nationalen Parlamenten und die Projekte eines "*aréopage international*". Die Gegenwart war weiterhin "*Le progrès du droit vers l'arbitrage*" in Gestalt der Prisengerichte und der *Tribunaux mixtes*, es waren die Gemischten Kommissionen, die Kongresse und Mediationen sowie die Verträge für permanente Schiedsgerichte. Und last not least "*Les arbitrages du XIX^e siècle*" selbst, mit dem Genfer Verfahren in der *Alabama-Frage* als bisherigem Höhe- und Glanzpunkt: Zwei große Mächte, England und die Vereinigten Staaten von Amerika, hatten in beispielhafter Weise eine essentielle Streitfrage einem Schiedsgericht aus eminenten Juristen unterbreitet, in dem die drei von der Schweiz, Italien und Brasilien benannten Mitglieder gegenüber den beiden von den Streitparteien nominierten die Mehrheit hatten. Essentiell war dieses Kompromiss, das selbst einige Pflichten der Neutralen im Krieg festlegte, vor allem deshalb, weil englischerseits zunächst ein Schiedsverfahren mit dem Argument abgelehnt worden war, es handle sich um eine die Souveränität und die nationale Ehre betreffende Frage. Dass die englische Regierung die – aufgrund der im Vertrag verankerten Vorgaben absehbare – Verurteilung zu 15,5 Mill. Golddollar akzeptierte, hat der Schiedsbewegung einen enormen Auftrieb verschafft.

L'avenir, die Zukunft der Schiedsgerichtsbarkeit, erschien daher golden, Revon erwartete den "triomphe final": "Il [l'arbitrage] fait plus de progrès en un an qu'il n'en faisait autrefois en un siècle."³⁹ Aber es gab auch Skeptiker, beispielsweise Friedrich Heinrich Geffcken, der 1881 die 7. Auflage des Heffterschen Völkerrechts besorgte. Er kritisierte das vom Kompromiss nicht gedeckte Verhalten der

³⁶ CÁRLOS CALVO, *Derecho internacional teórico y practico de Europa y América*, I, Paris 1868, § 319, S. 411-413.

³⁷ CHARLES CALVO, *Le droit international théorique et pratique*, 3e édition complétée, Paris 1880, § 1488, S. 548 f.

³⁸ MICHEL REVON, *L'arbitrage international. Son passé – son présent – son avenir*, Paris 1892.

³⁹ REVON, *L'arbitrage international* (Fn. 38), S. 341.

Genfer Schiedsrichter bei der Auslegung ihrer Befugnisse, sah in dem Fall nur ein völlig ungewöhnliches Nachgeben Englands und prophezeite:

Die großen Hoffnungen, welche darauf gesetzt werden, daß durch Schiedsgerichte künftig Kriege vermieden werden sollen, erscheinen sehr chimärisch, Fragen, welche Machtstellung und Ehre betreffen, wird nicht leicht ein Staat einem Schiedsspruch unterstellen, ein solcher ist nur anwendbar, wenn die widerstreitenden Ansprüche juristisch formuliert werden können und diese Fälle sind die bei weitem weniger zahlreichen und wichtigen. Nach den Projecten eines allgemeinen internationalen Schiedsgerichtes wird nichts kommen.⁴⁰

Auch Calvo waren solche Vorstellungen nicht fremd, hatte er doch kurz vorher selbst vorsorglich gewarnt:

Il ne faut pas se faire illusion: cette édification est encore loin de se réaliser; elle ne saurait être la tache d'un jour; elle est hérissée de difficultés qui nécessairement en retardent l'achèvement. Ne répugnera-t-il pas, par exemple, à certaines nations de prendre des engagements qui les lient non seulement pour le temps présent, mais encore pour l'avenir, et dans lesquels elles verraient une atteinte à leur liberté d'action, à leur indépendance?⁴¹

Um diese Zweifler zu überzeugen, brauchte man die erste, die rückblickende Dimension des Programms: Die Männer des Völkerrechts der Zukunft begannen ihr Werk mit der Aufarbeitung der Vergangenheit. Dabei galt es zunächst, den Staaten und den zukünftigen Schiedsrichtern das notwendige Material an die Hand zu geben, um weitere Schiedsabreden und -verfahren zu erleichtern.⁴² Dazu dienten die Sammlungen der jüngsten Praxis, deren erste, John Bassett Moores 1898 publizierte *History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party*⁴³ leicht nachvollziehbar mit dem Jay-Vertrag beginnen musste. Aber auch Henri Lafontaine wählte 1902 für seine breit angelegte *Pasicrisie internationale* diesen Ausgangspunkt, ohne jedoch eine nähere Begründung zu geben. Vielmehr spricht er ganz neutral von den 175 Schiedsfällen "au cours du siècle dernier" und hebt die konstante Progression besonders ab 1820 hervor, mit einer jeweiligen Verdoppelung der Fälle alle 20 Jahre.⁴⁴

Über den unmittelbar praktischen Zweck hinaus diente die Geschichte jedoch noch einem weiteren, allgemeineren Ziel: als Richtungsbestimmung und als Garant der Zukunft. Revon:

L'histoire de l'arbitrage, depuis son premier germe dans les temps antiques jusqu'à sa magnifique floraison contemporaine, indique assez que l'avenir est à lui. Son passé, son présent annoncent sa grandeur future.⁴⁵

Allerdings standen die Protagonisten der Schiedsbewegung vor einem Dilemma: Die wichtige Kontinuität war nun gerade in der Frühen Neuzeit, als die Grundlagen für die bestehende internationale Ordnung geschaffen wurden, eher dünn, die Exempel erschienen im Vergleich zum Mittelalter rar. Der Ausweg bestand darin, die Altehrwürdigkeit und generelle Bewährtheit zu betonen und über die problematischen Zeiten schnell hinweg zu formulieren – Calvos beiläufiger Hinweis auf die "période de guerres presque continues" ist ein schönes Beispiel. Einen Neuanfang 1794 zu definieren, der ja gleichzeitig die Aufmerksamkeit auf einen Bruch in der Entwicklung gelenkt hätte, wäre für die Verfechter des Schiedswesens kontraproduktiv gewesen; die vorsichtige Formulierung in Lafontaines *Histoire*

⁴⁰ AUGUST WILHELM HEFFTER, Das Europäische Völkerrecht der Gegenwart auf den bisherigen Grundlagen, 7. Aufl., bearbeitet von F. HEINRICH GEFFCKEN, Berlin 1881, S. 228, Anm. 3.

⁴¹ CALVO, Le droit international (Fn. 37), S. 593.

⁴² HENRI LAFONTAINE, Pasicrisie internationale 1794-1900. Histoire documentaire des arbitrages internationaux, Bern 1902, Nachdruck Den Haag, Boston, London 1997, S. XI.

⁴³ JOHN BASSETT MOORE, History and digest of the international arbitrations to which the United States has been a party: together with appendices containing the treaties relating to such arbitrations, and historical and legal notes on other international arbitrations ancient and modern, and on the domestic commissions of the United States for the adjustment of international claims, 6 Bände, Washington 1898.

⁴⁴ LAFONTAINE, Pasicrisie internationale (Fn. 42), S. XII.

⁴⁵ REVON, L'arbitrage international (Fn. 38), S. 341.

documentaires des arbitrages internationaux – so der Untertitel des Werks – kommt also nicht von ungefähr. Wenn es galt, Wesen, Reichweite und Nützlichkeit der Schiedsgerichtsbarkeit durch Beispiele zu belegen, gehörten Perioden nur geringer Anwendung nicht zur ersten Wahl – jedenfalls nicht solange die Gefahr bestand, dass die Gründe des seltenen Einsatzes, wie es die Völkerrechtler anfangs des Jahrhunderts angedeutet hatten, in dem Instrument selbst zu suchen waren.

Auf die anfänglich mangelnde Beachtung des Jay-Vertrages in der Völkerrechtsliteratur des frühen bis mittleren 19. Jahrhunderts folgte also ab den 70er Jahren eine Phase, in welcher die Schiedskommissionen des Jay-Vertrags als *ein* Glied einer mehr oder weniger kontinuierlichen Kette schiedsgerichtlicher Verfahren dargestellt wurden. Diese Sichtweise reichte bis weit ins 20. Jahrhundert hinein, Franz von Liszt etwa argumentierte noch bis 1918 in dieser Weise.⁴⁶ Inzwischen hatte jedoch eine die jüngere Vergangenheit betonende Auffassung an Boden gewonnen, die Heinrich Lammasch, später immer wieder zitiert, 1914 überschwänglich zum Ausdruck brachte:

Das weltgeschichtliche Verdienst, die Schiedsgerichte wieder zum Leben erweckt zu haben, gebührt dem amerikanischen Chief justice John Jay.⁴⁷

Die Gründe, die zu diesem Meinungswandel führten, sind nicht eindeutig auszumachen. In der historischen Forschung hatte Mileta Novacovitch in seiner Pariser *thèse* von 1902 über *Les compromis et les arbitrages du XII^e au XV^e siècle* erwähnt, ab dem 15. Jahrhundert seien Compromisse sehr selten geworden und erst im 19. Jahrhundert *unter dem Einfluss neuer Ideen* wieder zu Ehren gekommen.⁴⁸ Andererseits hatte der amerikanische Anwalt Thomas Balch herausgefunden, dass Jay schon 1785 dem Kongress eine schiedsgerichtliche Lösung für den Streit mit England vorschlug⁴⁹ – was dessen spätere Rolle als Initiator der 1794 vereinbarten Verfahren höchst wahrscheinlich macht. Entscheidend für die veränderte Gewichtung war aber wohl die jüngste Entwicklung: Die Schiedsgerichtsbarkeit hatte durch die Haager Konferenzen von 1899 und 1907 eine institutionelle Verfestigung erfahren – Lammasch selbst firmiert auf dem Titelblatt seines Buches als Mitglied des internationalen Schiedsgerichtshofes im Haag – und mit dem institutionellen englisch-französischen Schiedsvertrag von 1903 hatte die Praxis, wie Redslob es ausdrückt, auch in der alten Welt solide Wurzeln geschlagen.⁵⁰ Taktische Rücksichten, wenn man die Ansichten des späten 19. Jahrhunderts überhaupt so einordnen darf, waren jetzt nicht mehr erforderlich. Außerdem hatte die Praxis selbst für die Völkerrechtslehre eine noch stärkere Bedeutung erlangt, naturrechtliche Überlegungen spielten keine große Rolle mehr, und die mit 1794 beginnenden Materialsammlungen taten das Ihre zu einer Historisierung der Zeit davor.

Dass Lammasch trotz seiner pathetischen Formulierung, die ohne den Alabama-Fall kaum denkbar ist, die geschichtlichen Verbindungslinien nicht verkannte, belegt seine Erwähnung einiger Fälle aus der Praxis des 17. und 18. Jahrhunderts sowie der einschlägigen Passagen der Völkerrechtsautoren.⁵¹ Die These einer im Wesen unterschiedlichen Schiedsgerichtsbarkeit in Mittelalter und Moderne findet sich schließlich in ausgeprägter Form in der Feststellung des ebenfalls als Schiedsrichter tätigen Jackson H. Ralston (1929):

The modern era of arbitral or judicial settlement of international disputes, by common accord among all writers upon the subject, dates from the signing on November 19, 1794, of the Jay Treaty between Great Britain and the United States. Prior to this time arbitrations were irregular and spasmodic; from this time forward they assumed a certain regularity and system.⁵²

⁴⁶ FRANZ VON LISZT, *Das Völkerrecht systematisch dargestellt*, 11., umgearb. Auflage Berlin 1918, S. 265, ohne ausdrückliche Erwähnung des Jay-Vertrages.

⁴⁷ HEINRICH LAMMASCH, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit in ihrem ganzen Umfange*, (Handbuch des Völkerrechts, 3. Band, 3. Abteilung), Berlin, Stuttgart, Leipzig 1914, S. 30.

⁴⁸ MILETA NOVACOVITCH, *Les compromis et les arbitrages du XII^e au XV^e siècle*, Paris 1905, S. 18.

⁴⁹ THOMAS WILLING BALCH, *Différends juridiques et politiques dans les rapports des nations*, in: *Revue générale de droit international public* 21 (1914), S. 137-182, S. 141.

⁵⁰ ROBERT REDSLOB, *Histoire des grands principes du droit des gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre*, Paris 1923, S. 455.

⁵¹ LAMMASCH, *Die Lehre von der Schiedsgerichtsbarkeit* (Fn. 47), S. 29 f.

⁵² JACKSON H. RALSTON, *International arbitration from Athens to Locarno*, Stanford 1929, S. 191.

Irregularität und Sprunghaftigkeit war noch das wenigste, was man den früheren Formen in der Folgezeit nachsagte. Die zeitliche Abgrenzung wurde, meist ohne weitere Prüfung bzw. aufgrund des längst bekannten Materials, um die dogmatische verstärkt: Man hob eine in früheren Zeiten angeblich fehlende praktische Abgrenzung zu den diplomatischen Streitbeilegungsmethoden hervor und bezweifelte den Rechtscharakter jener Praxis. Der Jay-Vertrag von 1794, von Lammasch noch als Renaissance eingeordnet, wurde nun zum Beginn der modernen bzw. der Schiedsgerichtsbarkeit überhaupt, da deren Voraussetzungen – "Entstehung der Idee eines freien Staatensystems entsprechender Nationalstaaten, ... Nebeneinander gleichgeordneter und gegenseitige rechtliche Beziehungen anerkennender Mächte sowie ... die – allerdings erst langsam reifende – Erkenntnis ihrer Zwischenabhängigkeit" – erst ab dem 17. Jahrhundert bzw. mit den Vorstellungen der Französischen Revolution geschaffen worden seien.⁵³

V.

Die von der tatsächlichen Entwicklung völkerrechtlicher Schiedsverfahren abgekoppelte Wandlung in der Wahrnehmung ihrer Geschichte hat gezeigt, wie zeitgebunden und offen für "ideologische" Konstruktionen die geschilderten Urteile sind. Starkes politisches Engagement und grundlegende Fragen der internationalen Beziehungen (Achtung vor dem Recht, Zivilisationskonzept) spielen eine prägende Rolle. Unstrittig hat es in der Frühen Neuzeit, verglichen mit dem späten 19. Jahrhundert, wenig Schiedsfälle gegeben – für die Zeit von 1648 bis 1794, die institutionellen Schiedsklauseln der Schweizer mit ihren Nachbarn eingeschlossen, lassen sich 73 Erwähnungen nachweisen; ebenso eindeutig ist eine "Lücke" von gut 60 Jahren ab 1730, wo sich, abgesehen von der Bestätigung eines eidgenössisch-französischen Vertrags 1777, keine Schiedsabreden nachweisen lassen. Auch das starke Engagement Englands und der Vereinigten Staaten sowie die vielen Schiedsvereinbarungen der Südamerikaner im 19. Jahrhundert sind ein Faktum. Sowohl die eher überzeitliche Geltung postulierenden Autoren des 19. wie die eine scharfe Trennung erkennenden Völkerrechtler des 20. Jahrhunderts haben jedoch bei ihrer Meinungsbildung ganze Bereiche ausgeblendet und sich auch durch offensichtliche Widersprüche nicht zu Nachforschungen anregen lassen. So hat beispielsweise keiner der Verfechter des Neubeginns die Frage beantwortet oder auch nur aufgeworfen, warum England, trotz des Verlustes eines Teils seiner nordamerikanischen Kolonien 1794 die Weltmacht schlechthin und in der stärkeren Verhandlungsposition, sich auf Jays angeblich neuartigen Vorschlag eines Schiedsverfahrens eingelassen hat – obwohl die einheimische Kaufmannschaft stark auf eine Abfindung durch eine größere Geldsumme drängte.⁵⁴ Ein unbefangenerer Blick in die Geschichte hätte ergeben, dass einhundertvierzig Jahre zuvor ebenfalls ein Außenseiter, der englische Protektor Cromwell, in Verträgen mit den Generalstaaten und den Königen von Portugal, Frankreich und Schweden Schiedsverträge abschloss.⁵⁵ Sind solche Verfahren in der historischen Staatenpraxis vielleicht Indikatoren für Ausnahmesituationen und ungefestigte Strukturen (aus Kolonien entstandene nord- und südamerikanische Staaten) und damit als Beleg für Rechtsanschauungen in der ursprünglichen Gemeinschaft nur eingeschränkt tauglich?

Ebenfalls problematisch ist die aus der Friedensbewegung stammende enge gedankliche Verbindung von Schiedsgerichtsbarkeit und Kriegsverhinderung: Einerseits liefert sie keine Erklärung für den Wechsel von schiedsgerichtsarmen und -reichen Epochen – Mérignhac sieht die häufige mittelalterliche Schiedsgerichtsbarkeit als "le singulier spectacle de la conciliation et de la paix se faisant jour au milieu des populations les plus guerrières qui aient jamais existé",⁵⁶ Calvo macht für die seltene Vereinbarung von Schiedsgerichten in der Frühen Neuzeit die "guerres presque continuelles" verantwortlich. Andererseits verhinderte die Konzentration auf die Funktion als friedliche Alternative zum Krieg, dass das Verhältnis zu den diplomatischen Streitbeilegungsmethoden wirklich ins Blickfeld rückte. Eine einfache Überlegung: Der Rückgang der Schiedsgerichtsbarkeit auf höchster Ebene im 15. Jahrhundert fällt mit den Anfängen der ständigen Gesandtschaften zusammen. Die Europäer konnten bei Streitfällen, für welche die Amerikaner im 19. Jahrhundert Schiedsgerichte vereinbarten (etwa die Grenzziehung), auf eine eingespielte Diplomatie zurückgreifen, die teils sogar ein Beschwerderecht gegen

⁵³ So HANS-JÜRGEN SCHLOCHAUER, Schiedsgerichtsbarkeit, internationale, in: Wörterbuch des Völkerrechts, Bd. 3, Berlin 1962, S. 180.

⁵⁴ COMBS, The Jay Treaty (Fn. 5), S. 153.

⁵⁵ LINGENS, Internationale Schiedsgerichtsbarkeit (Fn. 23), S. 106-126.

⁵⁶ A. MERIGNHAC, Traité théorique et pratique (Fn. 26), S. 38.

Gerichtsurteile im Gastland hatte (1677 F/GB; – ob insofern nicht auch der Ausbau der Gerichtsbarkeit in den einzelnen Staaten zu einem Rückgang internationaler Schiedsgerichtsbarkeit beigetragen hat, wäre, nebenbei bemerkt, ein gerade rechtshistorisch interessantes Thema).

Die in den festen diplomatischen Vertretungen zum Ausdruck kommende Verdichtung der zwischenstaatlichen Beziehungen in Europa hat offenbar Auswirkungen auf das Schiedsgerichtswesen gehabt: Stichworte sind die von den Völkerrechtlern um 1800 genannte mangelnde Unparteilichkeit der Schiedsrichter und die Gefahr des Verwickeltwerdens in den Streit einerseits, die Konferenz der Großmächte – "résolution imposée", Bemerkung Schmelzing⁵⁷ – als Gerichtersatz andererseits. Berücksichtigt man außerdem, dass es auch in der Frühen Neuzeit Schiedsgerichte gab, dass die Europäer im 19. Jahrhundert keine Bedenken hatten, mit den Amerikanern und in Spezialfragen auch untereinander einzelne Compromisse zu schließen und dass sie vor allem selbst als Schiedsrichter gefragt waren: Nimmt man das alles zusammen, könnte eine umfassende Untersuchung der Funktionen der Schiedsgerichtsbarkeit, welche die geographischen Einsatzgebiete berücksichtigt, Sachgruppen ihres Einsatzes unterscheidet (Grenzstreitigkeiten, Schutz eigener Staatsangehöriger und deren Rechte usw.) und sowohl längsschnittartig als auch vergleichend vorgeht, neue Erkenntnisse und vielleicht überraschende Ergebnisse bringen. Voraussetzung für eine solche Gesamtbetrachtung ist jedoch, dass die ideologischen Prämissen in den Ergebnissen der bisherigen Forschung berücksichtigt, voreilige Schlüsse von späteren Konzepten auf frühere Praxis vermieden und mögliche Erklärungen kritisch und unvoreingenommen geprüft werden. Das wäre zwar kein "weltgeschichtliches Verdienst", aber ein wichtiger Schritt zu einem differenzierteren Bild der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit.

⁵⁷ Oben Fn. 29.

"PAR AMOUR" ODER "PAR DROIT"? DIE VERRECHTLICHUNG DER ZWISCHENSTAATLICHEN KONFLIKTLÖSUNG IM 19. JAHRHUNDERT

SEBASTIAN KNEISEL

Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte, Francfort

skneisel@gmx.de

La littérature concernant le droit international associe jusqu'à présent la „naissance“ de l'arbitrage moderne à un seul procès: Le „Traité de Jay“ du 19 novembre 1794.

John Jay était alors ministre des affaires étrangères américain. Sur son initiative, les États-Unis et la Grande-Bretagne signèrent un accord arbitral, avec lequel les deux nations s'obligèrent à déléguer à un tribunal arbitral la décision sur le tracé des frontières futures avec le Canada.

Cette division entre arbitrage prémoderne et moderne n'est cependant pas sans problèmes. Elle apparaît initialement correcte, vu qu'entre 1730 et 1794 il n'y eu pratiquement pas d'arbitrage. Karl-Heinz Lingens justement définit cette période comme „sans arbitrage“ dans son étude de l'arbitrage aux XVII^e et XVIII^e siècles.

Néanmoins, Lingens affirme aussi, à juste titre, que la continuité entre arbitrage médiéval et contemporain doit être prise d'avantage en considération. Il n'y eut ni une rupture totale avec la résolution des conflits au Moyen-Âge et lors de la première partie des temps moderne, ni une nouvelle forme révolutionnaire de l'arbitrage. Mais après soixante ans sans arbitrage, sur le plan international, le Traité de Jay fut sans aucun doute un événement particulier, qui mérite une place éminente au sein de la tradition arbitrale.

I. EINLEITUNG.

Die Völkerrechtsliteratur feiert ein einzelnes Schiedsverfahren als Geburtsstunde der „modernen Schiedsgerichtsbarkeit“: die Entscheidung im Verfahren auf Grundlage des so genannten „Jay-Vertrags“ vom 19. November 1794.¹ John Jay war zu dieser Zeit amerikanischer Außenminister. Auf seine Initiative schlossen die Vereinigten Staaten von Amerika und Großbritannien einen Schiedsvertrag², in dem sie sich verpflichteten, ein Schiedsgericht einzusetzen, das über die zukünftige Grenze zu Kanada entscheiden sollte.³

Diese Zäsur zwischen „vormoderne“ und „moderne“ Schiedsgerichtsbarkeit ist nicht unproblematisch. Zwar scheint sie *prima facie* korrekt, bedenkt man, dass es von 1730 bis 1794 praktisch kein einziges Schiedsverfahren gab. Karl-Heinz Lingens spricht in seiner in seiner Studie über die Schiedsgerichtsbarkeit

¹ C.G. ROELOFSEN, *The Jay treaty and all that; some remarks on the role of arbitration in European modern history and its 'revival' in 1794*, in: A.H.A. SOONS (Hg.), *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht u.a. 1990, S. 201; Wilhelm G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Baden-Baden 1988, S. 606 ff.; Georg SCHWARZENBERGER, *A Manual of International Law*, 5. Auflage, London 1967, S. 242; Alfred von VERDROSS, *Völkerrecht*, Berlin 1937, S. 274; Johannes KEMPE, *Völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit. Beiträge zur modernen Entwicklungsgeschichte*, Berlin 1920, S. 11; Alfred H. FRIED, *Die moderne Schiedsgerichtsbewegung*, Berlin [1904], S. 10 f.

² Jay-Treaty in: Clive PARRY (Hg.), *The Consolidated Treaty Series*, Bd. 1-52, New York 1969, Bd. 52, S. 243 ff.

³ Walter STAHR, *John Jay: Founding Father*, London 2005, S. 313.

im 17. und 18. Jahrhundert deshalb von einer „schiedsgerichtslosen“ Zeit von 1730 bis 1794.⁴ Zu Recht akzentuiert Lingens aber auch, dass „die Kontinuität zwischen mittelalterlicher und heutiger Schiedsgerichtsbarkeit weit stärker als bisher betont werden“ müsste.⁵

Es gab also keinen völligen Bruch mit der Streitbeilegung im Mittelalter und der Frühen Neuzeit, und ebenso wenig entstand im 19. Jahrhundert eine revolutionär neue Form der Schiedsgerichtsbarkeit. Aber nach 60 Jahren ohne ein einziges Schiedsverfahren auf internationaler Ebene war der Jay-Vertrag doch ein besonderes Ereignis, das in Anknüpfung an schiedsgerichtliche Traditionen durchaus bemerkt werden dürfte. Begriffe wie „Wiedergeburt“, von Wilhelm Grewe⁶ verwendet, oder „phoenix-like rebirth“ von C.G. Roelofsen⁷ betonen hingegen den nicht stattgefundenen Bruch. Grewe knüpft mit seiner „Wiedergeburt“ sogar ausdrücklich (!) an die Schiedsgerichtsbarkeit der Antike an.⁸

II. DER TREND ZUR „CONVENANCE MUTUELLE“.

Lingens kommt in seiner Studie zu dem Ergebnis, dass die Schiedsgerichtsbarkeit zwischen 1730 und 1794 keine Chance hatte, sich als Streitbeilegungsmittel durchzusetzen, da es einen „Trend der Zeit zur ‚convenance mutuelle‘ mit der Bevorzugung von Mediation und Diplomatie“ gab.⁹ Streitigkeiten wurden deshalb nicht „par droit“ auf Grundlage des geltenden Rechts entschieden, sondern „par amour“ geschlichtet. Dabei wurde offen vertreten, dass eine Entscheidung „par amour“ auf jeden Fall die bessere sei und die meisten „schiedsrichterlichen Abmachungen“ nach diesem Prinzip geschlichtet werden sollten.¹⁰ Eine Entscheidung „par amour“ war „convenance mutuelle“, eine Entscheidung durch „freundliche Versöhnung“, durch beidseitige Übereinkunft.

Dieser Trend zur Streitbeilegung durch gemeinsame Verhandlungen beruhte im Wesentlichen auf der dominanten Rolle des Adels in der internationalen Diplomatie. Denn im 18. Jahrhundert war die Außenpolitik noch eine Domäne des Adels und fest in seiner Hand.¹¹ Der Adel jedoch praktizierte bereits seit Jahrzehnten Konfliktlösung und nach seinem Verständnis auch Schiedsgerichtsbarkeit gerade in Form von einvernehmlichen Verhandlungen.¹² Im Vordergrund stand dabei eine Kooperationslösung, die die Parteien einbinden und keine Entscheidung über deren Kopf hinweg sein sollte.

Entsprechend diesem Fokus auf Beilegung eines Konflikts und gerade nicht auf die Entscheidung der Streitigkeit, traten auch Schiedsrichter nicht als Richter, sondern als Vermittler auf. Aus dem *arbitrator* wurde der *amicabilis compositor*. Aus dem Schiedsrichter der Schiedsmann. Denn Schiedsmänner waren „Vergleichsmänner“, und wenn die Parteien einen Schiedsmann wählten, so wollten sie ihren Streit gütlich beilegen.¹³

Im Jahre 1910 veröffentlichte Nicolas Politis, Mitglied des Instituts für internationales Recht in Poitiers und Professor an der dortigen juristischen Fakultät, einen Aufsatz über die „Zukunft der Mediation“ im zwischenstaatlichen Bereich. Darin stellt er fest, dass es eine Zeit gab, in der Mediation und Schiedsgerichtsbarkeit sich so nahe standen, dass sie sich fast vermischt haben. Solange es keine verbindlichen rechtlichen Vorschriften gab, sei die Mediation die Regel, der Schiedsspruch die Ausnahme

⁴ Karl-Heinz LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum 1648-1794*, Berlin 1988, S. 158.

⁵ Karl-Heinz LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum 1648-1794*, Berlin 1988, S. 158.

⁶ Wilhelm G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Baden-Baden 1988, S. 606 ff.

⁷ C.G. ROELOFSEN, *The Jay treaty and all that; some remarks on the role of arbitration in European modern history and its 'revival' in 1794*, in: A.H.A. SOONS (Hg.), *International Arbitration: Past and Prospects*, Dordrecht u.a. 1990, S. 201.

⁸ Wilhelm G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Baden-Baden 1988, S. 606 ff.

⁹ Karl-Heinz LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum 1648-1794*, Berlin 1988, S. 158.

¹⁰ K[urt] MEISTERHANS, *Die Schweiz und öffentlichen Schiedsgerichte*, Zürich 1892, S. 12.

¹¹ Heinz REIF, *Adel im 19. und 20. Jahrhundert*, München 1999, S. 23.

¹² Dorothee GOTTWALD, *Fürstenrecht und Staatsrecht im 19. Jahrhundert (im Druck)*.

¹³ Bernhard MAYER, *Die Vereinbarung schiedsrichterlicher Rechtsstreitsentscheidung nach früherem und jetzigem gemeinen Recht. Eine historisch-dogmatische vergleichende Darstellung*, Erlangen 1888, S. 64.

gewesen. Nun werde das Schiedsgericht zur Regel, die Mediation zur Ausnahme, weil das Recht fortschreite.¹⁴

Politis spielt auf die „schiedsgerichtslose“ Zeit von 1730 bis 1794 und den Trend zur „convenance mutuelle“ an. Er benennt aber auch eine Entwicklung, die im 19. Jahrhundert der Grund für die Abkehr von diesem Trend sein konnte: die zunehmende Verrechtlichung des Völkerrechts.

III. DIE VERRECHTLICHUNG DER STREITBEILEGUNG.

Dieser „Fortschritt“ des Rechts, wie ihn Politis nennt, war keine lineare Weiterentwicklung, sondern eine exponentielle Verdichtung des Rechts. Das Völkerrecht als Ordnungsparameter der zwischenstaatlichen Beziehungen verdichtete sich durch neue dogmatische Konstruktionen wie etwa den rechtsetzenden Staatsvertrag.¹⁵ Durch staatliche Kooperationen entstanden die ersten internationalen Organisationen.¹⁶ Im Zuge dieser Entwicklung wandelte sich die zwischenstaatliche Konfliktlösung von einer unverbindlichen Vermittlung zu einem verbindlichen Verfahren. Die Verdichtung des Rechts zog eine Verdichtung der Gerichtsbarkeit nach sich.

Die Verdichtung des Völkerrechts brachte es mit sich, dass je weiter das 19. Jahrhundert voranschritt, es immer mehr vertragliche Grundlagen gab, auf Grund derer verbindlich entschieden werden konnte. Je mehr Vertragsvölkerrecht geschaffen wurde, desto mehr beschleunigte sich sowohl die weitere Verdichtung des Rechts als auch die Verdichtung der Schiedsgerichtsbarkeit. Erich Kaufmann schrieb 1932, dass das Recht seinem Wesen nach das Gericht sucht.¹⁷ Denn nur vor Gericht, in einem Forum, wo das Recht bekannt ist, kann es zur Geltung kommen. Die Schlichtersprüche vieler Mediatoren konnten sicher als Erfolg bezeichnet werden, wenn es ihnen gelang, den Streit zwischen den Parteien zu beenden. Doch verhalfen sie damit nicht zwangsläufig dem Recht zu seiner Geltung.

Nach Ansicht Rüdiger Wolfrums, u.a. Präsident des Internationalen Seegerichtshofs, ist die Verdichtung der Gerichtsbarkeit eine notwendige Entwicklung, die unmittelbar aus der Verdichtung des Rechts folgt:

„Das Völkerrecht ist als Rechtssystem konzipiert und die zunehmende Kodifikation und Entwicklung völkerrechtlicher Regeln führt konsequent zu einer stetigen Verrechtlichung der internationalen Beziehungen. Die logische Konsequenz dieser Entwicklung ist der Aufbau eines Systems zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten [...]“¹⁸

Wolfrum geht es hier vermutlich darum, dass eine fortschreitende Verrechtlichung das Bedürfnis nach Streitschlichtungsmechanismen nach sich zieht. Die bis dahin im Vordergrund stehenden diplomatischen Streitbeilegungsmechanismen wie Vermittlung, Mediation oder gute Dienste setzten auf die Kooperationsbereitschaft der Streitparteien, führten aber nicht zu rechtlich verbindlichen (!) Entscheidungen. Die Schiedsgerichtsbarkeit bot hierfür eine brauchbare Alternative an. Die Streitparteien vermochten erheblichen Einfluss auf das Schiedsverfahren ausüben, da sie die Schiedsrichter, das anwendbare Recht und im Übrigen auch weitgehend den Ablauf des Verfahrens selbständig bestimmen konnten. Keinen Einfluss hatten sie jedoch auf den Schiedsspruch, die Entscheidung des Schiedsgerichts. Diese Entscheidung war im Gegensatz zu den Vorschlägen eines diplomatischen Vermittlers oder

¹⁴ Nicolas POLITIS, *L'avenir de la médiation*, in: *Revue générale de droit international public*, 1910, S. 136-163.

¹⁵ Miloš VEC, *Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung*, Frankfurt am Main 2006, S. 104 ff.

¹⁶ Rüdiger WOLFRUM, Article 'International Law of Cooperation', in: Rudolf BERNHARDT (Hg.), *Encyclopedia of Public International Law*, Volume II, East African Community to Italy-United States Air Transport Arbitration (1965), Amsterdam u.a. 1995, S. 1242-1247.

¹⁷ Erich KAUFMANN, *Probleme der Internationalen Gerichtsbarkeit*, Leipzig und Berlin 1932, S. 10.

¹⁸ Georg DAHM U.A., *Völkerrecht. Band I/3, Die Formen des völkerrechtlichen Handelns; Die inhaltliche Ordnung der internationalen Gemeinschaft*, 2. Auflage, Berlin 2002, S. 834.

Mediators verbindlich für die Parteien und wurde von diesen auch in den meisten Fällen anstandslos befolgt.¹⁹

Diese verbindlichen internationalen Verfahren waren im 19. Jahrhundert aber noch keine Gerichtsverfahren, sondern auf internationaler Ebene allesamt Schiedsverfahren.²⁰ Sie nahmen im Verlauf des Jahrhunderts sprunghaft zu: Gab es zwischen 1730 und 1794 kein einziges Schiedsverfahren, zählte A. M. Stuyt in seinem *Survey of International Arbitration* von 1794 bis 1919 insgesamt 330 Schiedsverfahren.²¹

Ein Erfolg der Völkerrechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts war sicher die begriffliche Abgrenzung der einzelnen Konfliktlösungsmechanismen. Denn man muss konstatieren, dass bis zum Jay-Vertrag die Begriffe „Schiedsverfahren“, „Vermittlung“ und andere unverbindliche Streitbeilegungsinstrumente häufig synonym verwendet wurden und keine klare Trennung zwischen ihnen vorgenommen wurde. Als Beispiel mag ein Schiedsspruch Ludwig XIV. aus dem Jahr 1673 dienen. Darin beschreibt Ludwig XIV., wie er nach seiner Einschaltung in die gewaltsame Auseinandersetzung zwischen Savoyen mit der Republik Genua von beiden Parteien gebeten wurde, zunächst einen Waffenstillstand zu vermitteln und danach einen bindenden Vorschlag (!) zur Herbeiführung eines Friedens zu machen.²² Während auch heute noch die Herangehensweise, erst zu vermitteln (Mediation) und dann zu entscheiden (Schiedsspruch) eine bei Parteien beliebte Vorgehensweise ist, zeigt die Formulierung des „bindenden Vorschlags“, dass sich die Parteien gar nicht darüber im Klaren waren, was durch das Schiedsverfahren eigentlich gewährleistet werden soll. Ein Schiedsspruch ist bindend, wenn er die Parteien verpflichtet. Ein Vorschlag hingegen verpflichtet nicht, er überlässt die Entscheidung, ihm zu folgen, den Parteien. Diese Freiheit gewährt nach modernem Verständnis ein Schiedsspruch nicht.

Sicher gab es im Mittelalter und der Frühen Neuzeit auch Ausnahmen und Lingens weist zu Recht darauf hin, dass bereits „1648 die Ordnung des Verfahrens mit einer in erster Linie der Streiterledigung dienenden grundsätzlichen endgültigen Entscheidung in der Hand der Streitteile oder andernfalls des Schiedsgerichts“ lag.²³ Jedoch muss man auch sehen, dass der Trend zur „convenance mutuelle“ seinen Ursprung in der Frühen Neuzeit hatte und auch 1648 sollte das Schiedsgericht zwar „endgültig“ entscheiden. Doch sollte die Entscheidung durch eine paritätisch (!) besetzte Schiedskommission gefällt werden und nicht durch ein Schiedsgerichtstribunal nach modernem Verständnis, das auf Grund seiner ungeraden Zahl an Schiedsrichtern immer zu einer Mehrheitsentscheidung kommen wird. Die sprachliche Umschreibung von *Politis* als „Vermischung“ zeigt schließlich auch, dass gerade die Abgrenzung der einzelnen Institute eine Errungenschaft des 19. Jahrhunderts war.

Aber auch erst die Verdichtung des Rechts im 19. Jahrhundert machte eine solche Grenzziehung möglich. Denn erst die zunehmende Verrechtlichung der Streitbeilegung konnte zu präziseren Definitionen der verschiedenen Streitbeilegungsmechanismen führen, wie man etwa bei der ersten Haager Friedenskonferenz 1899 beobachten kann. Dort unterteilte man das Gesamthema der Konfliktlösung in

¹⁹ Vgl. Edvard HAMBRO, *L'Exécution des Sentences Internationales*, Paris 1936.

²⁰ Heinhard STEIGER, *Entwicklung des Völkerrechts von 1815 bis 1945 im Spiegel seiner Quellen*, in: Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte 34 (1995), S. 135.

²¹ Henri LA FONTAINE zählte in der Zeit von 1794 bis 1900 insgesamt 177 Fälle, *Pasicrisie Internationale 1794-1900. Histoire Documentaire des Arbitrages Internationaux*, The Hague u.a. 1997, S. XII; *Evans Darby* hingegen kommt im gleichen Zeitraum auf 477 Fälle, *International Tribunals. A Collection of the various Schemes which have been propounded and of Instances since 1815*, 4. Auflage, London 1904; *Alfred Fried* zählte von 1794 bis 1903 insgesamt 241 Streitfälle, *Die moderne Schiedsgerichtsbewegung*, Berlin [1904], S. 10; Arthur NUSSBAUM kommt von 1815 bis 1914 auf genau 250 Schiedsgerichtsverfahren, *Geschichte des Völkerrechts in gedrängter Darstellung*, München und Berlin 1960, S. 247.

²² Jean DUMONT, *Corps Universel Diplomatique Du Droit Des Gens: Contenant Un Recueil Des Traitez D'Alliance, De Paix, De Treve, De Neutralité, De Commerce, D'Échange, de Protection & de Garantie, de toutes les Conventions, Transactions, Pactes, Concordats & autres Contrats, qui ont été faits en Europe, depuis le Regne de l'Empereur Charlemagne jusques à présent; Avec Les Capitulations Imperiales Et Royales*, Bd. 7, Teil 1, Amsterdam 1731, S. 215 f.

²³ Karl-Heinz LINGENS, *Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Jus Publicum Europaeum 1648-1794*, Berlin 1988, S. 154.

zwei Arbeitsgruppen: Schiedsgerichtsbarkeit und anderen Formen der „unverbindlichen“ Streitbeilegung, wie die guten Dienste, Mediation und die Untersuchungskommissionen.²⁴

Parallel zu dieser Entwicklung wandelte sich schließlich auch die Rolle des „Schiedsrichters“. Die Verrechtlichung der Verfahren veränderte das Anforderungsprofil, das ein Schiedsrichter erfüllen musste, um erfolgreich einen Streit entscheiden zu können. Das Vertragsvölkerrecht wurde zur Grundlage der Schiedsverfahren. In vielen Fällen übernahmen deshalb Juristen die Streitentscheidung und verdrängten dadurch das traditionelle Personal der Schlichtung, die Diplomaten. Auf der Ersten Haager Friedenskonferenz hatte etwa der französische Delegierte Alexandre G. Mérignac gefordert, dass als Schiedsrichter nur Personen mit Befähigung zum Richteramt in Frage kommen sollten.²⁵ Karl Strupp sprach sich gegen diesen Vorschlag aus: Mancher guten Kraft sei damit nicht die Möglichkeit gegeben, Schiedsrichter zu werden, abgesehen davon, dass nicht in allen Ländern die Befähigung zum Richteramt die gleichen Voraussetzungen habe.²⁶ Die wichtigste Forderung auf der Konferenz war jedenfalls die, dass die Schiedsrichter, über Kenntnisse im Völkerrecht verfügen müssen, schon aus dem Grunde, weil zivilrechtliche Begriffe meistens nicht ohne weiteres im Völkerrecht angewandt werden können.²⁷ Deshalb hielt schließlich Artikel 23 des Ersten Haager Abkommens fest, dass als Schiedsrichter nur Personen von anerkannter Sachkunde in Fragen des Völkerrechts in Betracht kommen, die sich der höchsten sittlichen Achtung erfreuen und bereit sind, ein Schiedsrichteramt zu übernehmen.²⁸ Die Zweite Haager Konferenz hat daran nichts geändert, siehe Artikel 44.

IV. DIE BEDEUTUNG DES JAY-VERTRAGS.

Ob im Rahmen dieser Entwicklung dem Jay-Vertrag eine so große Bedeutung eingeräumt werden muss, wie es viele Völkerrechtler des 19. und 20. Jahrhunderts taten, kann man in der Tat – ebenso wie Lingens – kritisch sehen. Denn sollte der Jay-Vertrag seinerzeit einen so wichtigen Einschnitt bedeutet haben, müsste sich diese Entwicklung auch in der Völkerrechtsliteratur nach 1794 wiederfinden. Dem ist aber nicht so!

Vielversprechend erscheint ein Blick in die Lehrbücher von Emer de Vattel und Georg Friedrich von Martens, da beide erstmals vor dem Jay-Vertrag (1758 bzw. 1788) erschienen, aber bis in die 60er Jahre des 19. Jahrhunderts in Gebrauch blieben und durch aktuelle Auflagen ergänzt, kommentiert und erweitert wurden. Doch die späten Auflagen von 1852 bei Vattel und 1864 bei Martens sind eine Enttäuschung, wenn man hofft, dort aktuelle Entwicklungen in der Schiedsgerichtsbarkeit beschrieben zu bekommen.²⁹ Beide Ausgaben enthalten nicht einmal einen Hinweis auf den Jay-Vertrag, so dass man zu dem Ergebnis kommen kann, dass diese „Geburtsstunde“ der modernen Schiedsgerichtsbarkeit von den zeitgenössischen Völkerrechtlern entweder gar nicht wahrgenommen oder als nicht bedeutend genug eingeschätzt wurde, um sie in die Lehrbücher aufzunehmen.

Aber: Auch wenn der Jay-Vertrag nicht der Meilenstein in der Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit war, zu dem man ihn im Nachhinein erkor, so sollte man dennoch anerkennen, dass er eine lange Periode der Kriege zwischen Großbritannien und den USA beendete, was keine Verhandlung oder Vermittlung zuvor erreichen konnte. Bereits 1782, also zwölf Jahre vor dem Jay-Vertrag, beschloss der britische Premierminister William Petty Fitzmaurice, einen Friedensvertrag mit den USA auszuhandeln.³⁰ Fitzmaurice wollte den Vereinigten Staaten einen sehr liberalen Vertrag anbieten, der auf den Handelsprinzipien von Adam Smith basierte. Dieses Vorgehen wurde vom Parlament und der

²⁴ Vgl. Christian MEURER, *Das Friedensrecht der Haager Konferenz*, München 1905.

²⁵ Christian MEURER, *Das Friedensrecht der Haager Konferenz*, München 1905, S. 331.

²⁶ Karl STRUPP, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Zwei Vorträge zur Einführung*, Berlin und Leipzig 1914, S. 58 f.

²⁷ Johannes KEMPE, *Völkerrechtliche Schiedsgerichtsbarkeit. Beiträge zur modernen Entwicklungsgeschichte*, Berlin 1920, S. 75.

²⁸ Vgl. [Hans] WEHBERG, *Artikel ‚Schiedsgerichte, internationale‘*, in: Max FLEISCHMANN (Hg.), *Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, Dritter Band, O bis Z*, Tübingen 1914, S. 347.

²⁹ Emer de VATTEL, *The Law of Nations, or, Principles of the law of nature, applied to the conduct and affairs of nations and sovereigns, from the new edition*, by Joseph Chitty, with additional notes and references by Edward D. Ingraham, Philadelphia 1852; Georg Friedrich de MARTENS, *Précis du droit des gens moderne de l'Europe*, 2. Auflage, Paris 1864.

³⁰ Jerald A. COMBS, *The Jay Treaty. Political Background of the Founding Fathers*, Los Angeles and London 1970, S. 3.

britischen Presse aber als Schwäche der Regierung ausgelegt. Selbst der Public Advertiser, der Fitzmaurices Regierung bis dahin immer unterstützt hatte, schrieb: „The terms granted to the Rebellious Colonies are hardly to be mentioned: our Language does not furnish Expressions adequate to so great a Disgrace.“³¹

Unter dem öffentlichen Druck musste Fitzmaurice zurücktreten.³² Der Widerstand gegen eine Lösung am Verhandlungstisch war groß. Großbritannien hatte Sorge durch ein zu großes Entgegenkommen sein Gesicht zu verlieren. In dieser Situation offenbarte sich ein entscheidender Vorteil der Schiedsgerichtsbarkeit: In einem Schiedsverfahren können die Parteien die Verantwortung für das Resultat weitgehend von sich weisen. Sie haben zwar Einfluss auf die Besetzung des Schiedsgerichts und den Ablauf des Verfahrens. Aber sie haben keinen Einfluss auf die eigentliche Entscheidung, den Schiedsspruch. Ganz im Gegensatz zu einem konsensualen Friedensvertrag, den Großbritannien selbst ganz offen hätte unterzeichnen müssen.

Neben dieser wichtigen Funktion des Jay-Vertrags spielte er auch eine bedeutsame Rolle für die Entwicklung der Schiedsgerichtsbarkeit im Verlauf des 19. Jahrhunderts, da er der erste Schiedsvertrag war, der nicht nur in Bezug auf die Schiedsrichter, sondern auch in Bezug auf das Verfahren eingehende Bestimmungen enthielt, die auf „die Schiedsgerichtsbarkeit als modernes Mittel der Politik hinwiesen“³³ und damit eine verfahrensrechtliche Grundlage schuf, die für ein verbindliches Konfliktlösungsinstrument unverzichtbar war.

V. DER ALABAMA-FALL VON 1872.

Doch auch die Anzahl der nach 1794 verhandelten Schiedsverfahren zeigt, dass nach dem Jay-Vertrag die Schiedsgerichtsbarkeit nur sehr schleppend ins öffentliche Bewusstsein trat.³⁴ Es gab zwar in unregelmäßigen Abständen immer wieder Schiedsverfahren, die sich in der Regel mit Neutralitätsverletzungen, Fischerei-Rechten und Grenzstreitigkeiten beschäftigten,³⁵ doch kam der eigentliche (auch zahlenmäßige) Durchbruch erst 1872 mit der Entscheidung im so genannten Alabama-Fall.³⁶

In diesem Streitfall ging es darum, dass die Vereinigten Staaten von England Schadensersatz verlangten. Hintergrund dieser Forderung war, dass sich England während des amerikanischen Bürgerkrieges zwar für neutral erklärt hatte, es aber dennoch duldeten, dass in englischen Häfen Kriegsschiffe für die Südstaaten ausgerüstet wurden.³⁷ Die Schäden, die diese Kreuzer – unter anderem ein Schiff mit dem Namen „Alabama“ – anrichteten, verlangten nun die Vereinigten Staaten ersetzt.³⁸

Der dem Schiedsverfahren zu Grunde liegende Vertrag war ein Musterbeispiel dafür, wie viel Einfluss die Parteien auf den Verfahrensablauf nehmen können, dass sie in der Tat *domini litis* sind, die Herren des Verfahrens. Der Schiedsvertrag regelte u.a. dass das Schiedsgericht in Genf verhandeln sollte (Art. II), dass der Schiedsspruch mit der Mehrheit der Mitglieder des Schiedsgerichts ergehen musste (Art. II), wie die Parteien die Schiedsrichter ernennen konnten (Art. II), Fälle (Art. III, IV) und dass die Parteien einschlägige Fälle und Schriftsätze austauschen sollten (Art. V). Schließlich konnte das

³¹ *Public Advertiser*, Ausgabe vom 3. Februar 1783, zitiert nach: Jerald A. COMBS, *The Jay Treaty. Political Background of the Founding Fathers*, Los Angeles and London 1970, S. 4.

³² Jerald A. COMBS, *The Jay Treaty. Political Background of the Founding Fathers*, Los Angeles and London 1970, S. 5.

³³ Alwine TETTENBORN, *Das Haager Schiedsgericht. Eine völkerrechtliche Studie*, Bonn 1911, S. 9.

³⁴ H. Erle RICHARDS, *The Progress of International Law and Arbitration. An inaugural lecture delivered before the University of Oxford in the Hall of All Souls College on October 21, 1911*, Oxford 1911, S. 15.

³⁵ Wilhelm G. GREWE, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, 2. Auflage, Baden-Baden 1988, S. 613.

³⁶ Hierzu instruktiv: Tom BINGHAM, *The Alabama Claims Arbitration*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 54 (2005), S. 1-25.

³⁷ J.L. SIMPSON/ Hazel FOX, *International Arbitration. Law and Practice*, London 1959, S. 8 f.; Richard EICKHOFF, *Die internationale Schiedsgerichtsbarkeit. Vortrag, gehalten im „Deutschen Frauenbund“ zu Berlin, am 6. Dezember 1909, im Festsaal des Hauses der Abgeordneten*, Berlin 1910, S. 11 f.

³⁸ Franz von LISZT/ Max FLEISCHMANN, *Das Völkerrecht*, 12. Auflage, Berlin 1925, S. 423.

Schiedsgericht bestimmen, dass es neben dem schriftlichen Verfahren auch eine mündliche Verhandlung geben sollte (Art. V).³⁹

Das Schiedsgericht entschied am 14. September 1872 und verurteilte die britische Regierung zur Zahlung von 15,5 Millionen US-Dollar an die Vereinigten Staaten von Amerika.⁴⁰ Eine Summe, die auf den ersten Blick moderat erscheint, jedoch das Sechsfache des englischen BIP in der 1870er Jahren darstellte und in Relation zu dem heutigen britischen Staatshaushalt 150 Milliarden Pfund entspräche.⁴¹ Trotz dieser enormen Belastung zahlte England ohne Widerspruch.

Der britische Staatsmann und Schriftsteller John Morley schrieb nach Abschluss des Schiedsverfahrens: „The treaty of Washington and the Geneva Arbitration stand out as the most notable victory in the nineteenth century [...]“.⁴² Diese Einschätzung teilt die Forschung auch heute noch. Der Biograph von Gladstone und ehemalige britische Schatzkanzler Roy Jenkins wertet das Alabama Schiedsverfahren als „the greatest nineteenth-century triumph of rational internationalism over short-sighted jingoism“.⁴³ In seiner Monographie *The gentle civilizer of nations* betont Martti Koskenniemi die Bedeutung des Schiedsspruchs, und zwar vor allem für die Entwicklung des *Institut de droit international*: „The successful conclusion of the Alabama affair by the rendering of the first significant arbitration award in Geneva on September 14, 1872 provided publicity and political support for such efforts.“⁴⁴ Mit diesen „Anstrengungen“ meint er die Gründung des *Institut de droit international*, dessen erstes Treffen im September 1873 in Gent stattfand. Entsprechend überrascht es nicht, dass die Zeitschrift des Instituts, die *Revue de droit international et de législation comparée*, sich „extensively on proposals for increasing arbitration“ einsetzte.⁴⁵

Danach kam Bewegung in die Schiedsgerichtsbarkeit. Schiedsgerichte wurden nicht nur *ad hoc* zur Lösung isolierter Konflikte eingesetzt, sondern wurden zunehmend auch institutionalisiert. Den Auftakt bildeten die Schiedsgerichte der Internationalen Verwaltungsunionen, insbesondere der Weltpostverein 1874 und im Internationalen Verein für den Eisenbahnfrachtverkehr 1890.⁴⁶ Die Erste Haager Friedenskonferenz krönte diese Entwicklung durch Gründung des Ständigen Schiedsgerichtshofs in Den Haag 1902.⁴⁷

VI. AUSBLICK.

Durch diese Institutionalisierung der Schiedsgerichtsbarkeit wurde das Verfahren zunehmend staatlichen Gerichtsverfahren ähnlicher. Die „Verrechtlichung“ der Konfliktlösung ging in eine „Vergerichtlichung“ über.⁴⁸ Diese Entwicklung war mit einem Rückgang der Bedeutung von Schiedsgerichtsbarkeit verbunden und resultierte in einer zahlenmäßig spürbaren Abnahme der internationalen Schiedssprechung nach dem Ersten Weltkrieg.⁴⁹

³⁹ Vgl. Tom BINGHAM, *The Alabama Claims Arbitration*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 54 (2005), S. 15.

⁴⁰ Tom BINGHAM, *The Alabama Claims Arbitration*, in: *International and Comparative Law Quarterly* 54 (2005), S. 1.

⁴¹ Roy JENKINS, *Gladstone: A Biography*, London 1995, S. 359.

⁴² Zitiert nach [John W.] FOSTER, *Arbitration and the Hague Court*, Boston 1904, S. 9.

⁴³ Roy JENKINS, *Gladstone: A Biography*, London 1995, S. 359.

⁴⁴ Martti KOSKENNIEMI, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*, Cambridge u.a. 2002, S. 40.

⁴⁵ Martti KOSKENNIEMI, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law 1870-1960*, Cambridge u.a. 2002, S. 18.

⁴⁶ Heinrich LAMMASCH, *Über isolierte und institutionelle Schiedsgerichte*, in: *Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart* 6 (1912), S. 76-127. [Eigene Monografie, Titel.] Diss Frankfurt 2008 (in Vorbereitung für 2009).

⁴⁷ J.P.A. FRANÇOIS, *La Cour Permanente D'Arbitrage, son origine, sa jurisprudence, son avenir*, in: *Académie de Droit International de la Haye* (Hg.), *Recueil des Cours* 87 (1955), S. 458.

⁴⁸ Bernhard ZANGL, *Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit*, Streitbeilegung in GATT und WTO, Frankfurt und New York 2006, S. 48.

⁴⁹ Hans von MANGOLDT, *Die Schiedsgerichtsbarkeit als Mittel internationaler Streitschlichtung. Zur Beilegung von Rechtsstreitigkeiten auf der Grundlage der Achtung vor dem Rechte*, Berlin u.a. 1974, S. 65.

Wie gesehen, deutete sich dieser Prozess der Vergerichtlichung zwar bereits im späten 19. Jahrhundert an, sollte aber sprachlich von der Verrechtlichung abgegrenzt werden. Denn so viele Charakteristika eines Gerichtsverfahrens Schiedsverfahren auch aufweisen, Schiedsgerichte sind in der Regel keine institutionalisierten Gerichte. Die meisten Schiedsverfahren im 19. Jahrhundert waren *ad hoc*-Verfahren. Von einer Judzialisierung kann man deshalb allenfalls ab 1902 mit der Gründung des Ständigen Schiedsgerichtshofs in Den Haag sprechen. Doch auch dieses „ständige“ Schiedsgericht bestand lediglich aus einem Verwaltungsbüro und einer Liste mit potentiellen Schiedsrichtern. Im Konfliktfall musste das Schiedsgericht immer neu besetzt werden.⁵⁰

Die Vergerichtlichung der Konfliktlösung setzte deshalb insbesondere mit der Gründung des Ständigen Internationalen Gerichtshof 1922 ein und führte 1946 zum Internationalen Gerichtshof, dessen 15 Richter tatsächlich ein institutionalisiertes Gericht repräsentieren.

⁵⁰ Alwine TETTENBORN, *Das Haager Schiedsgericht. Eine völkerrechtliche Studie*, Bonn 1911, S. 59.

HÉLÈNE TIGROUDJA

Professeur à l'Université d'Artois
Directrice du Centre Ethique et Procédure, Faculté de droit de Douai
helene.tigroudja@wanadoo.fr

Lorsque l'on aborde la question de la « compétence de guerre » des Etats comme certains auteurs l'appellent, ou encore du droit à la guerre (*jus ad bellum*) ou de la liberté de guerre, avec, comme angle de perspective, le droit international public, c'est bien sur le mode de la permission ou de l'interdiction que cette thématique est le plus souvent posée, en gardant à l'esprit ce que la Cour permanente de Justice internationale (CPJI) affirmait dans son célèbre arrêt de 1927 rendu dans l'affaire du *Lotus* (France/Turquie), à savoir que les limites à l'indépendance des Etats ne se présument pas¹.

Aujourd'hui encore, à la suite de l'intervention de la Coalition menée par les Etats-Unis en Irak au printemps 2003², le débat doctrinal s'est essentiellement concentré sur la question de savoir si le fameux principe d'interdiction du recours à la force posé par la Charte des Nations Unies de 1945³ est encore en vigueur ou n'aurait pas subi une profonde mutation, permettant aux Etats de retrouver une liberté sinon aliénée au profit du système de sécurité collective de 1945⁴, du moins singulièrement réduite.

Il ne s'agit pas, dans cette présentation, de retracer l'histoire du principe d'interdiction du recours à la force : de nombreux ouvrages et articles ont été écrits sur l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies. Il ne s'agit pas non plus de réfléchir au sens de cette interdiction, préférant replonger dans cette période d'avant 1945 où la prohibition de la guerre n'était pas encore le principe cardinal de l'ordre juridique international⁵.

Partant de là et en s'appuyant sur ce que l'on appelle le droit international classique ou droit public européen – entre le 17^e et début du 20^e siècle –, mais surtout, sur les écrits des penseurs de l'époque sur la société internationale, essayons de justifier la guerre en la resituant dans cette dernière (I) avant de montrer ensuite pourquoi, malgré la « moralisation » des relations interétatiques entre 1899 et 1928, elle n'a pas suffi à mettre effectivement la guerre hors la loi (II).

¹ CPJI, arrêt du 7 septembre 1927, *Affaire du Lotus (France/Turquie)* : « Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit et établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas. »

² L'on se souvient, en effet, que cette intervention militaire (guerre ?) a été menée en l'absence d'une véritable autorisation de la part du Conseil de Sécurité, même si les Etats-Unis et leurs alliés voient, dans la Résolution 1442 adoptée par le Conseil en novembre 2002, une autorisation implicite.

³ En vertu de l'article 2§4 de la Charte des Nations Unies en effet, « Les Membres de l'Organisation s'abstiennent, dans leurs relations internationales, de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout Etat, soit de tout autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies ».

⁴ Le progrès réalisé en 1945 lors de la mise en place de l'ONU, par rapport à la Société des Nations de 1919, est d'avoir créé un système de sécurité collective concentrant entre les mains d'un organe fort – le Conseil de Sécurité notamment composé de cinq membres permanents (Etats-Unis, Russie, Chine, France et Royaume-Uni), les moyens d'actions en cas de rupture ou de menace à la paix et à la sécurité internationales ou en cas d'agression (articles 24, 39 à 51 de la Charte des Nations Unies).

⁵ Lorsque l'on s'interroge sur les règles du droit international qui peuvent être qualifiées d'impératives au sens de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités entre Etats, le principe de l'interdiction du recours à la force est cité comme tel, place éminente que confirme du reste la jurisprudence de la Cour internationale de Justice.

I. LA NATURE DE LA SOCIÉTÉ INTERNATIONALE D'AVANT 1945 COMME JUSTIFIANT LA GUERRE.

La société internationale « classique » et qui est exclusivement constituée d'Etats⁶ (« Européens ») est une société difficilement comparable à l'ordre juridique interne et ce sont ces différences qui, dans une grande mesure, expliquent le statut particulier reconnu à la guerre, le rôle quasi-inexistant du juge et le recours assez modeste à l'arbitrage.

a) La première caractéristique de cette société internationale est d'être **décentralisée**. Comme l'expliquait D. ANZILOTTI dans son cours de droit international professé dans les années 1920, « *le rapport de prééminence et de subordination qui caractérise les organisations étatiques a eu pour conséquence que la production de normes juridiques est devenue exclusivement ou presque l'œuvre des organes placés au dessus des associés, de telle sorte que la norme paraît imposée par une volonté supérieure (...). Au contraire entre les Etats, cette norme n'est et ne peut être qu'un accord entre égaux (...). Pour la même raison, dans les organisations étatiques, il s'établit par l'action du même ordre juridique un appareil en forme d'institution pour la réalisation coercitive du droit (tribunaux et organes exécutifs) ; au contraire, dans les rapports internationaux, cet appareil manque en grande partie ou est rudimentaire, et la réalisation par voie de contrainte des prétentions juridiques contre le sujet qui les méconnaît est souvent remise au sujet intéressé lui-même* »⁷.

Cela signifie que, selon la doctrine positiviste dominante en droit des gens dans la seconde moitié du 19^e et au début du 20^e⁸, dans cette société internationale particulière, l'Etat a ce double rôle de créateur des normes et de gardien de leur application (thèse du « dédoublement fonctionnel de l'Etat » développée notamment par George Scelle). Il est à la source de la légalité internationale et en est le gardien, si bien que, poursuit ANZILOTTI, dans cette société particulière, « *le fait de l'auto-protection* » va avoir une place bien plus importante que dans les sociétés internes où elle n'est pas absente mais elle reste exceptionnelle.

Ces propos font d'ailleurs écho à ce que MONTESQUIEU décrivait de la « *vie des Etats* » et du droit de la guerre dans son *Esprit des lois*⁹ au 18^e siècle. Il commence d'abord par établir quelle est, à ses yeux, la fonction du droit des gens et qui consiste à régler la « *force offensive* » entre les nations. Il établit ensuite un parallèle entre la vie des Etats et la vie des hommes, en rapport avec la notion de défense naturelle. Les uns comme les autres ont le droit de tuer ou de faire la guerre pour se protéger mais le parallèle s'arrête là. Parce que les Etats et les hommes évoluent dans une société différente, les premiers sont parfois dans la « *nécessité* » d'attaquer alors que les seconds peuvent s'en remettre aux tribunaux.

L'on retrouve donc cette idée que dans une société sans pouvoir central et suprême, sans législateur et sans autorité judiciaire centralisée, la guerre est posée comme une nécessité, soit pour pourvoir à sa propre conservation, soit, selon les auteurs¹⁰, pour protéger ses droits au sens plus large.

b) Cette nécessité de la guerre dans la société internationale classique ne prend pas seulement racine dans son caractère décentralisé (ou « primitif ») mais elle est parfois aussi justifiée par un principe cardinal sur lequel repose la société depuis que l'Etat existe dans sa forme moderne, à savoir le **principe de l'égalité souveraine**. Lorsque l'on décrit les grandes périodes de l'histoire du droit international, l'on a l'habitude de considérer que le droit international du Moyen-Age était un droit inégalitaire, les « Etats » étant dans un rapport de subordination et de féodalité à l'égard des deux autorités qu'étaient le Pape et l'Empereur. Sur le terrain de la guerre d'ailleurs, des querelles doctrinales surgissaient sur la question de savoir laquelle de ces deux autorités, entre le Pape et l'Empereur, était habilitée à déclencher la guerre¹¹, mais la question de la « compétence des Etats » précisément n'était pas envisagée.

A la suite de bouleversements politiques et historiques liés à l'apparition de l'Etat moderne, la société internationale elle-même évolue et aux rapports de subordination et de féodalité se substitue le

⁶ Très peu d'organisations internationales existent à cette époque et si l'on reprend le passage de l'arrêt de la CPJI rendu dans l'affaire du *Lotus*, l'on s'aperçoit que la fonction du droit international perçue à l'époque consiste uniquement à faire co-exister des *Etats* entre eux.

⁷ D. ANZILOTTI, *Cours de droit international*, Paris : LGDJ, coll. Les Introuvables, pp. 45-46.

⁸ Pour une approche critique des différentes conceptions doctrinales du droit des gens, voy. A. TRUYOL Y SERRA, *Doctrines sur le fondement du droit des gens*, (édition revue, augmentée et mise à jour par R. Kolb), Paris : Pédone, coll. Ouvertures Internationales, 2007, 157 p.

⁹ MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, I, *Seconde Partie, Livre X (1748)*, Paris : GF, pp. 272 et ss.

¹⁰ C. CALVO, *Le droit international. Théorique et pratique. La guerre*, tome 2, Paris, 1872.

¹¹ A. TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, Paris : Economica, 1995, pp. 24 et ss.

principe de l'égalité souveraine des Etats, principe qui aujourd'hui est repris à l'article 2§1 de la Charte des Nations Unies¹².

Or, on trouve sous la plume des juristes internationalistes une justification du recours et de l'utilisation de la guerre dans ce principe d'égalité.

Pour CALVO par exemple qui a milité en faveur de l'interdiction de la guerre comme moyen de règlement des différends pour des raisons politiques et pratiques sur lesquelles nous reviendrons plus loin¹³ et dont l'ouvrage de droit international a paru en France en 1872, en cas de différends entre Etats, non seulement il n'existe pas de tribunal « *auquel les nations soient tenues de déférer la question en litige, ni de chef suprême chargé de la direction des forces réunies de toutes les nations et revêtu de l'autorité nécessaire pour faire exécuter les décisions d'un pareil tribunal s'il existait* », - ce qui rejoint les propos repris plus haut de MONTESQUIEU ou de ANZILOTTI sur la nature de la société internationale -, mais également, « *les différends que fait naître la question de droit ainsi soulevée doivent nécessairement suspendre les rapports pacifiques entre les nations* »¹⁴.

Cela ne signifie pas que le règlement pacifique des différends soit absent, comme on le verra plus loin, de la conception qu'a CALVO de la société internationale. Bien au contraire, dans le premier volume de son traité de droit international, il détaille ces mécanismes et ne présente « *l'appel à la force matérielle* » (la guerre) que comme moyen ultime, en cas d'échec des moyens pacifiques et des représailles¹⁵. Néanmoins, lorsque ces moyens échouent à régler le différends, la guerre devient une nécessité au nom de l'égalité entre Etats : « *les nations, au point de vue de leurs relations mutuelles, sont égales, et aucune d'elles ne saurait continuer d'entretenir des rapports avec une autre sous l'empire de ce sentiment d'inégalité qu'implique la soumission volontaire à la violation de ses droits* »¹⁶.

c) De ces caractéristiques de la société interétatique d'avant 1945 – **société décentralisée, horizontale et fondée sur le principe de l'égalité souveraine de ses membres**¹⁷ - découle *nécessairement* une place particulière de la guerre. Pour certains auteurs contemporains, elle n'est pas une institution juridique au sens strict dans la mesure où cette liberté de l'Etat n'est pas institutionnalisée par le droit international : « *elle était 'licite' en ce sens que le droit n'interdisait pas d'y avoir recours, mais elle n'était pas 'légitime' en ce sens que le droit ne l'instituait pas* »¹⁸. La guerre pouvait encore être décrite comme un « *état juridique particulier* »¹⁹, en tant que « *état alternatif des relations internationales qui succède, toutes les fois que les nations défendent ou revendiquent leur droit au moyen de la force, aux rapports que la paix avait établis entre elles* »²⁰.

¹² Selon cet article 2§1, « *L'Organisation est fondée sur le principe de l'égalité souveraine de tous ses membres* ».

¹³ Dans le contexte de la fin du 19^e siècle et du début du 20^e siècle, CALVO a développé la doctrine selon laquelle l'utilisation de la force dans le recouvrement des dettes devait être prohibée, cette doctrine s'inscrivant dans la célèbre affaire qui a opposé le Venezuela à des puissances européennes. Le premier avait suspendu le paiement de dettes à l'égard des Etats européens, qui ont alors décidé de lancer une expédition militaire pour obtenir le paiement forcé de ces dettes. Cette affaire a donné lieu à l'une des premières tentatives importantes de prohibition du recours à la force sous la forme de la Convention dite Drago-Porter. Elle a également donné lieu à l'apparition, contestée par les Etats européens, de la « clause Calvo » dans les contrats que les investisseurs européens signaient avec des Etats latino-Américains et par laquelle ils s'engageaient à renoncer à demander la protection de leur Etat de nationalité en cas de différends.

¹⁴ C. CALVO, *Le droit international. Théorique et pratique. La guerre*, p. 2.

¹⁵ C. CALVO, *Le droit international. Théorique et pratique. Tome 1*, Paris, 1870, p. 803 : « *dans toutes les circonstances, après avoir épuisé les moyens de conciliation pour se faire rendre justice, le pays offensé ou lésé a le droit incontestable, avant d'en appeler aux armes, de recourir à des mesures de contrainte plus ou moins rigoureuses, plus ou moins étendues, généralement désignées sous le nom de 'représailles'* ».

¹⁶ C. CALVO, *Le droit international. Théorique et pratique. La guerre*, tome 2, Paris, 1872, p. 2. Et l'auteur, de poursuivre : « *De là découle ce principe fondamental de la société internationale : que toutes les questions de droit soulevées entre les nations doivent être réglées de manière qu'il ne soit pas dérogé à cette égalité réciproque dans laquelle elles sont toutes placées à l'égard les unes des autres. En l'absence d'autre moyen de règlement, chaque nation a recours aux forces réunies de tous ses membres et tâche, en en faisant usage contre qui lui a causé préjudice, de protéger, de défendre ou de revendiquer ce qu'elle considère comme son droit. Ainsi, faute de pouvoir obtenir réparation par les voies judiciaires, elle est fatalement entraînée à une nécessité inévitable : l'appel à la force matérielle, la guerre* ».

¹⁷ Caractéristiques que l'on retrouve encore aujourd'hui mais dans un contexte institutionnel qui a profondément évolué, sous l'effet de la mise en place de l'Organisation des Nations Unies.

¹⁸ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public. La responsabilité internationale des Etats à l'épreuve de la guerre*, Paris/Bruxelles : LGDJ/Bruylant, 2002, pp. 430-431.

¹⁹ *Id.*, p. 431.

²⁰ C. CALVO, *Le droit international. Théorique et pratique. La guerre*, tome 2, Paris, 1872, p. 1.

Dans l'esprit de MONTESQUIEU, la guerre est un moyen de conservation des Etats mais pour la majorité de la doctrine, la guerre est un moyen de faire valoir ses droits, lorsque les moyens pacifiques sont inefficaces. GROTIUS la définissait comme « *l'état d'individus qui vident leurs différends par la force* » tandis que pour VATTEL, « *la guerre est cet état dans lequel on poursuit son droit par la force* ».

Deux précisions doivent être immédiatement apportées.

Cette fonction de la guerre comme moyen de protection de l'Etat, de sa survie ou simplement de ses droits et intérêts (termes plus lâches) n'est pas la seule - même s'il s'agit de celle qui est surtout mise en avant - assignée par les juristes internationalistes ou les théoriciens de la guerre. Pour LIEBER, la guerre peut par exemple poursuivre un objectif de développement de la civilisation : « *quelque paradoxal que cet argument puisse paraître, il est indubitable que la guerre met les peuples en contact immédiat et opère un fécond échange de pensées et de sentiments entre les nations, qui autrement resteraient toujours isolées ; c'est une lutte, c'est un état de souffrance nécessaire, mais en même temps salutaire pour l'humanité* »²¹. A le lire, l'on devine aussi que les guerres de colonisation ne sont pas des guerres au sens du droit des gens qui ne se conçoivent qu'entre nations et non entre un Etat et des « sauvages », ce qui va avoir pour conséquence d'exclure pendant longtemps ce genre de guerres du champ d'application du droit international humanitaire né dans la seconde moitié du 19^e siècle²². On parle d'ailleurs, sans toujours être obligé de le préciser, de « droit des gens des nations civilisées ».

D'autres auteurs, historiens et juristes, font du droit à la guerre une nécessité non plus systémique mais biologique, la force et la puissance étant placées à la source du *jus ad bellum* – ce que l'on retrouve dans certains discours contemporains -²³.

La guerre a pu également, dans une perspective de « moralisation des relations entre Etats » se voir reconnaître une fonction de punition – et non pas simplement de réparation – ou de secours dont on reparle à l'heure actuelle au nom d'impératifs humanitaires²⁴.

La seconde précision qu'il faut apporter est que si le droit international classique ne fait que « constater » l'état de guerre sans l'interdire ni l'institutionnaliser, cela ne signifie pas que la mise en œuvre de cette compétence des Etats en la matière soit absolue et sans remonter jusqu'aux riches théories de la guerre juste dans la pensée chrétienne²⁵, l'on peut se contenter de citer GROTIUS et VATTEL sur les conditions qui doivent être remplies ou les objectifs poursuivis pour qu'une guerre déclarée par un souverain soit considérée comme licite. Pour le premier en effet, « *elle ne doit être entreprise qu'en vue d'obtenir justice* »²⁶ tandis que pour Emer de VATTEL, pèse sur le souverain une « *espèce de responsabilité juridique* », celle du « *le souverain qui prodigue le sang de ses plus fidèles sujets sans nécessité ou sans raisons pressantes, qui expose son peuple aux calamités de la guerre, lorsqu'il pourrait les faire jouir d'une paix glorieuse et salutaire* »²⁷.

Dans cette société internationale classique où la guerre n'est pas discréditée mais qui en fait, selon une formule bien connue, un prolongement de la politique extérieure des Etats, des tentatives de *moralisation* des relations internationales ont été soutenues par certains Etats ou de grands penseurs, mais qui n'ont pas réussi à limiter réellement la liberté des Etats avant 1939.

²¹ Cité in C. CALVO, *op. cit.*

²² Sur ce droit international humanitaire comme droit d'exclusion créé dans un contexte de fort colonialisme, voy. F. MÉGRET, « From 'savages' to 'unlawful combatants': a postcolonial look at international law's 'other' » (à paraître).

²³ G. COMBESCURE, *Les déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, thèse 1918, Dijon : Imprimerie P. Berthier, pp. 39 et ss. ; pp. 67 et ss. (il explique notamment les thèses soutenues par Bernhardt sur le droit à la guerre, plaçant la « lutte » comme « *la loi naturelle fondamentale de toutes les autres lois naturelles* »).

²⁴ Voy. notamment la thèse de D. BEAUFORT, *La guerre comme instrument de secours ou de punition. Aperçu des idées sur le droit des gens et la morale des nations, spécialement en ce qui concerne la guerre comme instrument de secours ou de punition, d'après les auteurs de l'époque patristique et du moyen-âge et d'après Grotius*, La Haye : Martinus Nijhoff, 1933, 182 p.

²⁵ A. TRUYOL Y SERRA, *Histoire du droit international public*, Paris : Economica, 1995, pp. 24 et ss.

²⁶ Cité in C. CALVO, p. 21.

²⁷ *Ibid.*

II. L'ECHEC DE LA MORALISATION DES RELATIONS INTERNATIONALES.

Lorsque l'on avance que la guerre est une nécessité systémique, cela ne signifie pas que les moyens de régler les différends soient inexistant dans cette société internationale classique. Bien au contraire, ils existent, ils sont nombreux mais ils suscitent la méfiance des Etats et ne suffisent en tous les cas pas pour exclure de recourir à la force en dernier lieu.

a) Certes la **place du juge** dans cet ordre juridique international est très faible : quelques juridictions sont créées et expérimentées localement comme la Cour centraméricaine de Justice par exemple qui est établie le 20 décembre 1907 par la Convention de Washington et qui présente la particularité d'être accessible à la personne privée²⁸. Puis à l'issue de la Première Guerre Mondiale est créée la Cour Permanente de Justice Internationale et même si elle a eu une activité consultative et contentieuse qui produit encore des effets dans le droit international contemporain, son instauration ne suffit pas à modifier la nature profonde de la société internationale telle que décrite ci-dessus²⁹.

Quant à l'arbitrage international, sans remonter jusqu'à l'Antiquité, il est lui aussi connu dans son sens moderne, au moins depuis la célèbre affaire de l'Alabama tranchée en 1872 et opposant le Royaume-Uni aux Etats-Unis³⁰. Une Cour permanente d'arbitrage est même mise en place en 1899, par la Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux adoptée dans le cadre de la première Conférence de la Paix qui s'était tenue à La Haye en 1899³¹.

D'autres modes de règlement pacifique des différends, non judiciaires cette fois, existent aussi et sont utilisés en pratique tels que les bons offices et l'on retrouve chez de nombreux juristes internationalistes du 19^e siècle l'idée de subsidiarité du recours à la guerre, qui veut que les Etats, avant de mettre en œuvre ce droit, utilisent d'abord ces moyens pacifiques. Certes, ils n'ont pas l'obligation de régler pacifiquement leurs différends – il ne s'agit pas là d'une obligation de résultat – mais comme l'indiquera d'ailleurs la CPJI, ils ont une obligation de comportement, celle de négocier, même si ces négociations n'aboutissent pas et ne permettent pas de vider le litige.

Les moyens de régler les différends, tantôt non juridictionnels, tantôt juridictionnels, existent donc dans la société internationale d'avant 1945³² et ils sont même considérés comme relevant du droit coutumier à cette époque classique. Lorsque l'on parle de la guerre comme nécessité systémique, cela ne renvoie en tous les cas pas à une carence structurelle ou institutionnelle de la société internationale qui met déjà à la disposition de ses sujets des techniques de règlement des conflits.

Au surplus, la deuxième moitié du 19^e et la période allant jusqu'en 1939 se caractérise par un vaste mouvement de **moralisation des relations interétatiques**³³ ponctuées par des Conférences de paix (La Haye, 1899, 1907) et par des textes plus ou moins contraignants visant à limiter, voire interdire l'usage de la force dans la société internationale³⁴. Outre les deux Conventions de La Haye sur le règlement pacifique

²⁸ Cette juridiction se réunit en deux sessions (1908-1913 et 1913-1917) et règle essentiellement des litiges entre ressortissants européens et Etats d'accueil des investissements économiques.

²⁹ Un projet de création d'une Cour criminelle internationale se trouvait également dans la Convention de 1937 sur la prévention du terrorisme mais cette dernière n'étant jamais entrée en vigueur, la juridiction pénale internationale n'a elle-même jamais vu le jour.

³⁰ De 1822 à 1909, plus de 300 traités d'arbitrage sont signés entre les Etats (D. Alland, *dir.*, *Droit international public*, PUF : coll. Droit international, p. 62).

³¹ Lors de la Deuxième Conférence pour la Paix qui s'est tenue en 1907, une autre Convention pour le règlement pacifique des conflits internationaux est adoptée et dont les principes qu'elle contient sont aujourd'hui considérés comme faisant partie de la coutume. Sur l'anniversaire de cette Deuxième Conférence pour la Paix, voy. le numéro spécial de la *Netherland International Law Review*, 2007, vol. LIV, Issue 2.

³² Ces moyens pacifiques de régler les différends sont repris à l'article 33§1 de la Charte des Nations Unies de 1945 selon lequel : « *Les parties à tout différend dont la prolongation est susceptible de menacer le maintien de la paix et de sécurité internationales, doivent en rechercher la solution, avant tout, par voie de négociation, d'enquête, de médiation, de conciliation, d'arbitrage, de règlement judiciaire, de recours aux organismes ou accords régionaux, ou par d'autres moyens pacifiques de leur choix* ».

³³ Sur cette moralisation du droit des gens et plus généralement, pour une réflexion des rapports entre la morale et la formation de la règle de droit international, voy. R. Kolb, *Réflexions de philosophie du droit international*, Bruxelles : Bruylant, 2003, pp. 359 et ss.

³⁴ Cette moralisation des relations entre Etats ne fait cependant pas l'unanimité parmi les juristes et historiens. Analysant la doctrine allemande de la fin du 19^e et du début du 20^e siècles, G. Combescure relate la franche hostilité

des conflits internationaux adoptées en 1899 et 1907, l'on peut également évoquer le Pacte de la SDN de 1919 qui introduit timidement une distinction entre les guerres licites et les guerres illicites, les Accords de Locarno de 1925 concernant notamment la situation de la Rhénanie et fixant le *statu quo* territorial de 1919 et bien évidemment le Pacte Briand-Kellogg adopté le 27 août 1928 à l'initiative du Ministre des Affaires étrangères français qui voulait attirer dans un système de sécurité collective les deux grands absents, à savoir les EU et l'URSS. Ce Traité, d'abord bilatéral, a été voulu par Briand comme universel et, ironie de l'Histoire, il réunit à la veille de la Seconde Guerre Mondiale, un nombre non négligeable de ratifications des Etats³⁵ et qui a pour finalité de mettre la guerre « hors la loi internationale »³⁶. Son titre officiel est d'ailleurs évocateur : il s'agit d'un *Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale*³⁷.

On assiste également, à la même période, à une « **moralisation** » de la guerre elle-même entre **Etats** puisque sont adoptées les premières grandes Conventions de droit international humanitaire qui visent non pas à interdire la guerre mais à limiter les souffrances infligées au cours de celle-ci : naît ainsi le *jus in bello* qui a pour vocation à contraindre – mais non à interdire – la mise en œuvre du *jus ad bellum* des Etats.

Au plan normatif, le droit international classique, longtemps a-moral, se dote donc, à cette période charnière de la fin du 19^e siècle et du début du 20^e de textes, d'outils et de mécanismes qui constitueraient un substitut et un palliatif efficaces et effectifs à la guerre. Cette évolution rencontre au surplus l'adhésion d'un grand nombre d'Etats : le continent américain pour des raisons historiques a été très actif dans l'élaboration de cette nouvelle architecture de la société internationale³⁸ mais également les grandes puissances européennes que sont encore la France et le Royaume-Uni par exemple³⁹.

Le discours normatif ne peut cependant pas fermer les yeux sur la pratique et sur le fait que cette évolution n'a pas empêché la Seconde Guerre Mondiale.

Or, au moins deux éléments peuvent être avancés pour expliquer cette inefficacité de l'interdiction du recours à la force.

Tout d'abord, d'après certains grands auteurs de la fin du 19^e-début 20^e les Etats éprouveraient une grande méfiance ou plutôt un scepticisme non dissimulé – qui n'a sans doute pas totalement disparu aujourd'hui – sur l'efficacité des moyens pacifiques des différends pour les motifs indiqués plus haut quant à la nature de la société internationale.

Dans un cours de droit international professé à Oxford et publié en français en 1890, Sir H. MAINE porte un regard critique sur l'arbitrage international dont il reconnaît pourtant que son pays l'a souvent utilisé : « *Les nations se battent aujourd'hui parce qu'elles ne peuvent aller en justice. La vieille conviction que les différends entre Etats se trouvent soumis par la guerre à un arbitrage surnaturel semble désormais abandonnée. Mais s'il n'est pas de tribunal international qui, de droit, puisse connaître des discussions entre les peuples, on peut lui désigner un remplaçant dans l'arbitrage international. Que chaque litige soit donc soumis à un arbitre ou à une réunion d'arbitres ; et que*

que cette volonté de prohiber la guerre suscitait chez certains auteurs allemands : selon Berhardi en effet, « *les efforts tentés en vue de l'abolition de la guerre ne sont pas seulement insensés, mais doivent être considérés comme franchement immoraux et stigmatisés comme indignes de l'humanité* » (cité in G. Combescure, *Les déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, thèse 1918, Dijon : Imprimerie P. Berthier, p. 44).

³⁵ Il réunit à la veille de la Seconde Guerre Mondiale 65 Etats, ce qui en fait presque un traité universel compte tenu de la configuration de la société internationale de l'époque.

³⁶ Sur les doutes suscités par le contenu et la portée exacts du Pacte, quelques années après son adoption, voy. Q. WRIGHT, « The meaning of the Pact of Paris », *American Journal of International Law* 1933, pp. 39 et ss.

³⁷ Selon l'article I du Pacte de Paris, « *les Hautes parties contractantes déclarent solennellement au nom de leurs peuples respectifs qu'elles condamnent le recours à la guerre pour le règlement des différends internationaux, et y renoncent en tant qu'instrument de la politique nationale dans leurs relations mutuelles* ».

³⁸ Cf l'intervention armée au Venezuela par les Puissances européennes pour le recouvrement des dettes : elle a donné lieu à la Convention dite Drago-Porter de 1907.

³⁹ Comme le souligne R. KOLB (*Réflexions de philosophie du droit international, op. cit.*, pp. 360-361), : « *historiquement, les principes moraux ont eu une grande influence sur la formation du droit international moderne.* » Et l'auteur d'en citer quelques exemples tels que « *l'édification d'un jus contra bellum (...); le développement du jus in bello (...); les Quatorze Points du Président Wilson tendant à un règlement politique que moral des relations internationales (...); l'organisation de la coopération internationale à travers une série d'organisations internationales (...); la percée de la protection des droits de l'homme au niveau international (...); la poursuite pénale des grands criminels (...)* » etc.

les communautés civilisées s'inclinent devant la décision, sans plus protester qu'elles ne le font en se soumettant aux arrêts d'une cour de justice. La foi dans l'efficacité de ce remède se répand de plus en plus aujourd'hui. »⁴⁰

Tout en reconnaissant les bénéfices que la société des Etats tirerait de l'arbitrage⁴¹, H. MAINE revient cependant sur la **principale faiblesse du droit international qui réside dans l'absence de force coercitive** qui garantirait, comme dans l'ordre judiciaire anglais dont il s'inspire, l'exécution des sentences : « *Le manque de force coercitive est, au fond, la grande lacune qui accompagne toutes les tentatives pour améliorer le droit international au moyen d'expédients empruntés à l'économie interne des Etats, - pour le perfectionner à l'aide d'une sorte de législation, ou d'une sorte d'administration du droit par des tribunaux organisés* »⁴². Il parle alors de « *désavantage lamentable* » ou des « *infirmités de tout genre* » dont est frappé le droit international dans la mesure où « *lorsque, en dernier ressort, deux ou plusieurs puissances discordantes se sont montées à ce degré de passion furieuse où l'on prend la détermination de se battre, le reste du monde civilisé, encore que convaincu de l'inutilité de la lutte (...), n'a, dans l'état actuel des relations internationales, aucun moyen d'interdire ou de punir l'attaque à main armée d'un Etat contre un autre Etat* »⁴³.

A défaut de tribunal international, l'arbitrage doit donc être encouragé mais avec ces faiblesses congénitales de la société dans laquelle il va être développé.

Ces critiques et méfiance à l'égard de l'arbitrage jugé au surplus trop coûteux sont encore plus fortes pour les juristes et historiens d'Etats puissants qui entendaient ne pas être contraint par le droit des gens en ce début de 20^e siècle⁴⁴.

Dans le même ordre d'idée, l'on note aussi que si la condamnation par les textes de la guerre n'a eu aucun effet pratique, cela est dû une autre faiblesse de l'ordre juridique international, à savoir **l'absence « d'institutionnalisation des rapports interétatiques »**⁴⁵. La limitation puis l'interdiction du recours à la guerre sont progressivement posées par le droit international mais elles ne s'appuient pas sur des institutions qui seraient en charge de la mise en œuvre de ces prescriptions. Certes, la Société des Nations a bien été une première tentative, en 1919, de mettre en place un système de contrainte collective, s'appuyant sur des organes propres mais elle ne repose pas sur l'interdiction du recours à la force – le Pacte de la SDN ne tentant que de le limiter et le Pacte Briand-Kellogg de 1928 étant adopté en dehors de cette organisation internationale –. Or, comme le relève un auteur, « *des tentatives ont été faites (...) pour 'mettre en harmonie' le Pacte de la Société des Nations avec le Pacte de Paris, ou du moins pour refléter dans un accord conventionnel (...) l'interaction entre l'interdiction du recours à la force, le droit de légitime défense, le recours collectif à la contrainte sous l'égide de la Société des Nations et le règlement pacifique des différends. Leur échec, notamment lié aux difficultés d'un désarmement généralisé envisagé comme préalable, est sans doute, plus fondamentalement, le signe du manque de compréhension partagée de ce que l'interdiction du recours à la guerre ne pouvait pas être seulement envisagés dans des rapports interétatiques mutuels mais appelait, pour être crédible et faire sens, le renforcement d'une structure institutionnelle commune minimalement incarnée par la Société des Nations* »⁴⁶.

En conclusion mais aussi en guise d'ouverture, il faut rappeler que c'est en grande partie contre ce modèle qu'a été forgée l'Organisation des Nations Unies en 1945, réunissant dans un même ensemble

⁴⁰ H. MAINE, *Le droit international. La guerre*, Paris : E. Thorin, 1890, p. 276.

⁴¹ Encore que, sur ce point, il n'y a pas non plus d'unanimité parmi les juristes et historiens. Dans sa thèse précitée sur la doctrine allemande de la guerre, G. COMBESCURE relate les critiques très virulentes adressées par des juristes et historiens avant la Première Guerre Mondiale au règlement pacifique des différends qui présente comme principal inconvénient de contrarier les « *lois naturelles* » et de « *reconnaître le même droit à l'existence au faible et au fort* » (*Les déformations du droit des gens, op. cit.*, p. 45).

⁴² *Id.*, p. 277.

⁴³ *Id.*, p. 290. Et l'auteur, de poursuivre : « *Le public, dont l'opinion compte, peut en grande majorité condamner la guerre imminente ; mais il n'existe point de représentant du Droit des gens pour intervenir au milieu des combattants qui se précipitent tête baissée dans la lutte. La quantité de force à la disposition de ce que l'on appelle la République des Peuples est au total immense, et serait presque irrésistible. Pourtant, mal distribuée et médiocrement dirigée, elle est trop souvent impuissante, non seulement pour appuyer le bien, mais pour prévenir un mal avéré* ».

⁴⁴ Sur la conception du droit de la guerre dans la doctrine allemande d'avant la Première Guerre Mondiale, voy. G. COMBESCURE, *Les déformations du droit des gens en Allemagne avant la guerre*, thèse 1918, Dijon : Imprimerie P. Berthier, 149 p.

⁴⁵ P. D'ARGENT, *Les réparations de guerre en droit international public, op. cit.*, p. 435.

⁴⁶ *Id.*, p. 436.

porteur, au surplus, d'un projet sociétal⁴⁷, l'interdiction du recours à la force avec les exceptions prévues par la Charte⁴⁸, l'obligation de régler pacifiquement les différends⁴⁹ et la mise en place d'un système de sécurité collective entre les mains d'un organe restreint qu'est le Conseil de Sécurité des Nations Unies⁵⁰.

Le texte de 1945 pose en effet le principe de l'interdiction du recours à la force avec, pour corollaire, l'obligation de régler pacifiquement les différends lorsque la prolongation de ceux-ci est susceptible de menacer la paix et la sécurité internationales. Le Conseil, parfois présenté comme un organe restreint et hiérarchisé – de par son mode de fonctionnement – se voit reconnaître la responsabilité principale en matière de maintien de la paix, responsabilité qu'il partagera, en cas de paralysie, avec l'Assemblée générale⁵¹. Si le mot « guerre » disparaît du vocabulaire, la chose est quand même conservée dans le système mis en place après 1945 sous l'angle du fameux droit naturel de légitime défense visé à l'article 51 de la Charte. En effet, l'on présente parfois la Charte comme une espèce de contrat social entre les Etats qui, s'ils adhèrent au nouveau système de sécurité collective, ne gardent pas moins à l'esprit les attermoissements de l'ancien – la Société des Nations – et ne sont donc pas prêts à renoncer absolument à leur droit à la guerre. La guerre (« le recours à la force ») est également possible en cas de menace ou de rupture de la paix ou d'agression, mais il ne s'agit plus là d'une compétence entre les mains des Etats, mais que ces derniers ont accepté de remettre au Conseil de Sécurité. Il n'est pas nécessaire de développer plus avant ces propos sur les Nations Unies qui seront certainement repris lors de la présentation de la Cour internationale de Justice mais il est impossible de taire, dans cette présentation sur la compétence de guerre des Etats, la résurgence dans les discours et dans les faits de cette croyance en un droit à la guerre des Etats certes à des fins moralisatrices et même presque religieuses, surtout depuis 2003 et l'invasion américaine en Irak, au point que certains – une partie de la doctrine américaine, s'interroge sur la persistance de cette prohibition du recours à la force⁵², voire la réfute purement et simplement⁵³.

La question se pose alors de savoir s'il s'agirait là d'un retour à la société internationale d'avant 1945 ou d'une approche nouvelle de la guerre qui n'avait, au fond, jamais disparue du droit des gens mais qui ne servirait pas tant les intérêts d'un seul Etat mais qui serait engagée au nom de la sauvegarde des valeurs de la communauté internationale.

⁴⁷ Comme l'explique N. SCHRIJVER en s'appuyant sur le Préambule de la Charte des Nations Unies du 26 juin 1945, l'Organisation avait certes, à l'origine, pour objectif de maintenir une « paix négative », c'est-à-dire l'absence de guerre, mais son traité constitutif est également porteur d'une « morale politique » : « *la Charte voyait plus loin que l'horizon de la réalpolitik. Elle dessinait une perspective inspirée par la morale politique, parfois qualifiée de 'paix positive', c'est-à-dire la contribution à la faculté de vivre dans la dignité et dans la liberté, faculté reconnue à tous les peuples, à tous les individus* » in R. CHEMAIN et A. PELLET, *La Charte des Nations Unies, Constitution mondiale ?*, Paris : Pédone, CEDIN, Cahiers Internationaux n°20, p. 86 (« Les valeurs générales et le droit des Nations Unies »).

⁴⁸ Ces exceptions sont posées dans le Chapitre VII de la Charte (art. 39, 42 et 51) : autorisation donnée par le Conseil de Sécurité en cas de menaces ou de rupture de la paix et légitime défense individuelle ou collective.

⁴⁹ Art. 2§3 et 33 de la Charte des Nations Unies.

⁵⁰ Art. 24 de la Charte des Nations Unies.

⁵¹ Grâce à la fameuse Résolution 377/50 de l'Assemblée générale dite Résolution « Acheson » qui a récemment été réactivée par l'Assemblée, lorsqu'elle a saisi la Cour internationale de Justice pour avis sur la *Construction d'un mur en territoire palestinien occupé* (avis rendu le 9 juillet 2004).

⁵² Pour un rappel d'ensemble des débats et pour une conclusion dans le sens de la persistance des règles posées par la Charte des Nations Unies en 1945 malgré l'évolution du contexte international et l'apparition de nouvelles menaces telles que le terrorisme ou la prolifération des armes de destruction massive, voy. A. S. WERNER, « The use of force and contemporary security threats: old medicine for new ill? », *Stanford Law Review* 2006, vol. 59, Issue 2, pp. 415 et ss.

⁵³ Voy., parmi l'un des plus radicaux, M. GLENONN, « Why the Security Council Failed », *Foreign Affairs* May/June 2003 (<http://www.foreignaffairs.org>).

LUIGI NUZZO
Università del Salento, Lecce
lu.nuzzo@libero.it

Das Völkerrecht hat im XIX. Jahrhundert in Italien eine Entwicklung durchgemacht, die sich auf zwei verschiedenen Ebenen vollzog: der pädagogischen und der performativen. Beide kennzeichnen zwei zuerst entgegen gesetzte und anschließend sich deckende Erzählformen der Moderne: Nation als kulturelles Bedeutungssystem und Staat als geregelte Regierungsform. Seit den 60er Jahren des XIX. Jahrhunderts hatte die Rezeption seitens der italienischen Schule des Völkerrechts bürgerlichen Modells pandektistischer Prägung es gestattet, diese Entwicklung abzuschließen und aus der Nation Italien einen Nationalstaat zu machen. Der Nationalstaat war durch das Paradigma des Personenstaates gebildet worden, der seinerseits organischer Ausdruck der Nation war¹. Der junge italienische Staat konnte jegliche konstituierende Option verneinen, seine völlige Autonomie der Politik gegenüber behaupten und jede voluntaristische und vertragliche Grundlage ausschließen, worauf der Begriff Nation unweigerlich hinwies. Er stellte ein juristisches, und daher souveränes Ur-Subjekt dar, eine vom Volkswillen unbeeinträchtigte Autorität².

1902 war das Bild klar definiert, als ein großer, in Vergessenheit geratener Jurist, Enrico Catellani, sogar Mazzini auf den Plan rufen konnte, indem er sagte, dass das von dem Genueser Denker mit seiner *Giovane Italia* wieder auferweckte und den Schriften der Philosophen und Gesängen der Dichter offenbarte Nationalbewusstsein, seinen höchsten und handgreiflichsten Ausdruck in den Werken der Juristen gefunden hatte, weil das Thema des Juristen das „*eco di una voce che comanda*“ ist³.

Nicht selten trifft man auf Mazzini-Zitate in den juristischen Schriften. Im XX. Jahrhundert beginnen eben jene nationalistischen Verzerrungen des mazzinischen Gedankens, aber in diesem Fall ist der Grund, der Mazzinis Anwesenheit rechtfertigt, ein anderer.

Die Möglichkeit ihn zu zitieren besteht, weil die Juristen gewonnen hatten; sie hatten ihren imaginären Staat realisiert. Das revolutionäre Element in Mazzinis Gedanken hatte schon seine Wirksamkeit verloren und war sogar bei der Forderung einer zentralen Funktion der juristischen Bewegung im nationalen Vereinigungsprozess von Nutzen.

Der Sieg der Juristen lag nämlich darin, dass sie die Politik durch den Filter der juristischen Formen neutralisiert hatten und innerhalb ihrer Gesprächsstrategien sogar auf Mazzini zurückgreifen konnten. Nach Catellanis Meinung war es den Juristen zu verdanken, wenn mehr oder weniger maßlose

* Die Arbeit an diesem Artikel habe ich während eines Aufenthalts an der Robbins Collection (School of Law, University of California at Berkeley) begonnen. Ich danke seinem Direktor Prof. Laurent MAYALI für die außergewöhnliche Gastfreundschaft. Der Artikel ist Teil eines von der Alexander Humboldt Stiftung finanzierten Forschungsprojekts mit dem Titel: *Zwischen Kolonialismus und Völkerrecht. Die Bildung des eingeborenen Rechtssubjekts (XIX. XX. Jahrhundert)* und wird derzeit beim Max Plank Institut für europäische Rechtsgerichte in Frankfurt/M. realisiert.

¹ P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa. La civiltà liberale*, vol. 3, Roma 2001, S. 137 ff.; S. 551 ff.; B. ANDERSON, *Comunità immaginate: origini e fortune dei nazionalismi*, Roma 1996.

² P. COSTA, *Lo stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana tra Otto e Novecento*, Milano, 1986, S. 39 ff.; 59-63; M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano 1979.

³ E. CATELLANI, *Il diritto internazionale privato e i suoi recenti progressi*, B. II, *Il Savigny, la scuola italiana e gli sviluppi più recenti della dottrina dell'ordine pubblico*, Torino 1902, S. 120.

Unruhen und das Wiedererwachen des Nationalbewusstseins eine formale und rationelle Gestalt angenommen hatten⁴.

Nachdem die Nation in einen Staat eingegangen war, flösste der Name Mazzini keine Angst mehr ein und konnte sich in das juristische Denken einbringen. Die gesamte zweite Hälfte des XIX. Jahrhunderts war dies nämlich unmöglich gewesen.

Mazzini als wichtiger Interpret des Gedankens Italien als Nation und Hauptakteur in der Geschichte unseres Risorgimentos, war sowohl von den Staatsrechtlern als auch von den Völkerrechtlern ignoriert worden und das ist wahrscheinlich der Grund dafür, dass er weder bei den Juristen noch bei den Historikern auf das ihm gebührende Interesse stieß. Nach Meinung der Republikaner war er sowohl von den juristischen Zirkeln des XIX. Jahrhunderts auszuschließen, die wie er ins Exil hatten gehen müssen und in deren Vorstellung Italien aufgrund eines freiwilligen Zugehörigkeits-Prinzips politisch hätte vereinigt werden sollen. Sie sahen dabei die Nation als eine Form der politischen Rationalität, in der Lage die Unterschiede durch den Hinweis auf eine gemeinsame Identität, in anderen Worten auf eine gemeinsame Vergangenheit, Sprache und Kultur, aufzulösen und zu verschmelzen.

So gibt es einerseits einen Überfluss an Mazzinis Gedanken, den die Juristen nicht annehmen können, einen Überfluss, der meiner Meinung nach nicht auf dem Feld der Identität zu suchen ist, sondern im Gegenteil in dem Gewicht, das dem Willen und der dem Volk zugeordneten politischen Zentralstellung zuzuschreiben ist. Andererseits gibt es aber auch Übereinstimmungen: die politischen und die juristischen Pläne zu *nation* und *state building* werden mit Bezug auf das Nationalitätsprinzip definiert und setzen beide eine starke freiwillige Komponente voraus.

Um diese Übereinstimmungen nachzuweisen, werde ich der Analyse Mazzinis diejenige Mancinis gegenüberstellen und anschließend die Standhaftigkeit der Übertragung des neapolitanischen Juristen in der italienischen und europäischen Debatte seiner zeitgenössischen Völkerrechtlern in Augenschein nehmen⁵.

Fangen wir bei Mazzini und der berühmten *Istruzione generale per gli affratellati della Giovine Italia* von 1831 an. Darin macht man die Nation in der Universalität der Italiener aus, die von einem politischen Abkommen und einem gemeinsamen Gesetz vereint und von der innigsten Kenntnis ihrer Nationalität, des tiefen Bewusstseins einem Ganzen anzugehören, beseelt sind. Gleichzeitig definiert sich das pädagogische Projekt der Bildung des Volkes. Die Erziehung zum Aufstand und wiederum der Aufstand als nationales Erziehungsprinzip schaffen Einheit und daraus entsteht das aktive Bewusstseinsprinzip, das es Elementen wie Sprache, Territorium und Rasse erlaubt zu interagieren und den von den übertriebenen Steuern, der Gewalttätigkeit der Mächtigen und dem religiösen Stumpfsinn unterdrückten Massen gestattet, sich der ihnen innewohnende Kraft bewusst zu werden⁶. Die Massen, schreibt Mazzini in einem Artikel des darauf folgenden Jahres über die Gründe der in Italien nicht erfolgten Freiheitsentwicklung, brauchen eine Veränderung, sie sehnen sie herauf und werden sie akzeptieren, wann immer sie ihnen geboten wird. „Tutto sta nel guidarle“⁷. Es werden also vertrauenswürdige Führer des Volkes gebraucht, die sich voll sowohl der revolutionären als auch der nationalen Idee bewusst sind und über die Fähigkeit verfügen, diese auch der Gesellschaft zu übermitteln. Dabei sollen sie das Verlorene vereinen und die Volksmenge in eine durch die Einheit der Prinzipien, der Ziele und des Rechts geleitete Nation verwandeln. Der pädagogische und der performative Aspekt im Gedanken Mazzinis überschneiden sich und verlaufen ineinander. Die Leute, die Masse kann nur durch das Disziplinieren einer fortlaufend revolutionären aufständischen Pädagogik, geprägt vom Streben nach einer totalen, moralischen und materiellen Einheit, zum politischen Subjekt werden. Das Pädagogische ist für Mazzini vollziehbar, es erschöpft nämlich die disziplinierende Dimension völlig und legt dadurch sowohl das zur Darstellung der nationalen Einheit unabdingbare, eigentliche Rechtskonzept als auch das Prinzip der nationalen

⁴ CATELLANI, *Il diritto internazionale privato*, zit., S. 120-123.

⁵ Für einen Vergleich zwischen Mancini und Mazzini s. F. RUFFINI *Il principio di nazionalità in Giuseppe Mancini e in Pasquale Stanislao Mancini*, in Id., *L'insegnamento di Mazzini*, Milano 1917, S. 17-58; F. LOPEZ DE OÑATE, *Pasquale Stanislao Mancini e la dottrina della nazionalità nel Risorgimento italiano*, in P.S. Mancini, *Saggi sulla nazionalità*, hg. von F. Lopez de Oñate, Roma 1944, S. 7-24.

⁶ G. MAZZINI, *Istruzione generale per gli affratellati della Giovine Italia* (1831), in Id., *Scritti editi ed inediti*, B. II, Imola 1907, S. 45-56; S. MASTELLONE, *Mazzini e la Giovine Italia (1831-1834)*, Pisa 1960; Id., *Il progetto politico di Mazzini (Italia – Europa)*, Firenze 1994; R. SARTI, *Mazzini: a Life for the Religion of Politics*, London 1997.

⁷ G. MAZZINI, *D'alcune cause che impedirono finora lo sviluppo della libertà in Italia* (1832), in Id., *Scritti editi ed inediti*, cit. S. 155.

Volkssouveränität frei, dem unerlässlichen Ziel jedes republikanischen politischen Projektes⁸. Es wäre daher ein Fehler das Recht, von dem Mazzini spricht, einfach mit dem Gesetz zu identifizieren. Es ist weit mehr: es ist ein von Gott kommender moralischer Befehl, der auf einem Universalgesetz basiert und gleichzeitig Teil der menschlichen Natur ist; ein Ganzes aus gebilligten Werten, an denen man auf natürliche Weise teilhat und auf die das Individuum, also das Rechtssubjekt, seit der französischen Revolution Inhaber der Rechte, zurückgeführt werden kann.

Die französische Revolution, so schreibt Mazzini 1834 und noch ausführlicher 1871, hat eine Epoche abgeschlossen, ohne eine neue einzuleiten⁹. Dieser neuen Epoche fehlt «nella formola dei diritti la formola dell'avvenire», aber sie basiert auf der Menschlichkeit und auf *Dichiarazioni di principi* die den nationalen Gesetzbüchern vorangehen müssen. Das gestattet es jeglichen egoistischen und individuellen Impuls auszuschließen und durch die verbindende Kraft, die alle gesellschaftlichen Elemente unauflöslich vereint, jede tyrannische und totalitäre Neigung des Souveränitätsprinzips zu vermeiden.

1871 widmete er sich erneut den Überlegungen bezüglich die französische Revolution und bestand noch entschiedener auf die Beschränktheit eines politischen Konstrukts, das sich um das Individuum und das jedem Bürger zugestandene Recht auf Freiheit und Gleichheit dreht und das Prinzip der Volkssouveränität, nicht auf allgemeine Pflichten, die göttliche Vorsehung oder eine religiöse und politische Bindung basiert, das Individuum an die Menschheit fesselnd, sondern auf «una semplice e banale convenzione»¹⁰. Das Souveränitätsprinzip war ein zu innerst revolutionäres Prinzip, in der Lage das oberste Moralgesetz laufend zu interpretieren und es den Bedürfnissen der Nation anzupassen. Aber in *Du contrat social* hatte Rousseau dieses Prinzip reduziert und der Willkür der «ineducate und corrotte da un falso concetto di vita» Massen ausgesetzt. Tatsächlich fehlte es Rousseau «d'intelletto della vita collettiva, dell'umanità, della sua Tradizione, della Legge di progresso prefissa alle generazioni, del *fine comune* al quale dobbiamo tendere, dell'*associazione* che sola può a grado e grado raggiungerlo, non movendo che dalla filosofia dell'io e della libertà *individuale*, egli insterili quel fecondo principio fondandolo non sopra un dovere comune a *tutti*, non sopra una definizione dell'uomo creatura essenzialmente sociale, non sul concetto dell'Autorità divina e del disegno provvidenziale, non sul vincolo che lega l'*individuo* all'umanità della quale è fattore; ma sopra una semplice e palese *convenzione*»¹¹.

Mazzini dagegen erkannte zwischen der auf dem Begriff der Freiheit und des Rechts basierenden Doktrin des Ich und der spekulativen, aber mindestens genauso gefährlichen, des Wir kommunistischer Prägung, begründet auf den Begriff der Gleichheit und der Pflichterfüllung, einen Mittelweg, der die Vereinigung der beiden unterschiedlichen Positionen voraussetzte und reduzierte. Ich und Wir, Individuum und Menschheit, Freiheit und Gleichheit einerseits und Vereinigung andererseits stießen in der Nation aufeinander und trennten sich ein gemeinsames Ziel verfolgend: den Fortschritt¹².

Nur das Bewusstsein dieses gemeinsamen Zieles, durch einen Pakt dargelegt und dem Volk durch Bildung als moralische Erziehung nahe gebracht, gestattete es einem Volk Nation zu sein. «Un popolo che vuole essere nazione deve prima di ogni cosa interrogare se stesso, cercare negli arcani della propria coscienza e nelle proprie tradizioni il fine per cui fu posto da Dio sulla terra e la legge della propria vita, accertare con severo esame le proprie credenze, le proprie aspirazioni, i propri bisogni, commettere a suoi migliori per senno e virtù la loro espressione in un patto fondamentale e in un disegno d'Educazione nazionale e uniforme; poi porre a governo [...] gli intelletti che si sono chiariti colle opere loro più devoti alla patria»¹³.

⁸ MAZZINI, *D'alcune cause*, zit., S. 203 ff.

⁹ G. MAZZINI, *Dell'iniziativa rivoluzionaria in Europa*, in Ders., *Scritti politici*, hg. von T. Grandi und A. Comba, Torino 1972, S. 386-397

¹⁰ G. MAZZINI, *Sulla rivoluzione francese del 1789 Pensieri* (1871), in Ders., *Scritti editi ed inediti*, zit., B. 29, S. 217-255.

¹¹ MAZZINI, *Sulla rivoluzione francese*, S. 243-244.

¹² G. MAZZINI, *Agli Italiani [Programma della Roma del Popolo]* (1871), in Ders., *Opere*, B. II, *Scritti*, hg. von L. Salvatorelli, Milano, 1956, S. 843-846, «ciascun di noi è parte dell'Umanità, ciascun di noi vive della sua vita, ciascun di noi è chiamato a viver per essa, a contribuire a che si raggiunga il *fine* che le fu assegnato, a verificare per quanto possibile in ciascun di noi il tipo ideale, il pensiero divino che la guida. la legge è una per la vita individuale e per la vita collettiva espressione ambe d'un unico fenomeno universale modificato diversamente dallo spazio e dal tempo. E la Vita è, oggi noi lo sappiamo PROGRESSO»; s. auch Ders., *Gemiti, fremiti e ricapitolazione* (1871), in MAZZINI, *Opere*, B. II, cit., S. 921-948; vgl. P. COSTA, *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, 2. *L'età delle rivoluzioni*, Bari 2000, S. 532-550.

¹³ *Ibidem*.

2. Von der Politik zum Recht

Aber wenn bei Mazzini die Nation nur ein Mittel zum Erreichen eines Ziel, der Menschheit darstellte, wurde die Nation bei den Juristen zusammen mit dem dazu gehörenden Prinzip der Notwendigkeit eines Nationalbewusstseins, das Instrument, das es über den Filter des Gesetztes erlaubt, den Staat zu planen, das Pädagogische im Performativen aufgehen zu lassen. Der Schritt von Nation zu Staat, vom Völkerrecht zur internationalen Rechtswissenschaft ist weder einfach noch automatisch. Er bedarf eines Filters.

Pasquale Stanislao Mancini stellt einen der bedeutendsten Filter dar.

Auch für Mancini identifizierte sich die Nation in einer „società naturale di uomini che presuppone un'unità di territorio, di origine, di costumi, di lingua“, und vor allem war auch für Mancini das Nationalitätsbewusstsein das aktive Prinzip, in der Lage die reglosen Elemente zum Leben zu erwecken und ihnen zu gestatten, miteinander zu interagieren¹⁴.

In der Hand eines Juristen, und noch dazu eines persönlich im nationalen Vereinigungsprozess engagierten Juristen, verwandelte sich das Nationalitätsbewusstsein in ein juristisches Element und gestattete in dieser Form das Konzept der Selbstbestimmung und der politischen Souveränität zu sehen. Politisches Streben und juristische Prinzipien, das Recht auf Nationalität und Konstruktion des nationalen Rechts konnten bei Juristen von Schlag Mancinis, aber auch Pisanellis, nicht zusammen stehen¹⁵. Die Theorie Mancinis nur auf ideeller oder utopistischer Ebene zu deklinieren wäre daher ein Irrtum. Im Gegenteil muss sie zusammen mit den sie einschließenden Vorzügen bezüglich des Völkerrechts in einen präzisen politischen Kampf und eine außergewöhnliche eklektische Produktion bestehend aus forensischen Schriften, Gesetzestexten, parlamentarischen Reden und verlegerischen Projekten eingegliedert werden, die uns das wirkliche Bild des italienischen Juristen des XIX. Jahrhunderts wahrheitsgetreu wiedergeben: Rechtsanwalt, Professor und Parlamentarier¹⁶.

Auch Mancini wies in den ersten Seiten seiner berühmten Turiner Antrittsvorlesung von 1851, womit er den Kurs über Völker- und Seerecht an der savoyischen Universität eröffnete, die Anschuldigung der Utopie und des vagen Bestrebens vehement zurück, das der nationalen Idee allgemein entgegenschlug¹⁷. Religion, Rasse, Sprache, Traditionen und Gesetze waren die realen Elemente, die konkret das Wesen eines jeden Volkes darstellten. Sie hingen von den besonderen geographischen und klimatischen Bedingungen ab und zwangen zur Durchsetzung der territorialen Einheit. Die Nationalität war nämlich ein unveräußerliches Recht der Völker, das vom Grundrecht des Menschen auf Freiheit herrührte. Aber es war auch eine anspruchsvolle rechtliche Pflicht, wenn die Ausübung dieser individuellen und kollektiven Freiheit behindert wurde. In der Nationalität und der daraus entstehenden Freiheitsidee machte Mancini den politischen Grundstock jeglicher territorialen Aggregation oder einer *società naturale di uomini* aus. Für den Juristen aus Kampanien musste man dafür nicht auf den Mechanismus eines politischen Paktes oder eines Gesellschaftsvertrages zurückgreifen, dessen unvermeidliches Ziel nur ein Staat mit einer starken Neigung zur Macht und zur Unterdrückung war. Die nationale Einheit setzte nämlich nicht grundsätzlich einen Einheitsstaat voraus. Nationales Streben und staatliche Einigung konnten sich decken und, wie im Fall Italiens, zur Bildung eines Nationalstaates führen, aber angesichts der Ereignisse in Deutschland und den amerikanischen Staaten wurde die Existenz mehrerer Nationalitäten von den föderalen Bündnissen und der darin enthaltenen Einmaligkeit des politischen Subjekts nicht in Frage gestellt. Außerdem vertraute er, in Abwesenheit eines Gründungsaktes, die Rechtmäßigkeit der Staatsbildung und der Beziehungen sowohl der Menschen unter sich, als auch der Regierenden mit den Regierten, dem Bewusstsein einer gemeinsamen Nationalität an und sah deren Ausdruck in der «libera costituzione interna della nazione» und in der «indipendente autonomia verso le

¹⁴ P.S. MANCINI, *Della nazionalità come fondamento del diritto delle genti. Prelezione al corso di diritto internazionale e marittimo pronunciata nella Regia Università di Torino nel dì 22 gennaio 1851*, in Ders. *Diritto internazionale. Prelezioni con un saggio sul Macchiavelli*, hg. von A. Pierantoni, Napoli, 1873, S. 35; vgl. F. Colao, *L'idea di nazione nei giuristi italiani tra Otto e Novecento*, in *Quaderni Fiorentini*, 30 (2001), S. 268-293.

¹⁵ Vgl. F. TREGGIARI, *Pasquale Stanislao Mancini: Nazionale Recht und Recht der Nationalität*, in O. ZECCHINO (Hg.), *Pasquale Stanislao Mancini. L'uomo lo studioso il politico*, Napoli 1991, S. 493-525.

¹⁶ E. JAYME, *P.S. Mancini. Il diritto internazionale privato tra Risorgimento e attività forense*, Padova 1988; s. auch L. NUZZO, *Giuseppe Pisanelli e la cultura giuridica di una periferia*, in C. VANO (Hg.), *Giuseppe Pisanelli. Scienza del processo cultura delle leggi e avvocatura tra periferia e nazione*, Napoli 2005, S. 272-312.

¹⁷ MANCINI, *Della nazionalità*, zit., S. 7.

nazioni straniere». Das bedeutete, so fügte er in Anlehnung an Romagnosis Lehren hinzu, dass «lo stato naturalmente perfetto di una nazione, la sua Etnicarchia» der Kontrolle über das gesamte Staatsgebiet bedürfe, so wie es aus den natürlichen Grenzen entstanden war, der Existenz einer wirklich handlungsfähigen Regierung und einer realen Position von Gleichheit und Gleichberechtigung den anderen Nationen gegenüber¹⁸.

Innerhalb einer Diskussion, die den kulturellen Aspekt dem banal performativen vorzog und die Kraft der von einer gemeinsamen kulturellen Identität erzeugten Bindung preiste, sah Mancini in dem Bewusstsein einer Nation anzugehören die Legitimität der Ausübung der staatlichen Souveränität den Bürgern und der Nation gegenüber, den wirklichen Hauptakteur der internationalen Beziehungen und die «monade rationale» der Wissenschaft des Völkerrechts.

Die Geschichte gab den Weg vor. Ihre Lehre, ihre Beispiele bestätigten den Wert des Projekts Mancinis und den Abstand, den es den zaghaften Bestrebungen der humanitären Utopien und der Engherzigkeit der Staatsraison oder den Berechnungen der Kanzleien der einzelnen Staaten gegenüber aufwies. Die Nation war eine logische Vorform des Staates, dessen Natürlichkeit, Notwendigkeit, Geschichtlichkeit der Künstlichkeit und Willkür des letzterer gegenüberstand. Einerseits verkörperte und garantierte sie das Grundrecht auf Freiheit jedes Menschen und jedes Volkes, andererseits gebot es als «principio obiettivo» den Respekt der anderen Nationalitäten, «la eguale inviolabilità e protezione di tutte»¹⁹. Das Nationalitätsprinzip war ein universelles Friedensprinzip, dem die Juristen eine Rechtsform geben sollten und von dem aus man sich zur Bildung eines neuen Völkerrechts aufmachte.

Die Konsequenzen der Zentralität der Nation in der völkerrechtlichen Debatte und der Ausdehnung des Nationalitätsprinzips innerhalb des naturwissenschaftlichen Streites waren nicht unbedeutend. Mancini gelang es sie im folgenden Jahr in seiner Eröffnungsrede zum Kurs über Völkerrecht an der Universität Turin zu klären²⁰. Sein Projekt drehte sich um drei grundlegende Punkte: Beschränkung der Rolle der Traktate, die, weil von staatlichen Diplomaten verfasst, nicht befugt waren die unveräußerlichen Rechte der Nationen aufzuheben oder zu zerstören; Berufung auf ein Schiedsgericht, in der Lage die Konflikte friedlich beizulegen und Kriege und Repressalien auszuschließen; das internationale Privatrecht im Zeichen des «rispetto reciproco delle Leggi giuste delle altre nazioni» und der Anerkennung der bürgerlichen Rechte der Ausländer zu erneuern²¹.

Obwohl Mancini im wesentlichen seinem Projekt der wissenschaftlichen Konstruktion des Rechts durch das Nationalitätsprinzip treu blieb, war in seinen gesamten Arbeiten und im besonderen, was wir in den folgenden Abschnitten besser sehen werden, in seinen Parlamentsreden, der Staat nicht ganz aus seinem Blickfeld verschwunden. In der Mitte des XIX. Jahrhunderts war in Italien die Staatsidee vor der Nation und einem Nationalitätsprinzip, einem hierarchisch konstitutionell dem positiven Recht des Staates selbst untergeordneten Prinzip, in den Hintergrund getreten. Mit dem Wandel der Bedingungen und der politischen Notwendigkeiten schien diese Idee jedoch auf dem Rückzug, wobei sie sich zur Legitimation des performativen des pädagogischen Elements bemächtigte und das Nationalitätsprinzip in den Nationalstaat umwandelte; in einem ursprünglichen und metahistorischen Subjekt, das als Staat und Nation aus sich selbst die legitimierende Kraft jeder Handlung bezog.

Es ist daher kein Zufall, dass nur ein Jahr nach der Vereinigung Giuseppe Pisanelli der einführenden Vorlesung zu seinem Kurs in Verfassungsrecht den Titel *Lo stato e la nazionalità* gab und darin die Notwendigkeit behauptete, eine vollkommene Identität zwischen Nation und Staat zu erreichen. «Le nazioni – Pisanelli schreibt – sono i veri e potenti individui dell'umanità. Ma esse non acquistano un carattere individuo, ed una personalità giuridica che nella unità dello Stato. Ciò sentono i popoli, ciò

¹⁸ MANCINI, *Della nazionalità*, zit., S. 39; 40-42; vgl. M. Mannori, *Uno stato per Romagnosi*, B. I, *Il progetto costituzionale*, Milano 1984.

¹⁹ MANCINI *Della nazionalità*, zit., S. 58-62

²⁰ P.S. MANCINI, *Lineamenti del vecchio e del nuovo diritto delle genti. Prelezione del corso accademico dell'anno 1852 insegnato nella Regia Università di Torino*, und *Prelezione al corso di diritto pubblico marittimo insegnato nella Regia Università di Torino nell'anno 1852-1853 pronunziata nel dì 29 novembre 1852* in Id., *Diritto internazionale*, zit., S. 67-92; 95-116.

²¹ MANCINI, *Lineamenti*, zit., S. 73-75; MANCINI, *La vita de' popoli nell'umanità. Prelezione al corso di diritto internazionale pubblico e marittimo pronunziata nella Università di Roma nel dì 23 gennaio 1872*, in Ders. *Diritto internazionale*, cit., S. 206-211. Die Attacke der Diplomatie und der «diplomatici della forza» war vehement. «Costoro – schreib Mancini, *Lineamenti*, S. 77– avvezzi a servirsi del Diritto delle Genti come di un mantello che ricopra le piaghe sanguinose, ond'essi sfregiano e lacerano le membra delle Nazioni con l'opera de'diplomatici accordi, non veggono autorità più augusta di questi accordi; e quando vi han parlato dell'Europa de' Trattati, e del debito di mantenerli in perpetuo inviolati [...] credono aver pronunziata l'ultima parola del diritto internazionale».

intendono conseguire, e questo è l'alto significato dei movimenti nazionali. Ma l'unità dello stato non è conforme all'ordine morale se non in quanto corrisponde all'individuo che investe. Però ogni Stato deve comprendere integralmente la nazione da cui risulta, ed ogni nazione ha diritto ad avere uno stato proprio»²². Der Weg zur Freiheit Italiens war noch nicht vollständig, es fehlten noch Venetien und Rom, aber er war vorgezeichnet: jeder Nation muss ein Staat entsprechen.

Genau zehn Jahre später, als die Vereinigung schon vollzogen war, erreicht auch Mancini eine ähnliche Position, jedoch ohne jemals das Nationalitätsprinzip verleugnet zu haben. In der römischen Vorrede von 1872, *La vita de' popoli dell'umanità*, war das Nationalitätsprinzip noch das Grundprinzip, worauf die Völkerrechtswissenschaft errichtet werden sollte, «la legge giuridica che presiede alla grande società delle nazioni», aber die Staaten wurden formell erneut «soggetti capaci di diritto» neben «alle nazionalità e l'umanità» und Hauptakteure «della società delle genti»²³. In einer imaginären Pyramidenstruktur der «aggregazioni collettive di uomini», nach Mancini alle im Besitz einer Rechtsfähigkeit, stehen die Staaten auf halben Weg zwischen den Gemeinden, deren Autonomie dem Recht und den Bedürfnissen der «Stati» unterworfen war, und den «Nazionalità», deren Rechte dagegen nicht vom Willen und der Macht der Staaten unterdrückt werden konnten. Über den Nationen stand dann «l'umanità intera che le Nazioni comprende, ed i cui destini a quelli di ogni particolar nazione debbono necessariamente prevalere»²⁴.

Der Staat Mancinis war ein fähiger Staat geworden, dem es durch das Nationalitätsprinzip gelungen war sowohl die internen politischen Konflikte zu lösen und Gründungsoptionen illuministischer Natur überflüssig zu machen, als auch eine Lösung für die oft konfliktreiche Beziehung zwischen Staat/Gesellschaft und Staat/Volk zu finden. Der italienische Staat war national, weil er eine Schöpfung der Natur war, und er war notwendig und ewig, weil er natürlich war²⁵.

Mancini schrieb, dass nicht nur jede Nation nur einen Staat gründen dürfe, sondern auch dass es jeder Nation überlassen ist, sich als unabhängigen Staat zu konstituieren. Italien hatte dies durch Volksabstimmungen geschafft. Wahre Rechtshandlungen, wodurch sich der Volkswille gezeigt hat, so hatten die Volksabstimmungen die praktische Umwandlung des Nationalitätsprinzips vollzogen. Indem sie «la superiorità e prevalenza del concetto giuridico dell'Uomo e della Nazionalità su quello dello Stato» bekräftigten, waren sie auch auf rechtlichem Niveau der Beweis der Wirkungskraft des Nationalbewusstseins eines Volkes²⁶.

3. Von Italien nach Europa:

Nationalität und Völkerrecht

Es wäre jedoch ein Fehler Mancini ausschließlich auf nationalen Ruhm in den verstaubten Reihen der Gründerväter zu beschränken. Er ist eine zentrale Figur in der europäischen Rechtsgeschichte, Hauptakteur eines neuen Völkerrechts.

Das Völkerrecht konnte nicht nur ein diplomatisches Verfahren sein, wie es die Meister der Restaurationsdiplomatie, Friedrich de Martens, Klüber und Wheaton, erdacht hatten, aber es konnte auch nicht einfach auf eine verworrene naturrechtslehre Philosophie reduziert werden. Es war vielmehr, so meinten Bluntschli, Westlake und Rolin Jaequemyns, das historische Ergebnis der Überlegungen einer intellektuellen Elite, die durch ein organisches Verhältnis mit dem Volksbewusstsein der zivilen Nationen dessen Werte und Bestrebungen in ein Rechtssystem übertrugen. Das Völkerrecht musste eine Wissenschaft werden, eine unabhängige Disziplin mit den Eigenschaften der Wissenschaftlichkeit. Einerseits erlaubte der historische und richterrechtliche Charakter des Völkerrechts den Juristen die Grenzen eines Rechts zu umgehen, dessen Fundament auf dem kollektiven Bewusstsein der europäischen Völker ruhte, andererseits garantierte seine systemorientierte Rekonstruktion den wissenschaftlichen Charakter und gestattete eine organische Beziehung zwischen Volksbewusstsein und Recht. Durch den Rückgriff auf die Lehre Savignys war das Recht von jeglicher voluntaristischer Dimension befreit worden

²² G. PISANELLI, *Lo stato e la nazionalità. Discorso inaugurale alle lezioni di diritto costituzionale letto nella Regia Università di Napoli il dì 30 gennaio 1862*, Napoli 1862, S. 18-23.

²³ MANCINI, *La vita de' popoli nell'umanità*, zit., S. 163-220.

²⁴ MANCINI, *La vita de' popoli nell'umanità* zit., S. 196.

²⁵ MANCINI, *La vita de' popoli nell'umanità*, zit., S. 197; vgl. P. COSTA, *Lo stato immaginario*, zit., S. 86-95; S. 151-156

²⁶ MANCINI, *ivi*, S. 201-205.

und das Völkerrecht wurde ein Sonderrecht mit einer eigenen „Positivität“, obwohl es ihm einer Sanktion mangelte, es keinem Willensakt entsprang, noch sich einer Idee geteilter Souveränität anschloss²⁷.

„Il peut paraître – erkannte Rolin Jaequemyns – paradoxal au premier abord de présenter une chose aussi abstrait (la conscience de l'humanité se manifestant par l'opinion publique), comme élément de formation d'un droit positif. Cependant il n'est pas difficile de la retrouver au fond des documents, que les auteurs les plus récents et les plus accrédités énumèrent comme sources du droit international». Das Gewissen hatte nämlich die Aufgabe den Juristen in der Rechtsfindung, der Entscheidung und dem Erkennen der Regeln zu leiten und, nach Erfüllung dieser Tätigkeiten, ihm dabei zu helfen, deren Positivität zu beurteilen. Das Gewissen war «la fonte, il tribunale e la vera sanzione della legge positiva». Sein Organ war die öffentliche Meinung, ihrerseits «regina e legislatrice del mondo», deren Sprachrohr die Juristen waren²⁸.

Mitte des XIX. Jahrhunderts schien es also, dass die aufkommende Disziplin und deren Hauptakteure einen erleuchteten Horizont vor sich hatten²⁹. 1856 war das Dritte Pariser Friedensabkommen, das den Krim-Krieg beendete, als erster Text begrüßt worden, der eine nicht-christliche Nation, das Ottomanische Reich, unter die zivilen Nationen zuließ³⁰; 1868 hatte der liberale Enthusiasmus von Rolin Jaequemyns, Asser und Westlake zur Gründung der *Revue de droit international et législation comparée* geführt und wenige Jahre später wurde in Gent das *Institut de droit international* unter dem Vorsitz Pasquale Stanislao Mancinis ins Leben gerufen³¹. Die Ziele des *Institut* waren ehrgeizig: eine Rechtswissenschaft begründen; den Fortschritt des Völkerrechts bis hin zu seiner Kodifikation fördern; das Rechtsbewusstsein in der zivilen Welt vorstellen und die Bedürfnisse der modernen Gesellschaft befriedigen. Wissenschaft, Bewusstsein, Kodifikation, Zivilisation waren also die Schlüsselwörter eines Projekts, das, wie man aus den Worten Rolin Jaequemyns sehen kann, die zum ersten Mal 1873 in Gent zusammen gekommenen Juristen seit der Gründung der Zeitschrift verfolgten. Seine Mitglieder die sich selbst zu den einzigen vom Rechtsbewusstsein der zivilen Völker bevollmächtigten Interpreten ernannt hatten und als einzige in der Lage Zivilisationslizenzen zu erlassen, hatten es sich zur Aufgabe gemacht, das Völkerrecht systematisch und wissenschaftlich zu konstruieren und dabei das Recht direkt mit der öffentlichen Meinung und dadurch mit dem Volksbewusstsein in Verbindung zu setzen³².

Das Gewissen rückt daher in den Mittelpunkt der europäischen Debatte. Dieses Mal nicht um nationale Identitäten zu erschaffen, sondern im Gegenteil um in einem politischen und juristischen, aber auch kosmopolitischen und kolonialen Projekt über die nationalistische Rhetorik hinauszugehen. Wie Koskenniemi es bezeichnend ausdrückte, schwankte der *esprit d'internationalité* dieses Projekts zwischen Toleranz, Paternalismus und Repression³³. Die großen Internationalisten der 70er Jahre des XIX. Jahrhunderts konnten sich nicht darauf beschränken, das Recht oder das von den Staaten bei der Regulierung ihrer gegenseitigen Beziehungen angewandte Verfahren zu kommentieren, sondern sie suchten, nachdem sie dazu aufgerufen waren zwischen Universalismus und Nationalismus, zwischen

²⁷ J.K. BLUNTSCHLI, *Das moderne Völkerrecht der Civilisierten Staaten als Rechtsbuch dargestellt*, Nördlingen 1872; S. 2-12; J. Westlake, *Chapters in the Principles of International Law*, Cambridge 1894, S. 1-16; G. ROLIN JAEQUEMYS, *De l'étude de la législation comparée et de droit international*, in *Revue de droit international et législation comparée*, 1 (1869), S. 1-17; 225-227; cfr. M. KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation. The Rise and Fall of International Law 1870-1960*, Cambridge 2001, S. 42 ff.; B. RÖBEN, *Johann Caspar Bluntschli, Francis Lieber und das moderne Völkerrecht*, Baden Baden, 2001; S. Mannoni, *Potenza e ragione. La scienza del diritto internazionale nella crisi dell'equilibrio europeo (1870-1914)*, Milano 1999, S. 13-28.

²⁸ ROLIN, *De l'étude de la législation comparée et de droit international*, zit. S. 225 schreib: «Nous entendons l'opinion publique sérieuse et calme, fondée sur l'application de certains principes de justice universelle à des événements constants, opinion qui, se confirmant et se généralisant, devient le jugement de l'histoire. Cette opinion, en matière de droit international surtout, est réellement et à juste titre reine et législative du monde. Elle est la voix même de la raison, voix confuse au début, mais qui finit, de plus en plus forte et distincte, par dominer jusqu'au bruit des armes. Elle est enfin l'expression progressive de ce droit naturel».

²⁹ D. KENNEDY, *International Law and Nineteenth Century: History of Illusion*, in *Nordic Journal of International Law*, 65 (1996), 385-420.

³⁰ E. AUGUSTI, *La Sublime Porta e il Trattato di Parigi del 1856. Le ragioni di una partecipazione*, in *Le carte e la storia*, 2008, in Vorbereitung.

³¹ Eine Geschichte des Instituts in Pierantoni in Augusto PIERANTONI, in *La riforma del diritto delle genti e l'istituto di diritto internazionale di Gand*, in D. Dudley FIELD, *Prime linee di un codice internazionale*, Napoli 1874, S. 46-57.

³² G. ROLIN JAEQUEMYS, *L'institut de droit international devant l'opinion publique en 1874-1875*, in *Revue de droit international et législation comparée*, 7 (1875), S. 291-306.

³³ KOSKENNIEMI, *The Gentle Civilizer of Nation*, zit., S. 88-97.

Individuen und Völkern, Nationen und Staaten zu vermitteln, in einer übernationalen Dimension, die stärker war als das staatliche Recht, nach den zur Konstruktion einer neuen, in der Welt zu verbreitenden Rechtswissenschaft nötigen allgemeinen Prinzipien.

Jenseits der Alpen wehte ein neuer Wind, neue politische Bedürfnisse zwangen zu neuen theoretischen Modellen. Einerseits konnten die Völkerrechtler, auch die italienischen, in den Nationen und den Staaten echte Subjekte des Völkerrechts erkennen, andererseits muss das Völkerrecht, um zum exklusiven Club der Rechtswissenschaft zugelassen zu werden, die begriffliche Strenge wählen, den Nationsbegriff „entjuridifizieren“ und das Nationalitätsprinzip ausschließen. Alles zu vage, wegen ihres Bezugs zur konstituierenden Dimension des Volkes zu gefährliche und für die internationale Ordnung destabilisierende Elemente, die die europäischen Mächte in den Abkommen von Prag, Wien und schließlich Berlin, zu definieren gehofft hatten.

zwang die Konstruktion einer Völkerrechtswissenschaft zur Ausmerzung jeglicher Spuren des alten Völkerrechts, das die Positivisten schmähslich als *Pseudovölkerrecht* bezeichneten³⁴. Das moderne Völkerrecht der zivilisierten Staaten, um den Titel Bluntschlis berühmter Schrift zu zitieren, war dagegen ein zwischenstaatliches Recht, das die grundlegende Funktion hatte, die Ordnung zwischen souveränen Staaten und einem System zu definieren, das von den Konzepten des allgemeinen Teils des Privatrechts ausgehend konstruiert wurde.

Auf politischer Ebene verwies das Nationalitätsprinzip auf eine vor-staatliche, konstituierende Dimension, in der Lage die konstituierte Ordnung ständig in Frage zu stellen und auf theoretischer Ebene unfähig eine rechtskräftige wissenschaftliche Erklärung des Bildungsprozesses der Staaten zu geben.

Für Holtzendorff, der in der *Revue* ein Buch Pierantonis über die Geschichte des Völkerrechts in Italien rezensierte, stellte dies eine Beschränkung nicht nur der Überlegungen Mancinis, sondern der gesamten italienischen Rechtsliteratur dar. Nach Meinung des Berliner Professors wurde hier der ideelle Plan mit der wahren politischen Lage in Europa verwechselt, die Unterschiede zwischen Theorie und Praxis außer Acht gelassen, unfähig die schrecklichen Konsequenzen seiner Realisierung vorauszusehen, noch geeignete juristische Antworten zu geben. Durch die Inanspruchnahme des Nationalitätsprinzips wurde nämlich ein legitimes Recht auf Sezession ganzer Teile des Staatsgebietes eingeführt. Dadurch kam es zur Anerkennung des Prinzips der „dissolubilité volontaire“, die kein Staat, nicht einmal Italien, meint Holtzendorff, zulassen könne, ohne die Grundlagen seiner eigenen Existenz in Frage zu stellen³⁵.

Die Zweideutigkeit dieses Prinzips spiegelte sich im Verlauf derselben Jahre auf die beiden anderen äußerst delikatsten Aspekte im Zentrum der Überlegung der völkerrechtslehre Doktrin wieder: der Anwendung des *ius publicum europaeum* auf die Staaten Osteuropas und Asiens und der Zulässigkeit des Interventionsrechts. Zu behaupten, wie Mamiani und Mancini das getan hatten, dass das Völkerrecht aus dem Gewissen der Nationen hervorkam, bedeutete die juristischen Erzeugnisse „weniger entwickelter“ Nationen als Völkerrecht zu qualifizieren und so Zivilisationen unterschiedlichen Niveaus zwischen Europa, Amerika und anderen Staaten zu verneinen. Welches Gewissen oder welches Bewusstsein der eigenen Identität konnten die kriegerischen Balkanvölker, die Türken oder die Chinesen haben, und wie kann man akzeptieren, dass von diesem (schwachen) Gewissen ein mit dem europäischen gleichwertiges Recht abstammt?³⁶

Der Gebrauch des Nationalitätsprinzips als universell zugängliches juristisches Prinzip zur Erklärung und Rechtfertigung neuer Staatengebilde führte nach Holtzendorff die italienische Doktrin dazu, das Grundproblem zu verkennen, das an das Nationalitätsprinzip gebunden war, d.h. ein Interventionsrecht anzuerkennen oder auch nicht.

1872 hatte Mancini definito «l'intervento armato di uno Stato nella vita interna e nelle civili discordie di altri Stati un abominevole abuso, come un vero attentato al Diritto delle Genti» definiert. Nur wenige

³⁴ C. BERGBOHM, *Staatsverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dorpat 1877, S. 8; zit. auch in Mannoni, *Potenza e ragione*, zit., S. 36-61.

³⁵ F. von HOLTZENDORFF, *Le principe de nationalité et la littérature italienne du droit des gens. A propos de l'ouvrage de m. Auguste Pieranton: Storia degli studi del diritto internazionale in Italia (Modena 1869)*, in *Revue de droit international et législation comparée*, 2 (1870), S. 101.

³⁶ HOLTZENDORFF, *Le principe de nationalité*, zit., S. 100-102; vgl. T. HOLLAND, *The European concert in the Eastern Question*, Oxford 1885; F. CONTUZZI, *La missione degli stati civili nella Società internazionale dal punto di vista dei rapporti dell'Europa con l'Oriente*, in *Rassegna di scienze sociali ed economiche*, 2 (1885), S. 239-256; A. KRAUEL, *Applicabilité du droit des gens européens à la Chine*, *Revue de droit international et législation comparée*, 9 (1877), S. 386-481; über die Beziehungen zwischen Italien und China s. L. Nuzzo, *La concessione di Tientsin*, in A. MAZZACANE (Hrsg.), *Diritto economia e istituzione nell'Italia fascista*, Baden baden 2002, S. 255-285.

Jahre vorher hatte Terenzio Mamiani die Staatsrechtler aufgefordert mit äußerster Vorsicht «i casi molto rari d'intervento legittimo» zu identifizieren und allen anderen die juristische Würde zu verweigern, wenn keine Gefahr oder ein reeller Nachteil für den intervenierenden Staat vorlag und die Intervention nur einen Vorwand, einen nationalen Befreiungsprozess zu unterbinden, oder eine ungerechtfertigte Einmischung darstellte³⁷. Die Achtung des Nationalitätsprinzips zwang die italienischen Juristen des öffentlichen und internationalen Rechts nämlich dazu prinzipiell die Existenz eines Interventionsrechts in die internen Angelegenheiten eines anderen Staats zurückzuweisen. „L'intervento – schrieb Pierantoni è l'impiego di una forza morale e materiale per obbligare popolo o governo a mutare condotta politica, a cambiare le proprie istituzioni, a desistere da una rivoluzione, infine a vincolare ogni naturale tendenza al progresso: è l'aggressione dell'autonomia nazionale»³⁸.

Nach Meinung des deutschen Juristen mussten die Internationalisten, jenseits aller Identität oder früherer naturrechtlicher Betreibungen, nur die Zulässigkeit eines solchen Rechts feststellen und ihre Bewertung von jeglichen moralischen Bedenken und jeglicher Bewertung der Gründe, weswegen die Intervention stattfand, freimachen. In der Konstruktion des neuen Völkerrechts war es nicht mehr von Interesse festzustellen, ob der Eingriff in die Angelegenheiten eines fremden Staates mit edler oder niederträchtiger Absicht erfolgte. Auch in Italien fing man jedoch an, die Theorie einer totalen Ablehnung des Interventionsrechts als nicht länger vertretbar zu erachten und nach einer Kompromisslösung zwischen dem Nationalitätsprinzip und der Einmischung in die inneren Angelegenheiten eines anderen Staates zu suchen. Pasquale Fiore z. B. fand, dass der Grund oder Zweck einer Intervention nicht ihre Rechtmäßigkeit bestimmte, aber gleichzeitig ging er nicht so weit, die Position von Juristen wie Phillimore oder Heffter zu akzeptieren, die das Interventionsrecht einem Recht auf Verteidigung unterstellten, wegen der Unvereinbarkeit der internen Institutionen eines Landes mit dem Frieden und der Sicherheit der anderen oder dem Risiko eines Nachteils zulasten der legitimen Rechte der Nachbarstaaten. Sicher war es, bei Beachtung eines übergeordneten Naturrechts, vor dem auch das Souveränitätsprinzip in den Hintergrund trat, wie in den Fällen von erklärter Notwehr, immer möglich einzugreifen. Aber um gefährliche Ausweitungen des Interventionsrechts zu vermeiden, hielt es Fiore für passender das Vorhandensein von drei Eigenschaften zu ermitteln: «Non sorge mai il diritto di intervenire laddove uno stato, *senza violare il diritto internazionale*, risolva una questione di diritto costituzionale, e provveda siccome stimi meglio al suo ordinamento interiore; Quando l'organizzazione politica di uno stato importi una lesione reale di un diritto altrui, la parte lesa ha diritto alla difesa. Questo però è uno dei *casus belli*, e va apprezzato coi principii che regolano il diritto di guerra; Il danno mediato, il pericolo, il pregiudizio, l'offesa degl'interessi e delle aspettative che possono essere conseguenza indiretta del mutamento interno, non fanno nascere alcun diritto di ingerenza di sorta»³⁹.

Für Europa jedoch waren diese Maßnahmen nicht akzeptabel. Sie standen noch zu wenig im Zeichen einer grundsätzlichen Beachtung des Nationalitätsprinzips. Jegliche moralische Bewertungen durften nicht mehr dem Völkerrecht angehören. Sie eben durch das Nationalitätsprinzip wieder einzuführen, wie es die italienischen Juristen taten, hätte nicht nur keinen Beitrag zur Lösung der Konflikte geleistet, sondern wäre im Gegenteil ein vorzügliches Werkzeug zu deren Erschaffung gewesen⁴⁰.

In eben jenen Jahren hatte der französisch–preußische Konflikt die ganze wissenschaftliche Haltlosigkeit und politische Wirkungslosigkeit des Nationalitätsprinzips an Licht gebracht, das von Franzosen und Deutschen zur Verteidigung ihrer entgegen gesetzten Positionen vorgebracht worden war. In einem in der *Revue de droit international et législation comparée* erschienen Artikel, worin er es sich zum Ziel machte, einen unparteiischen und wissenschaftlichen Beitrag über die Abtrennung von Elsass-Lotringen zu leisten, hatte Guido Padelletti die Unmöglichkeit einer Zuteilung der beiden Provinzen aufgrund des Nationalprinzips vertreten⁴¹. Ist die Sprache, so fragte sich Padelletti, das Element, das das

³⁷ Mancini, *Della vita de' popoli*, zit., S. 205; T. MAMIANI, *D'un nuovo diritto europeo*, Torino 1859, S. 140-153; 171-204.

³⁸ A. PIERANTONI, *Storia degli studii del diritto internazionale in Italia*, Modena 1869, S. 241.

³⁹ Pasquale FIORE, *Trattato di diritto internazionale pubblico*, B. 1, Torino 1879, S. 430-431

⁴⁰ HOLTZENDORFF, *Le principe de nationalité*, cit., S. 100-102; R. PHILLIMORE *Commentaries upon International Law*, Philadelphia 1855, vol. 1, S. 390 ss; A. W. HEFFTER, *Der europäische Völkerrecht der Gegenwart*, Berlin 1844, S. 85-88.

⁴¹ G. PADELLETTI, *L'Alsace et la Lorraine, et le droit des gens*, in *Revue de droit international et législation comparée*, 3 (1871), S. 464-495; s. auch di G. ROLIN JAEQUEMYS, *La guerre actuelle*, 2 (1870), S. 643-718; Id., *Essai complémentaire sur la guerre franco-allemande dans ses rapports avec le droit international*, 3 (1871), S. 288-384; Id., *De la manière d'apprécier, au point de vue du droit international, les faits de la dernière guerre*, 4 (1872), S. 481-525; Edgar LOEHNING, *L'administration du gouvernement-général de l'Alsace durant la guerre de 1870-1871*, 4 (1872), S. 622-50; 5 (1875), S. 69-136.

Zugehörigkeitsbewusstsein zu einer einzigen Gemeinschaft erzeugt? Und gehört deshalb Elsass-Lotringen rechtmäßig zu Deutschland, weil dort deutsch gesprochen wird? Nicht genug, die Nationalität, so schrieb der Jurist aus Pavia, ist keine zoologische Gattung und setzt über die Sprache hinaus das Zusammenspiel einer Menge gemeinsamer Elemente voraus: Abstammung, Territorium, Traditionen, Lebensgewohnheiten.

Diese Elemente, fuhr er fort, können eine tiefe Identität ausdrücken, wie im Fall Italiens, wo sie harmonisch vereint aus Italien nicht nur einen einheitlichen und großen Staat schufen, und deshalb die Berufung auf die Nationalität einfach und wirksam machen. Meistens ist jedoch jedes einzelne Ausdruck verschiedener nationaler Traditionen. So in Elsass-Lotringen, wo auf dem Land deutsch, in der Stadt und bei den gehobenen Gesellschaftsschichten französisch gesprochen wird, die politische und wirtschaftliche Organisation französisch ist und die wissenschaftlichen Traditionen deutsch sind. Wenn es deshalb nur eine sprachliche Einheit gibt, bleibt nur «un reste de nationalité, une nationalité éteinte, la preuve historique seulement d'un état de choses antérieur» übrig⁴². Noch hätten, seiner Meinung nach, die die Nationalität darstellenden ethnographischen und historischen Elemente dem voluntaristischen einverleibt werden können. Für den italienischen Juristen wäre es also nicht möglich gewesen, die Abtrennung Elsass-Lotringens von der Zustimmung der betroffenen Bevölkerung abhängig zumachen, noch schien das juristische Mittel der Volksabstimmung, worauf doch bei der Bildung des italienischen Königreichs, der Bestätigung der Abtretung Nizzas und Savoyens an Frankreich zurückgegriffen worden war, den Fortschritt des Völkerrechts zu verwirklichen oder der beste Weg zu sein, um die Bevölkerung vor der Willkür der Staatsraison zu schützen. Die Zeiten des Ancien Régimes waren vorbei, als man „alienazioni capricciose“ von Teilen des Staatsgebiets beiwohnen konnte. Der Rechtsstaat besaß die Mittel um zu vermeiden, dass sich die Souveränität in Willkür verwandelte und den Regierungen, für jedes eine territoriale Änderung vorsehendes Abkommen eine parlamentarische Erlaubnis aufzuzwingen, oder als Ausdruck der persönlichen Freiheit jedem Einzelnen das Recht zur Auswanderung und zur freien Wahl der Nationalität zuzuerkennen⁴³.

Hier kann auf diesen Artikel nicht weiter eingegangen werden. Aber das Ziel Padelletti ist eindeutig: das Nationalitätsprinzip, die neue Theorie zur Änderung der Welt, schrieb er ironisch, konnte nicht als generelle politische Theorie gelten, sondern nur als juristisch theoretische Rechtfertigung des Prozesses, der zur Bildung des italienischen Königreiches geführt hatte. Schlichtweg eine Verurteilung in letzter Instanz der Gesamtheit Mancinis Überlegungen. Seine Thesen hatten außerhalb Italiens keine heuristische Wirkung. Nicht nur. Der französisch-deutsche Fall zeigte deren wissenschaftliche Schwäche und gefährliche Zweideutigkeit genau.

Das Nationalitätsprinzip nämlich «au lieu d'inaugurer le régime de la paix sur cette terre, à réveillé déjà, à côté de légitimes aspirations, les désirs les plus injustifiables et sera, on ne peut en douter, une source constante de nouveaux troubles pour l'Europe. Ce mensonge scientifique, qu'une presse passionnée et peu consciencieuse a pris le soin de répandre dans les masses, y a déjà suscité des projets et des espérances "chimériques", car il est impossible qu'une nouvelle formation et délimitation des États s'accomplisse sur la base de la nationalité, soit à raison de la difficulté qu'offre le mélange de plusieurs nationalités sur un même territoire»⁴⁴.

Auch Mancini musste sich aber der politischen Grenzen seiner Theorie bewusst sein, oder besser der Notwendigkeit das Nationalitätsprinzip den außenpolitischen Bedürfnissen anzupassen. Es war nämlich Mancini, der 1882 in seiner Eigenschaft als Außenminister, den Vertrag der Tripelallianz unterzeichnete und mit dem Erwerb der Bucht von Assab am Schwarzen Meer die italienische Kolonialpolitik einleitete.

Für Mancini hatte der Friedensvertrag von 1866 zwischen Italien und Österreich die jahrtausende alte Gegnerschaft zwischen Italienern und Deutschen beendet und hätte den Anfang eines neuen Völkerrechts auf der Basis des Nationalitätsprinzips darstellen sollen. Für seine Gegner jedoch war jene Unterzeichnung der Verrat an der Hochzeit des italienischen Risorgimento, das Ende der irredentistischen Bestrebungen Italiens und widersprach den Lehren, die die italienischen Völkerrechtler mitverbreitet

⁴² PADELLETTI, *L'Alsace et la Lorraine*, zit., S. 479.

⁴³ PADELLETTI, *L'Alsace et la Lorraine*, zit., S. 488-90. In Italien forderte das Statuto Albertino (Art. 5), dass : «Al Re solo appartiene il potere esecutivo: comanda tutte le forze di terra e di mare: dichiara guerra, fa i trattati di pace, d'alleanza, di commercio ed altri, dandone notizia alle Camere tosto che l'interesse e la sicurezza dello Stato li permettano [...] I trattati che importassero un onere alle finanze o una variazione di territorio dello Stato, non avranno effetto se non dopo aver ottenuto l'assenso delle Camere».

⁴⁴ PADELLETTI, *L'Alsace et la Lorraine*, zit., S. 494.

hatten. In der Antwort auf die harten Attacken der Opposition und im besonderen auf die Rede Sonninos und Salvinis im März 1883, verteidigte Mancini nicht nur seine Tätigkeit als Außenminister und die neue Phase der internationalen Beziehungen mit Österreich und Deutschland, sondern auch die Wirksamkeit seiner theoretischen Konstruktion. Das Nationalitätsprinzip war als Instrument für die friedliche Lösung der zwischenstaatlichen Konflikte gedacht und nicht dazu neue vom Zaun zu brechen. Es konnte weder dafür verwendet werden die Unruhen des Pöbels zu rechtfertigen, noch dafür Ansprüche auf Gebiete wie Korsika, Malta, Nizza oder das Tessin, wo italienisch gesprochen wurde, zu erheben. «Ciò – sagte Mancini – sarebbe consigliare all'Italia una politica estera consistente nel dichiarare guerra all'Europa intera. [...] Il credere che il principio di nazionalità rappresenti la legittimità della violenza, che autorizzi a tentare queste rivendicazioni con l'uso della forza, lacerando i patti che stringono le nazioni, e sfidando tutte le conseguenze politiche ed economiche inseparabili dalla distruzione improvvisa d'interessi e diritti che sono il retaggio dei secoli passati, rivela la più completa ignoranza della genuina dottrina della nazionalità, quale è stata veramente insegnata dai più autorevoli interpreti della scienza»⁴⁵.

Schon seit dem Erwerb der Bucht von Assab 1882 war die gegen die Afrikapolitik gerichtete Kritik ebenso harsch. Auch in diesem Fall hatte das Nationalitätsprinzip vor den politischen Gründen den Kürzeren gezogen. «Spirito pratico, coscienza dei tempi e della società internazionale», schrieb Mancini in seiner Antwort auf die Befragung Cesare Paretos, machten den Ausschluss der eingeborenen Bevölkerung aus den Vorteilen der Nationalität und den Gebrauch von Volkabstimmungen auch in Übersee unausweichlich. Die in den afrikanischen Gebieten lebenden wilden oder fast wilden Völker konnten sich nicht des Nationalitätsprinzips bedienen, um ihre Unabhängigkeit geltend zu machen, wie es Belgier, Italiener, Griechen und Deutsche getan hatten. Paradoxerweise verweigerte ihnen ihre Barbarei, die sie daran hinderte, sich in nach westlichem Maßstab als Staaten qualifizierbaren territorialen Organisationen zusammenzuschließen, auch den *status* der Nation. Dies legitimierte vom völkerrechtlichen Standpunkt aus ihre Unterwerfung und die Besetzung ihrer Territorien. «Chi potrà spingere il puritanismo sino a credere che il trasferimento di tali territori all'ombra della sovranità di una nazione civilizzata non abbiasi a considerare anche al cospetto dei più puri e rigorosi principi di diritto internazionale, pienamente legittimo?». Aufgabe der internationalen Rechtswissenschaft und der europäischen Mächte war es daher «di condurli gradualmente alla pienezza della vita di un popolo libero, ad un completo esercizio dei diritti politici». In der Zwischenzeit sollte aber nach Mancinis Meinung niemand vergessen, dass in der Theorie die Besetzung eine Art völkerrechtlich anerkannter Besitzerwerb darstellte, dass Italien nicht anders als andere westliche Staaten vorgegangen war, als es Assab durch mit Sultanen und eingeborenen Häuptlingen abgeschlossene Verträge erworben hatte, und vor allem, dass die Regierungen «illuminati dai consigli della scienza» nicht nur von humanitären Beweggründen und Gerechtigkeitssinn geleitet werden mussten, sondern auch «dallo spirito pratico, dalla coscienza dei tempi e della società internazionale»⁴⁶. Noch deutlicher fügte er drei Jahre später hinzu: «Educare codeste popolazioni non è atto illegittimo, è un servizio che si rende alla giustizia e alla civiltà». Das große *scramble for Africa* hatte begonnen und Italien war gezwungen sich dieser «gara generosa» anzuschließen und an dieser «specie di impresa comune e solidale di incivilimento» teilzunehmen, an der «missione educatrice di tanta parte del genere umano che abita il vasto continente africano»⁴⁷.

Viele Jahre danach erschien das Nationalitätsprinzip erneut in den Schriften eines jüngeren Juristen, Giuseppe Pennisi, der im Zeichen der Lehre Mancinis, die gesamte europäische Kolonialpolitik des XX. Jahrhunderts überdachte und seine erste Monographie der Anwendung des Nationalitätsprinzips auf die Völker nicht-europäischer Zivilisation widmete. Nach Pennisis Meinung führte dieses Prinzip sowohl Rechte als auch Pflichten für Kolonialisten und Kolonisierte ein: erstere waren gehalten letztere zu erziehen und zu zivilisieren und letztere sich erziehen und zivilisieren zu lassen. Das Recht auf Nationalität

⁴⁵ P.S. MANCINI, *Discorsi parlamentari*, B. VII, Roma 1896, *Seduta 13.3.1883*, S. 228-229 (214-282); s. auch Ders., *La vita de' popoli*, cit., S. 198-199.

⁴⁶ P. S. MANCINI, *Provvedimenti per Assab*, Seduta del 26.6.1882, in Ders., *Discorsi parlamentari*, zit., B. VII, S. 151; 156; 167; T. SCOVAZZI, *Assab, Massaua, Ucciali, Adua. Gli strumenti giuridici del primo colonialismo italiano*, Torino 1998, S. 51-100; mit Bezug auf das italienische eingeborene Rechtssubjekt in Eritrea L. NUZZO, *Dal premoderno al postmoderno: Tempi e avventure del soggetto indigeno*, in *Quaderni Fiorentini* 33/34 (2004/2005), Ders., *La colonia come eccezione. Un'ipotesi di transfer*, in *Rechtsgeschichte*, 8 (2006), S. 52-58.

⁴⁷ MANCINI *Politica coloniale*, 27.1.1885, in Ders., *Discorsi parlamentari*, B. VIII, Roma 1897, S. 168-169; s. auch 17.3.1885, S. 267-296; Treggiari, *Pasquale Stanislao mancini*, zit., S. 511-514; C. ZAGHI, *P.S. Mancini, l'Africa e il problema del mediterraneo 1884-1885*, Roma, Gerardo Casini, 1955; I. Rosoni, *La colonia Eritrea. La prima amministrazione coloniale italiana (1880-1912)*, Macerata 2006.

wurde durch das Recht auf Zivilisierung nicht unterdrückt, sondern fand darin seine natürliche Ergänzung. In Anbetracht der Tatsache, dass alle Nationen je nach Zivilisationsgrad Recht auf eine juristische Persönlichkeit hatten, hielt er es für angebracht, dass es für jede eingeborene Nation „una nazione di civiltà europea“ gäbe, die sie in das internationale juristische Leben einweihen sollte⁴⁸.

4. Von Italien nach Europa

Nationalität und internationales Privatrecht

Im Rahmen des internationalen Privatrechts hatte das Nationalitätsprinzip trotz Zweideutigkeit, Verrat und Kritik einen Riesenerfolg.

Vor allem in Italien, wo es ihm 1865 gelang das Idealitätsniveau zu überwinden und sich in sechs Artikeln der Einführungsgesetze auszudrücken. Mancini hatte nämlich nicht nur auf dem Nutzen der dem Kodex vorangehenden Vorschriften bestanden und darauf, dass sie als „norma invariabile“ für das Gericht fungierten, sondern es war ihm auch gelungen zu erreichen, dass einige dieser Einführungsgesetze, was die Disziplin des *status*, der Fähigkeit der Person, der Familienbeziehungen und der beweglichen Güter, der legitimen und testamentarischen Nachfolge, der Schenkungen, der Anrufung der Gesetze der Nation vorsah, der die Personen, der Besitzer, der Erblasser oder Empfänger der Schenkung angehört⁴⁹.

Es handelt sich hierbei um Normen, die sich auf ein nötiges Privatrecht beziehen, dass nach dem Gesetz der Nationalitäten geformt sein musste und daher den Bürger überallhin begleiten sollte. Den Bürger, eben. Die Kodifizierung des Nationalitätsprinzips im Privatrecht konnte die Neuauflage jener Zweideutigkeiten und Überschneidungen nicht vermeiden, die schon im internationalen öffentlichen Recht zwischen Staat und Nation aufgetreten waren. Das im Kodex enthaltene Nationalitätsprinzip war nichts anderes als das Staatsbürgerprinzip und der Bezug auf das nationale Recht war in Wirklichkeit, und es konnte – selbst für Mancini - nicht anders sein, das Recht des Staates dessen Bürger man war, weil dieses Gesetz das Rechtsbewusstsein des Bürgers prägte.

Trotz dieser „kleinen“ Widersprüche, oder vielleicht gerade wegen dieser „kleinen“ Widersprüche, wurde die italienische Lösung auch in Europa größter Aufmerksamkeit bedacht.

1874, in der zweiten Sitzung des Istituto di Diritto Internazionale in Genf, hatte Mancini selbst einen allgemeinen Bericht über das internationale Privatrecht vorgestellt, womit er den ihm in der vorhergegangenen Sitzung in Gent anvertrauten Auftrag erfüllte. Der Bericht hatte den Titel: *Utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*, und darin schlug der italienische Jurist vor, die in den Einführungsgesetzen des italienischen Bürgerlichen Gesetzbuches enthaltenen Vorschriften als Modell zur Festsetzung der im Falle eines zwischen verschiedenen Gesetzgebungen auftretenden Konflikts zur Wirkung kommenden Normen anzunehmen⁵⁰. Mancini forderte seine Kollegen des Instituts auf in drei wesentlichen Punkten überein zu

⁴⁸ G. PENNISI, *Dell'applicazione del principio di nazionalità ai popoli di civiltà non europea*, Padova 1931.

⁴⁹ Codice civile (1865), *Disposizioni sulla pubblicazione, interpretazione ed applicazione delle leggi in generale*, Art. 6: «Lo stato e la capacità delle persone ed i rapporti di famiglia sono regolati dalla legge della nazione alla quale appartengono»; art. 7: «I beni mobili sono soggetti alla legge della nazione del proprietario, salvo contrarie disposizioni della legge del paese nel quale si trovano. I beni immobili sono soggetti alle leggi del luogo dove sono situati»; art. 8: «Le successioni legittime e testamentarie però, sia quanto all'ordine di succedere, sia circa la misura dei diritti successorii, e la intrinseca validità delle disposizioni, sono regolate dalla legge nazionale della persona, della cui eredità si tratta, di qualunque natura siano i beni ed in qualunque paese si trovino»; «Le forme estrinseche degli atti tra vivi e di ultima volontà sono determinate dalla legge del luogo in cui sono fatti. E' però facoltà de' disponenti o contraenti seguire le forme della loro legge nazionale, purché questa sia comune a tutte le parti. La sostanza e gli effetti delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà si reputano regolati dalla legge nazionale dei disponenti. La sostanza e gli effetti delle obbligazioni si reputano regolati dalla legge del luogo in cui gli atti furono fatti, e, se i contraenti stranieri appartengono ad una stessa nazione, dalla loro legge nazionale. E' salva in ogni caso la dimostrazione di una diversa volontà».

⁵⁰ Der Bericht Mancinis, *Utilité de rendre obligatoires pour tous les États, sous la forme d'un ou de plusieurs traités internationaux, un certain nombre de règles générales du droit international privé, pour assurer la décision uniforme des conflits entre les différentes législations civiles et criminelles*, erschien erstmals in *Journal de droit international privé et jurisprudence comparée*, 1 (1874), S. 220-239; 285-304. Auf italienisch erschien er in, *Il Filangeri* 1, (1876), S. 625-683; und dann als Anhang in F. LAURENT, *Principi di diritto civile*, B. 1, Napoli 1882, S. 171-207.

stimmen: den Ausländern ist von jedem Staat das Bürgerliche Recht zuzuerkennen; es ist nicht möglich, aufgrund des Souveränitätsprinzips, jedwede Anwendung einer ausländischen Norm auf dem eigenen Territorium zu verwehren; noch dass die etwaige Anwendung auf der internationalen Höflichkeit oder auf dem Prinzip des gegenseitigen Interesses oder Nutzens beruhe.

Obwohl es noch von angesehenen Juristen, wie Story und Westlake, vertreten wurde, konnte das alte Konzept der *comitas gentium* für Mancini wegen «un dovere di giustizia internazionale al quale ciascuna nazione non si può sottrarre senza ledere il diritto delle genti» nicht als Fundament des internationalen Privatrechts gelten, sondern vor allem weil jenes Konzept absolut vage war und keinerlei wissenschaftlichem Kanon entsprach und die Entscheidungen politischen Gründen unterstellte⁵¹.

Die Arbeit der in Genf versammelten Juristen musste daher die Übertragung des moralischen Imperativs zum Ziel haben, von dem Mancini sprach, und nach Mancinis eigenen Worten, einen Mindestmaßstab von allgemein gebilligten Regeln festsetzen, mit der Aufgabe die Konflikte zwischen den Normen des internationalen Privatrechts verschiedener Staaten zu lösen.

Die Suche nach dem kleinsten gemeinsamen Nenner als allgemein akzeptierte Basis des internationalen Privatrechts stand auch im Zentrum der Erwägungen Savignys, die übermächtige Präsenz Savignys findet sich auf Schritt und Tritt in Mancinis Text, und der gesamteuropäischen juristischen Debatte der 60er und 70er Jahre des XIX. Jahrhunderts⁵².

Auch Savigny wollte die Möglichkeit der Anerkennung und Anwendung ausländischer Normen der Willkür und Wandelbarkeit der Höflichkeitsregeln und der Interessen entziehen und hatte deren Anwendung daher juristischen Überlegungen unterstellt. Die *comitas gentium* war nämlich ein ausschließlich juristisches Konzept und bezog sich auf eine weit tiefere Dimension als die speziellen Gesetzgebungen der einzelnen Staaten. Für jede juristische Beziehung musste das vorhergehende Gesetz, dem es unterworfen war, festgestellt werden und die Gerichte waren angehalten es anzuwenden, auch wenn es das eines anderen Landes war. Es war also nicht der Wille der Staaten, sondern eine dem Recht innewohnende Kraft, die sich auf die gemeinsame christliche Geschichte und eine gemeinsame juristische, romanistische Tradition begründete, die den deutschen Juristen den Schlüssel zur Lösung der Konflikte zwischen den Gesetzen bot⁵³. Jedoch schien die imaginäre *völkerrechtliche Gemeinschaft* Savignys nur zum Teil geeignet die nationalen Egoismen zu überwinden und das Souveränitätsprinzip einzudämmen. Prinzipiell konnte, im Fall eines Konflikts zwischen den Gesetzen verschiedener Staates, die Souveränität jedes einzelnen rechtmäßig die Anwendung des nationalen Gesetzes innerhalb seiner Grenzen einfordern. Die Regelung der juristischen Beziehung auf das Gesetz, dem sie unterstellt war, zu verweisen schien deshalb weiterhin, auch Savigny selbst, nur eine «freundliche Zulassung unter souveränen Staaten bezeichnen, nämlich als Zulassung ursprünglich fremder Gesetze unter die Quellen, aus welchen die einheimischen Gerichte die Beurteilung mancher Rechtsverhältnisse zu schöpfen haben». Ein freundliches Zugeständnis also, aber irgendwie auch aufgezwungen. Es durfte nämlich, so der deutsche Jurist weiter, nicht als Akt der Großzügigkeit oder der Willkür angesehen werden, sondern eher als «eine eigenthümliche und fortschreitende Rechtsentwicklung zu erkennen, gleichen Schritt haltend mit der Behandlung der Collisionen unter den Particularrechten desselben Staates»⁵⁴.

Bei Savigny bewirkte eine allgemein akzeptierte juristische Tradition, unabhängig von dem Ort, wo das Gericht zu entscheiden hatte, dass die juristische Beziehung die selbe Entscheidung zu erfahren hatte, denn die Suche nach gebilligten Regeln rührte von einem dem Recht innewohnenden Prinzip her, das die Doktrin durch die Anwendung einer rigorosen wissenschaftlichen Rechtsmethode hervorzubringen hatte. Für Mancini dagegen war diese Suche nicht von einer inneren Kraft bestimmt, in

⁵¹ MANCINI, *Utilità*, zit., S. 181.

⁵² Über den Einfluss Savignys auf das italienische internationale Privatrecht s. M. GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys auf die Entwicklung des Internationalprivatrechts*, Freiburg 1923, S. 150-65; für die Beziehung zwischen Savigny und Mancini, H.P. MANSEL, *Mancini, v. Savigny und die Kodifikation des deutschen internationalen Privatrechts von 1896*, in R. SCHULZE (Hrsg.), *Deutsche Rechtswissenschaft und Staatslehre im Spiegel der italienischen Rechtskultur während der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts*, Berlin 1990, S. 255-83; Y. NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie im internationalem Privatrecht. Eine Untersuchung auf der neu zutage gekommenen kollisionsrechtlichen Vorlesungen Mancinis*, Heidelberg 2000, S. 148-156; F. STURM, *Savigny und das internationale Privatrecht seiner Zeit*, in *Ius Commune*, 8 (1979), S. 92-109; U. SEIF, *Savigny und das internationale Privatrecht des 19. Jahrhunderts*, *RabelZ*, 65 (2001), S. 492-512.

⁵³ Schreibe SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, vol. VIII, Berlin 1849, S. 28 dass «bei jedem Rechtsverhältnis dasjenige Rechtsgebiet aufgesucht werde, welchem dieses Rechtsverhältnis seiner eigenthümlichen Natur nach angehört oder unterworfen ist».

⁵⁴ SAVIGNY, *ibidem*; s. auch J.L. HALPERIN, *Entre nationalisme juridique et communauté de droit*, Paris, S. 56-62.

der Lage aufgrund ihrer Rationalität und Wissenschaftlichkeit, eine Bresche in das Netz der Souveränität der Staaten zu schlagen. Die Beschränkungen der staatlichen Souveränität und die Annahme der Normen des ausländischen Privatrechts kamen im Gegenteil von einer internationalen Rechtsverpflichtung her, die ihre Wurzeln im Recht der Völker hatte und eine wahre Beschränkung des internationalen öffentlichen Rechts für die Autonomie der Staaten darstellte.

Es war nicht Mancinis Absicht die Rolle der doktrinären Überlegungen abzuwerten, sondern er forderte seine Positivierung in einem «sistema di regole uguali ed identiche per tutti gli stati»⁵⁵. Die Zeit war reif für die Überwindung der unvermeidbaren Konflikte zwischen den verschiedenen privatrechtlichen Gesetzgebungen, durch die Erstellung internationaler Abkommen, die Einberufung internationaler Konferenzen und die Anrufung von Schiedsgerichten. Dies war der von Italien gewählte Weg und Mancini, in seiner Eigenschaft als Politiker und Jurist, fühlte sich berufen ihn sowohl in Italien als auch in Europa zu verteidigen⁵⁶.

Das tat er denn auch 1874, wenige Monate später, in Rom, wo er seiner Antrittsvorlesung den bezeichnenden Titel gab: *Della vocazione del nostro secolo per la riforma e la codificazione del diritto delle genti e per l'ordinamento di una giustizia internazionale*. Auch in Genf rief er die Autorität Savignys zu Hilfe und erinnerte seine Kollegen des *Institut* daran, dass eben der deutsche Jurist in den Pakten ein mögliches Instrument zur Umsetzung jener Gemeinsamkeit gesehen hatte, die das gemeinsame juristische Gefüge Europas darstellte und vor den einzelnen Gesetzgebungen existierte⁵⁷.

Es ist interessant Savigny durch die Zitate Mancinis zu lesen. Der italienische Jurist bot in Genf eine kritische Lesung der Positionen des deutschen Meisters an, jedoch versuchte er mit äußerster Vorsicht die Brüche zu verheimlichen, oder wenigstens deren Reichweite zu begrenzen, indem er die Nationalität als Prinzip in Beziehung auf eine nötige Kontinuität oder „natürliche Entwicklung“ gegenüber den Texten Savignys erscheinen ließ.

Für Mancini war es Aufgabe der Juristen der wissenschaftlichen Lehre ein System von Pakten oder einen Gesetzbuch zu weihen, der nach italienischen Modell, wenige und klare zur Lösung der Konflikte geeignete Grundregeln enthält. Savigny dagegen übertrug die Schaffung eines überstaatlichen Abkommens der wissenschaftlichen Überlegung, der sich die Praxis der Gerichte hätte anpassen müssen, und ließ Pakte nur in dem Masse zu, in dem sie schon existierendes Recht anerkannten⁵⁸.

Ein von allen Nationen angenommenes «Gesetz» hätte eine legitime Lösung darstellen können, aber er sah sich nicht in der Lage zu behaupten, weder dass es wahrscheinlich, noch der «via puramente scientifica» vorzuziehen sei. «Allein der Gedanke an ein solches Gesetz – schreib – kann als Maßstab dienen für die Prüfung einer jeden von uns auszustellenden Regel über die Collision. Wir haben uns dabei stets zu fragen, ob eine solche Regel wohl geeignet sein dürfte, um in ienes allen Nationem geimeinsame Gesetz aufgenommen zu werden»⁵⁹.

Was Mancini weder annehmen, noch verschweigen konnte, waren die Schlussfolgerungen zu denen der deutsche Jurist gelangt war. Die Lösung internationaler Konflikte zwischen Normen des Privatrechts dem Wesen der Beziehung und dem Gesetz des Ortes, wo sie sich befand, anzuvertrauen, genügte den von ihm verfolgten Zielen der Vereinfachung und der Klarheit nicht. Die Suche nach dem Sitz der juristischen Beziehung war tatsächlich kein Kriterium «agevole e di sicura applicazione» jedesmal, wenn die verschiedenen Elemente der juristischen Beziehung sich auf die Gesetze verschiedener Länder bezogen, wie in dem Paradedfall, wo der Bürger eines Staates im Ausland einen Vertragabschluss tätigt und sich die im Vertag behandelten Güter in einem Drittland befinden. Welches Gesetz wäre hier

⁵⁵ MANCINI, *Utilità*, zit., S. 184- 187.

⁵⁶ MANCINI, *Arbitrato nelle controversie internazionali*, Camera, 24.11.1873, Ders., *Discorsi parlamentari*, B. IV, Roma, 1895 (XI leg. 1873-1874), S. 233-249 «affinché il Governo si adoperi a rendere l'arbitrato mezzo accettato e frequente per risolvere, secondo giustizia, le controversie internazionali, proponga di introdurre nella stipulazione dei trattati la clausola di deferire ad arbitri le questioni che sorgessero nell'interpretazione ed esecuzione dei medesimi, e voglia perseverare nella benemerita iniziativa, da più anni da esso assunta di promuovere convenzioni tra l'Italia e le altre nazioni civili per rendere uniformi e obbligatorie, nell'interesse dei popoli rispettivi, le regole essenziali del diritto privato»; s. auch MANCINI, *Discorso sull'approvazione del bilancio*, Senato seduta del 22.5.1882, in Ders., *Discorsi parlamentari*, zit., B. VII, Roma 1896, S. 586-600.

⁵⁷ P.S. MANCINI, *Della vocazione del nostro secolo per la riforma e la codificazione del diritto delle genti e per l'ordinamento di una giustizia internazionale*. *Discorso per l'inaugurazione degli studi nella Regia Università di Roma* (2.11.1874), Roma 1874, S. 40-55.

⁵⁸ SAVIGNY, *Systém*, zit., S. 30.

⁵⁹ SAVIGNY, *Systém*, zit., S.115

anzuwenden? Jenes des Landes des Vertragsnehmers, des Ortes des Vertragsabschlusses oder des Landes, wo sich die Güter befinden?

Mancini Savigny schien so den akzeptablen Vorbedingungen, von denen seine Überlegung ausgegangen war, zu widersprechen und die präzisen Kritiken, die er den Theorien Thibauts, Mittermaiers und Zachariaes entgegengebracht hatte, nicht logisch zu entwickeln⁶⁰. Jedoch fühlte sich der italienische Jurist verpflichtet, den Ton seiner Bemerkungen noch weiter abzuschwächen und, fast als wolle er die Dreistigkeit seiner Schlussfolgerungen rechtfertigen, fügte er hinzu: «avvezzi come siamo, a circondare della nostra venerazione il nome del giureconsulto che illustrò la cattedra di Berlino e ad onorarne l'alto intelletto, come mai non dovremmo confessare e deplorare le profonde e straordinarie difficoltà, nelle quali si avvolge la ricerca del principio fondamentale del *Diritto Internazionale Privato*, se in essa anche una così privilegiata intelligenza fu impotente a raggiungere la verità?»⁶¹

Nur wenige Jahre später erhielt das *System* Savigny weitaus weniger rücksichtsvolle Kritiken.

In Frankreich schmälerte Laurent seine Rolle innerhalb des internationalen Privatrechts und stritt entschieden ab, dass «diese Wissenschaft» 1849 mit der Veröffentlichung des achten Bandes des *Systems* geboren sei. Savigny war «ein Mensch der Tradition», kein «Erneuerer». Einerseits verbanden viele Fäden seine Überlegungen mit den alten Statuttheorien, andererseits hatten seine Ideologie und seine nach dem römischen Recht ausgerichtete Methode sowohl gefährliche Zweideutigkeiten zwischen der Verteidigung des Souveränitätsprinzips und der Überwindung des Prinzips der internationalen Höflichkeit entstehen lassen, als auch die unvermeidliche Verweigerung des Nationalitätsprinzips⁶². «Savigny, schrieb Laurent, non respinge la cortesia, né la sovranità territoriale». «Lo stretto diritto del potere sovrano permetterebbe al sovrano di ordinare che il magistrato decidesse ogni divergenza secondo la legge territoriale, escludendo interamente l'applicazione delle leggi straniere [...] Savigny si affretta ad aggiungere che questo principio non è consacrato da alcuna legislazione», aber trotzdem bestand Laurent darauf, dass er la manitiene, o per lo meno in teoria, come diritto scritto. Può esservi un diritto in opposizione con la natura delle società civili e con la necessità delle relazioni internazionali? Era d'uopo negare arditamente la nozione della sovranità assoluta ed esclusiva, come avanzo del regime feudale. Se Savigny non l'ha fatto, non bisogna forse cercarne la ragione nello stato politico della Germania? Nel 1849 la Prussia non era ancora libera e costituzionale che soltanto di nome: testimone la sanguinosa insurrezione di Berlino. Lo spirito feudale vinto era ancora onnipresente in corte, ed i Tedeschi hanno, al più alto grado una virtù, quella del rispetto all'autorità, sotto la quale si piegano troppo volentieri. Noi crediamo che se Savigny avesse scritto nel 1879 sarebbe stato meno rispettoso».

Fünf Jahre später erinnerte Guido Fusinato daran, dass der deutsche Jurist mit Bezug auf das innerste Wesen einer jeden Rechtsbeziehung bei der Bestimmung des anzuwendenden Rechts, nur «la migliore maniera come il problema debba essere posto per venire risoluto. Dire che ogni rapporto giuridico deve giudicarsi secondo la legge alla quale per sua natura è soggetto, è dir tutto e nulla nel tempo stesso» angegeben hatte⁶³.

Für Fusinato hatte Mancini dagegen Antworten geliefert: er hatte die Aufmerksamkeit von der Rechtsbeziehung auf das Subjekt der Rechtsbeziehung gelenkt und im nationalen Recht dieses Subjekts das Gesetz bestimmt, das dazu geeignet war die seinen persönlichen Status, die familiären Beziehungen, die legitime Nachfolge, die Grenzen der testamentarischen Verfügbarkeit und die Bedingungen der Wirksamkeit der Urkunden bezüglich des letzten Willens betreffenden Probleme zu regeln.

Wahrscheinlich übertrieb Fusinato, auch Savigny hatte „einige“ Antworten gegeben, aber seine Kritik traf einen zentralen Punkt, der ihm gestattete diese Antworten unbeachtet zu lassen: die theoretische, auf die Grundprinzipien wie Nationalität, Freiheit und Souveränität basierende Konstruktion Mancinis hatte Savignys Untersuchung, die den Zweck hatte, das Wesen der Rechtsbeziehung zur genauen Bestimmung des anzuwendenden Rechts zu definieren, überflüssig werden lassen. Für den italienischen Juristen war die Rechtsordnung von zweifacher Natur: einerseits privat und individuell, andererseits öffentlich und politisch. Das Privatrecht gab die Freiheit des Individuums wieder

⁶⁰ GUTZWILLER, *Der Einfluss Savignys*, zit., S. 38 ff.

⁶¹ MANCINI, *Utilità*, zit.,

⁶² «E' più che indifferenza – schrieb F, LAURENT, *Principi di diritto internazionale*, B. 1, Napoli 1885, S. 445 egli sconosce il valore dell'elemento nazionale nello sviluppo dell'umanità e nella scienza del diritto internazionale. Ad ascoltarlo il territorio avrebbe rimpiazzato la nazionalità».

⁶³ G. FUSINATO, *Il principio della scuola italiana nel diritto privato internazionale* (1885), in Ders., *Scritti giuridici*, B. 1, Torino, S. 560.

und war deshalb sowohl persönlich als national. Es bestand aus einem nötigen und unabdingbaren Teil, der dem Individuum überallhin folgen sollte und nur von dem Gesetz der Nation (Staat) geregelt werden konnte, dem das Individuum angehörte, und einem freiwilligen Teil, der auf den freien Willen der Parteien verwies und worin die Gesetze nur ergänzenden Wert hatten. Dem Privatrecht stand das öffentliche Recht gegenüber, in anderen Worten «il sistema organico dei mezzi necessari a difendere e preservare lo stato medesimo da nemici interni ed esterni, ed anche a garantire il pacifico godimento dei diritti di tutti gli individui che in esso vivono»⁶⁴. Als direkte Emanation der «sovranità» und des politischen «imperio» der Nation, wies es territorialen Charakter vor und konnte sowohl seine Anwendung all jenen aufzwingen, die sich innerhalb des Staatsgebiets befanden, als auch die Anwendung all jener Normen des ausländischen Privatrechts ausschließen, die der öffentlichen Ordnung und Sitte widersprachen⁶⁵.

Der Abstand zu Savignys Konstruktion war klar ersichtlich: das Nationalitätsprinzip erschien als Prinzip des positiven Rechts konstitutioneller und grenzüberschreitender Natur, das die Struktur einer neuen, nicht länger auf die internationale Höflichkeit oder eine historisch gebilligte juristische Tradition basierte *comunitas gentium* bilden und die Staaten eindeutig zu seiner Einhaltung zwingen konnte.

Dem stand die öffentliche Ordnung, ein anderes, konstitutionell wesentliches Prinzip des öffentlichen Rechts gegenüber, das weiterhin auf die volle Souveränität jedes einzelnen Staates verwies und die Anwendung einer ausländischen Norm verhindern konnte. Eine Untersuchung über das Wesen der Beziehung war nicht mehr nötig und schon gar keine Anwendung des Gesetzes des Wohnsitzstaates als allgemeines Recht zur Definierung des Sitzes der Rechtsbeziehung.

Tatsächlich hatte Savigny zwischen Nationalität und Territorialität letzteres Prinzip gewählt und das nationale Gesetz dazu auserwählt, die juristische Zugehörigkeit eines Subjekts zum Territorium zu bestimmen, im Gesetz des Wohnsitzstaates, wobei er dieses Gesetz im weitesten Sinne meinte, d.h. als Gesetzestext, sowohl legislativen Ursprungs als auch als Gewohnheitsrecht⁶⁶. Er hatte jedoch auch eingeräumt, dass man versucht sein könnte der *lex domicilii* „un’illimitata influenza“ zuzuerkennen, nur im Fall eines Konflikts zwischen den Normen des Staates selbst, und dass es in der Annahme eines Konflikts zwischen Gesetzen verschiedener Staaten vielleicht besser wäre, sich nicht an ein allgemeines Prinzip zu halten und die Lösung der Kontroverse dem souveränen Willen des Staates und den von den Staaten eventuell in internationalen Abkommen oder Verträgen vereinbarten Kriterien zu übertragen. Nicht nur. Die französische Kodifikationserfahrung und die in vielen Ländern anzutreffende Tendenz zur legislativen Regulierung von Erwerb und Verlust der Staatsangehörigkeit und vor allem dazu die Anwendung des territorialen Rechts nicht nur dem Wohnsitz, sondern der Nationalität unterzuordnen, hätte diesen Eindruck bestätigen können⁶⁷. Den Eindruck, eben, nur kleine Unsicherheiten und leichte Zweifel, die Savigny aus der Welt schaffte, indem er einerseits die bemerkenswerten Zweideutigkeiten der französischen Kodifikation⁶⁸ unterstrich und andererseits daran erinnerte, dass sich sowohl das *Allgemeine Landrecht* als auch die angloamerikanische Erfahrung des Gesetzes des Wohnsitzstaates bedient hatten⁶⁹. Es musste daher als «allgemeiner Bestimmungsgrund» zur Festsetzung der gerichtlichen Zuständigkeit und des persönlichen Rechts betrachtet werden, und als „wahrer Grund des Untertanenverhältnisses“. Nach heutigem Recht – schrieb nämlich Savigny – ist der Wohnsitz als regelmässiger Bestimmungsgrund anzusehen für das besondere territoriale Recht, welchem jeder Einzelne, als seinem persönlichen Rechte, untergeordnet ist, und dieser Satz hat auch von jeher seher allgemeine Anerkennung gefunden⁷⁰.

Die einzigen Ausnahmen in der Anwendung der *lex domicilii* und im Allgemeinen zu dem Prinzip, wonach die Rechtsbeziehung sich nach dem Gesetz des Ortes zu richten habe, wo es seinen Sitz hatte, hängen allein vom Souveränitätskonzept ab. Die Justiz müsste immer das nationale Recht anwenden, wenn es in der strittigen Materie ein solches gab oder wenn es sich um Verfahrensfragen handelte (S. 361). Gleichermassen hätte man die Anwendung all jener normativen Maßnahmen und ausländischen, außerhalb der von der internationalen Gemeinschaft anerkannten Werte liegenden, Institutionen ausschließen, und

⁶⁴ MANCINI, *Utilità*, zit., S. 199; NISHITANI, *Mancini und die Parteiautonomie*, zit., S. 207 ff.

⁶⁵ *ibidem*.

⁶⁶ SAVIGNY, *System*, zit., S. 95-100.

⁶⁷ *ibidem*.

⁶⁸ SAVIGNY, *System*, zit., S. 99.

⁶⁹ JOSEPH STORY, *Commentaries on the Conflict of the Laws, Foreign and Domestic in regard to contracts, rights, and remedies and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions and Judgement* (1834), Boston 1883, S. 40-182; G. KEGEL, *Story and Savigny*, in *American Journal of Comparative Law* 37 (1989), S. 39-66.

⁷⁰ SAVIGNY, *System*, zit., S. 100; S. 95.

parallel dazu die Beachtung jener «positive, absolute, imperative» inneren Gesetze durchsetzen müssen, die wegen ihrer besonderen politischen, wirtschaftlichen oder moralischen Natur unverzichtbar sind.

5. Warten auf Mancini

Das Eingreifen Mancinis musste zwangsweise das Interesse seiner Kollegen vom *Institut* erregen. Er war sowohl der das Institut beflügelnden Logik, als auch dem Image und der Rolle der in Genf versammelten Juristen zweckdienlich. Als Vertreter und Interpreten der öffentlichen Meinung in Europa und des juristischen Bewusstseins der zivilisierten Staaten hatten sie es sich zum Ziel gemacht, die gesetzgebende Politik Europas zu lenken und gleichzeitig in Einklang zu bringen. Einstimmig erkannten sie nicht nur die Notwendigkeit von Verträgen an, die auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts einheitliche und zwingende Regeln festsetzten, sondern sie beauftragten das Institut auch mit deren Verwirklichung, unter Beibehaltung der formellen Anerkennung der «*indipendenza legislativa*» der einzelnen Staaten. Nicht nur. Mit der Annahme der IV. die allgemeine Resolution abschließenden Direktive, übernahm das Institut eine wesentliche Passage von Mancinis Vortrag: das von der Wissenschaft des Völkerrechts erreichte Niveau zwang zur bedingungslosen Annahme der bürgerlichen Rechte der Ausländer und schloss dabei aus, dass die Anerkennung des internationalen ausländischen Privatrechts sich noch auf althergebrachte diplomatische Praktiken begründen konnte und nicht auf die höhere Pflicht internationaler Gerechtigkeit⁷¹.

Die beiden, den Sonderteil abschließenden Direktiven, die Mancini mit der Aufgabe betraut hatte seinen intellektuellen und juristischen Werdegang zu übertragen, hatten jedoch weit weniger Erfolg.

Obwohl der italienische Jurist sich dem Wohnsitzrecht geöffnet und dessen Anwendung ersatzweise zugelassen hatte, falls es in ein und demselben Staat mehrere Zivilgesetze gleichzeitig gab oder es sich um staatenlose Personen oder solche mit doppelter Staatsangehörigkeit handelte, wurde sein Vorschlag dem Nationalitätsprinzip, einzig mit der Ausnahme der öffentlichen Ordnung, die Streitfälle auf dem Gebiet des internationalen Privatrechts zu übertragen⁷².

Die Protokolle der Sitzung vom 4. September 1874 zeigen uns ein unwiderruflich geteiltes Institut, polarisiert auf zwei gegensätzliche Erklärungen. Zuerst die Bluntschlis, der Cauchy, Martens, Moynier, Neumann und Westlake zustimmten, wonach «*de principe de nationalité l'emportera sur tous les autres principes encore en vigueur dans le conflit des lois sur l'état et la capacité de la personne et sur les rapports de famille. Mais je pense aussi qu'il faudra du temps pour étudier la question et que, par conséquent, il vaut mieux ajourner la discussion jusqu'à la prochaine session*». Dann die von Esperson vertretene zweite, gegensätzliche Erklärung, der De Leveleye, Pierantoni, Brocher und Rivier folgten. «*Je crois – scriveva il giurista italiano – que, entre ces deux systèmes. Celui de la loi nationale et celui de la loi*

⁷¹ Der Text der Direktive lautet: «*Dans l'état actuel de la science du Droit international, ce serait pousser jusqu'à l'exagération le principe de l'Indépendance et de la Souveraineté territoriale des Nations, que leur attribuer un droit rigoureux de refuser absolument aux étrangers la reconnaissance de leurs *droits civils*, et de méconnaître leur capacité juridique naturelle de les exercer partout. Cette capacité existe, indépendamment de toute stipulation des *Traités*, et de toute condition de réciprocité. L'admission des étrangers à la jouissance de ces droits, et l'application des lois étrangères aux rapports de droit qui en dépendent, ne pourraient être la conséquence d'une simple courtoisie et bienséance (*comitas gentium*), mais la reconnaissance et les respect de ces droits de la part de tous les États doivent être considérés comme un *devoir de justice internationale*. Ce devoir ne cesse d'exister, que si les droits de l'étranger et l'application des lois étrangères sont incompatibles avec les *institutions politiques* du territoire régi par l'autre Souveraineté, ou avec l'*ordre public* tel qu'il y est reconnu*», *Revue de droit international et de législation comparée*, 6 (1874), S. 582-583; 7 (1875), S. 362.

⁷² Die beiden Sonderdirektiven sahen vor dass: «*L'état et la capacité de la Personne, les Rapports de Famille, et les droit et les obligations qui en découlent, doivent être jugés en appliquant les lois de sa patrie, c'est à dire de la Nation dont elle fait partie. Ils sont régis subsidiairement par les lois du Domicile, lorsque différentes législations civiles coexistent dans un même état, où il s'agit de personnes sans aucune nationalité ou qui ont double nationalité. Mais les lois personnelles de l'étranger ne peuvent obtenir reconnaissance et effet dans le territoire soumis à d'autres souverainetés, si elles sont en opposition avec le *droit public* et avec l'*ordre public* de ce même territoire. II. Dans les *successions* à l'universalité d'un patrimoine, c'est aussi à la législation désignée dans la conclusion précédente de déterminer les *personnes successibles*, la *mesure* ou *quotité* de la *Disponibilité* et de la *Réserve*, et les conditions requises pour la *validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté*, quels que soient la *qualité* des biens, et le pays de leur situation*», *Revue de droit international et de législation comparée*, 6 (1874), S. 582-583; 7 (1875), S. 583.

du domicile, il faut, pour régler l'état, la capacité de la personne et les rapports de famille, donner la préférence au premier, de la manière indiquée dans les conclusions de M. Mancini»⁷³.

Die Überprüfung der Direktiven hätte in der folgenden Sitzung wieder aufgenommen werden sollen, aber die anhaltende Abwesenheit Mancinis, der wegen seiner institutionellen Verpflichtungen die Diskussion auf die Sitzung in Brüssel 1879 vertagte, wo Westlake und Arntz, die neuen Mancini zur Abfassung eines Berichts über die Gesetzeskonflikte im internationalen Privatrecht zugewiesenen Referenten, der Versammlung ein neues Projekt und neue Schlussfolgerungen vorlegten⁷⁴.

Die Weisungen Mancinis waren jedoch nicht verschwunden und dem Nationalitätsprinzip war weiterhin, innerhalb der von der öffentlichen Ordnung gestatteten Grenzen, die Aufgabe zugeteilt, den Staat und die Fähigkeit des Individuums zu regeln. Der *lex domicilii* stand weiterhin eine Ersatzrolle zu, für den Fall, dass mehrere Zivilgesetze innerhalb eines Staates bestünden, mit der einzigen Auflage, dass man sich auf den ursprünglichen Wohnsitz zu beziehen habe, um zu vermeiden, dass der Staat oder die Fähigkeit sich infolge eines Wohnsitzwechsels ändern können (art. 6)⁷⁵.

Der Text wurde 1880 in der Oxforder Sitzung diskutiert und auch diesmal waren die Parteien gespalten und es war schwierig zu einem Kompromiss zu gelangen.

Pierantoni, Professor für Völkerrecht in Rom, Abgeordneter und Mancinis Schwiegersohn, hielt die vorgeschlagene Lösung für unakzeptabel, da sie den Verweis auf den ursprünglichen Wohnort zuließ und schlug vor, die Wirksamkeit der *lex domicilii* derart einzuschränken, dass sie der Beachtung des internen Rechts unterliege, d.h. nur in dem Fall, in dem «la legge interna conduce a queste conseguenze». Nachdem jedoch ein Antrag Westlakes bezüglich die Streichung der Spezifizierung des Ursprungs aus den Verweis auf den Wohnsitz angenommen worden war und die Versammlung entschieden hatte, jeglichen Bezug auf das Wohnsitzgesetz in Anwesenheit einer Pluralität von Gesetzgebungen innerhalb eines Staates aufzuheben, ließ der italienische Jurist über einen weiteren Änderungsvorschlag abstimmen, der seines Erachtens einen besseren Schutz des internen Rechts gewährleistete, wonach im Falle der Existenz einer Vielfalt von normativen Regelwerken innerhalb eines Staates, «il diritto civile applicabile sarà designato dal diritto interno dello straniero»⁷⁶.

Seine These wurde angenommen und Artikel 6 schrieb in seiner endgültigen Fassung vor: «L'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'État auquel elle appartient par sa nationalité. Lorsqu'une personne n'a pas de nationalité connue son état et sa capacité sont régis par les lois de son domicile. Dans le cas où différentes lois civiles coexistent dans un même État, les questions relatives à l'état et à la capacité de l'étranger seront décidées selon le droit intérieur de l'État auquel il appartient»⁷⁷.

Das Nationalitätsprinzip erreichte die volle Anerkennung und die Diskussion sollte erst 1893 in Den Haag wieder aufgenommen werden.

⁷³ Revue de droit international et de législation comparée, 6 (1874), S. 607-610.

⁷⁴ *Annuaire de l'Institut de Droit International Privé*, ed. Nouv. Abrégé, Bruxelles 1928, Session de Bruxelles (1879), S. 344-357; v. NADELMANN, *Mancini's nationality Rule*, cit., S. 429-432.

⁷⁵ *Annuaire*, zit., art. 6, S. 345-346: «L'état et la capacité d'une personne sont régis par les lois de l'État auquel elle appartient par sa nationalité, ou bien par les lois du lieu de son domicile d'origine lorsque différentes législations civiles coexistent dans le même Etat. Lorsqu'une personne n'a pas nationalité connue son état et sa capacité sont régis par les lois de son domicile» Quanto alle successioni il testo di Westlake e Arntz all'art. 7 prevedeva: «Les successions à l'universalité d'un patrimoine sont, quant à la détermination des personnes successible à l'étendue de leurs droits, à la mesure ou quotité de la portion disponible ou de la réserve, et à la validité intrinsèque des dispositions de dernière volonté, régis par les lois de l'État auquel appartenait le défunt, ou subsidiairement, dans les cas prévus ci-dessus à l'article 6, par les lois de son domicile, quels que soient la nature des bien et le lieu de leur situation».

⁷⁶ *Annuaire*, cit., *Session d'Oxford*, S. 594-595 (Pierantoni); S. 598 (Westlake). Die letzte und entscheidende von Pierantoni vorgeschlagene Änderung, «Dans le cas où différentes lois coexistent dans un même Etat, on décidera d'après le droit intérieur de l'étranger quelle est la loi civile qui doit être appliquée de préférence», befindet sich auf S. 599.

⁷⁷ Die Resolution wurde am 8. September 1880 angenommen, *Annuaire*, zit., S. 731-732; Nademann, *Mancini's Nationality Rule*, zit., S. 436-440.

JEAN-JACQUES BECKER

Professeur émérite, Université Paris X – Nanterre

jj.becker@wanadoo.fr

La résolution des conflits dépend très souvent des conditions dans lesquelles ils se sont engagés. Ces conditions peuvent être simples, même si on peut toujours en discuter. Ainsi, pour l'essentiel, la seconde guerre mondiale fut la conséquence de la volonté d'Hitler.

En revanche les conditions d'éclatement de la Grande Guerre sont difficiles à déterminer. Qu'on les appelle causes ou responsabilités, elles ont provoqué un nombre infini d'ouvrages. Pour ne prendre que cet exemple, un homme comme Clemenceau qui fut le président du Conseil français de la fin de la guerre, à partir de novembre 1917, a été totalement convaincu jusqu'à sa mort en 1929, à 88 ans, que la guerre avait été le résultat d'une agression injustifiée de l'Allemagne et que les conditions de la paix n'en avaient été que la punition, punition d'ailleurs insuffisante et qu'il ne fallait pas atténuer. Et Clemenceau n'était pas antigermanique de tempérament...

Ce point de vue était-il partagé ? Pour les Allemands, il était d'une très grande injustice : ils croyaient dans leur grande majorité que les années d'avant-guerre avaient été celles d'un encerclement méthodique de l'Allemagne et, que, quand la Russie avait décrété sa mobilisation générale, elle s'était trouvée dans une situation dangereuse. Il lui avait été nécessaire de réagir immédiatement. L'attaque contre la France n'avait pas eu d'autre raison que la nécessité de mettre hors de combat l'allié de la Russie avant que la mobilisation russe nécessairement plus lente en raison des dimensions du pays ne soit achevée.

Chacun de ces points peut être discuté : l'encerclement de l'Allemagne existait-il vraiment ? N'était-ce pas une vue de l'esprit plus qu'une réalité ? La mobilisation générale russe était-elle si dangereuse, compte tenu de l'énorme écart technique entre la Russie et l'Allemagne, d'autant que l'armée russe devrait faire face également à l'armée austro-hongroise ? La France aurait-elle automatiquement apporté son concours à la Russie ? Pour ajouter un élément supplémentaire, si dans sa marche, le commandement de l'armée allemande n'avait pas choisi de passer par la Belgique, le Royaume-Uni serait-il entré dans le conflit ?

Il faut aussi mettre en balance, les hésitations d'un certain nombre de responsables. Ce furent les généraux russes qui arrachèrent l'ordre de mobilisation à l'Empereur Nicolas II qui y était en fait hostile et en prévoyait de terribles conséquences. Ce furent les généraux allemands qui s'opposèrent à la proposition de l'Empereur Guillaume II de renoncer dans l'immédiat à l'attaque contre la France. La guerre pouvait être évitée, estimait-il, puisque la Serbie avait presque complètement accepté l'ultimatum autrichien. Ce fut le général Joffre qui, sous menace de démission, obligea le gouvernement français à lancer sans attendre l'ordre de mobilisation générale.

Un peu partout, à partir d'un certain moment, les militaires ont eu un rôle déterminant dans l'éclatement de la guerre. On pourrait imaginer que ce fut seulement parce qu'ils étaient belliqueux par métier. En réalité, que tous les Etats-Majors aient eu la même attitude a effectivement la même raison, mais ce n'est pas celle-là. Ils sont tous convaincus que l'issue d'un conflit est déterminée par l'application des plans préétablis et que tout retard pris sur l'adversaire dans la mobilisation peut dangereusement compromettre la réalisation. On ne doit jamais oublier que personne n'imagine qu'on s'engage dans une guerre de plus de quatre années, et qu'à l'inverse à peu près tout le monde est persuadé que cela va durer quelques semaines au maximum. L'idée d'attendre, de prendre du temps est donc totalement exclue. Il y a là une attitude mécanique, mais qui ne donne aucune indication de fond sur les raisons de l'éclatement du conflit, même si, en définitive, les raisons essentielles sont souvent des raisons immédiates.

C'est bien là la question, pourquoi cette guerre ? Que près d'un siècle plus tard, on puisse encore se le demander est significatif. Il est assuré que dans d'autres circonstances, le conflit austro-serbe né de

L'attentat de Sarajevo aurait été réglé au pire par une petite guerre, sans que l'Europe pratiquement entière y soit entraînée. Ceci explique que les générations de la guerre et de l'immédiat après-guerre furent hantées par l'idée de déterminer et surtout de dénoncer les responsables de ce drame, mais en privilégiant les intrigues diplomatiques et les politiques des Etats qui y avaient conduit. Cette histoire était évidemment très unilatérale. Vaincus, les Allemands étaient nécessairement accusés de tous les maux et ils s'en défendaient comme de beaux diables.

Cela ne signifie évidemment pas que chacun des peuples belligérants n'ait pas été convaincu du bon droit de son pays. Pour prendre l'exemple de l'opinion française, même si une fraction – très minoritaire – estimait que l'Allemagne débarrassée de la *camarilla* impériale devait être traitée avec plus d'aménité que ne le fit la Conférence de la Paix, l'immense majorité des Français croyaient à la responsabilité allemande. Tout était de la faute des « Boches ».

Il a fallu les horreurs insupportables de la seconde guerre mondiale et les débuts de la construction européenne seule capable de mettre fin aux affrontements suicidaires entre les peuples européens – même si la guerre froide en a retardé le développement et limité longtemps l'ampleur – pour que l'historiographie des responsabilités se transforme. Des historiens en reprenant le dossier se sont rendus compte que les explications traditionnelles, même si elles n'étaient pas dénuées d'une part de vérité, et les accusations réciproques ne permettaient pas de répondre vraiment à la question du pourquoi. Devant la difficulté de trouver des réponses satisfaisantes, des historiens étaient tentés d'en affirmer le caractère incompréhensible, inexplicable¹. On en est bien convaincu maintenant, ce conflit n'a pas eu de sens, mais cela ne suffit pas à dire pourquoi il a eu lieu et pourquoi la plupart des contemporains lui ont trouvé du sens. Les grands belligérants, les Français, les Allemands, les Britanniques – souvenons-nous de ces centaines de milliers de volontaires venus de tous les Dominions pour défendre la mère-patrie – ont eu le sentiment que leur pays jouait dans cette guerre son existence même. C'est également vrai en Russie pour les populations urbaines, même si les masses paysannes ne comprenaient pas pourquoi on les mobilisait. C'est beaucoup moins vrai de l'Italie où, quand elle entra dans la guerre en 1915, les paysans n'étaient pas seuls à n'être guère convaincus de la justification de cette guerre pour récupérer les « terres irredentes ». Ce n'est qu'après l'invasion du territoire italien après Caporetto que le sentiment national apparaît clairement. Mais pour les peuples français, britannique, allemand, le patriotisme, le sentiment national, ont été au coeur de leur comportement.

Pour comprendre l'incompréhensible, il est moins nécessaire de scruter les comportements des dirigeants que celui des peuples. Ce sont leurs mentalités qui ont été l'élément décisif. Depuis la Révolution française, l'Europe des Etats « dynastiques » n'avait cessé de reculer devant l'Europe des Etats « nationaux ». Dans la plupart des pays européens, les sentiments nationaux sont arrivés à leur sommet, au point même qu'un Etat « multinational » comme l'Autriche-Hongrie se comporte comme les Etats unitaires. D'où l'impossibilité de régler le différend entre l'Autriche-Hongrie et la Serbie autrement que par une mêlée générale. Les sentiments nationaux, le sentiment de l'honneur national, étaient trop vifs – pour ne prendre que cet exemple, la presse serbe bien loin de faire profil bas ne cesse de jeter de l'huile sur le feu pour répondre à une presse austro-hongroise qui, pour une grande part, est également déchaînée contre la Serbie – pour qu'on se limite à un petit conflit, comme l'ont cru possible un moment les dirigeants allemands et austro-hongrois. Par un effet de boule de neige, le conflit gagne toute l'Europe parce que chacun des peuples européens ne pouvait accepter qu'un peuple allié soit abandonné à son sort. Les uns après les autres se sentent directement concernés, leur honneur en cause. Des années plus tard, lors d'un colloque en Russie en 1994, le seul fait d'énoncer que la guerre générale aurait pu être évitée si la mobilisation générale russe n'avait pas eu lieu provoquait encore des réactions passionnées : la Russie pouvait-elle abandonner la Serbie ?

Quand on décortique les événements de la crise de juillet 1914, il n'est pas difficile d'apercevoir

¹Ainsi Jean-Baptiste DUROSELLE écrit : « Plus nous approchons du XXI^e siècle, plus la Grande Guerre de 1914-1918 nous apparaît comme incompréhensible » (*La Grande Guerre des Français*, Perrin, 1994 p. 11) ou encore François FURET : la Grande Guerre « reste un des événements les plus énigmatiques de l'histoire moderne (*Le passé d'une illusion, essai sur l'idée communiste au XX^e siècle*, Robert-Laffont-Calmann-Lévy, 1995).

qu'à plusieurs reprises, l'engrenage fatal aurait pu être arrêté, mais que ce soit en Allemagne, en France, en Russie, la puissance des sentiments nationaux n'a pas permis de se retirer du jeu.

Les dirigeants ont eu le sentiment qu'ils ne pouvaient pas faire autrement, même si le Tsar Nicolas II ou l'Empereur Guillaume II, comme nous l'avons déjà dit, ont eu à un moment le sentiment qu'on pouvait encore arrêter les choses, même si les responsables français donnent l'impression d'être dépassés par les événements, même si le ministre des Affaires étrangères du Royaume-Uni, Sir Edward Grey, laisse tomber, lugubre, dans la soirée du 3 juillet : « Les lampes sont en train de s'éteindre dans toute l'Europe. Nous ne reverrons pas leurs lumières de notre vivant »². L'historien britannique James Joll l'a dit : « Encore et encore, dans la crise de juillet on est confronté avec des hommes qui soudainement se sentent pris au piège et s'en remettent à un destin qu'ils sont incapables de contrôler »³.

Cela ne signifie pas néanmoins qu'il n'y ait pas eu de boutefeux, les Etats-majors en particulier, comme nous l'avons dit. Cela ne signifie pas non plus que les peuples aient été immédiatement unanimes, que poussés par les sentiments nationaux, ils se soient jetés les uns sur les autres sans plus de réflexion. En France et en Allemagne, les partis socialistes, les organisations syndicales animent d'importants mouvements de protestation contre la menace de guerre. Presque tous les principaux dirigeants socialistes européens se retrouvent à Bruxelles le 29 juillet pour arrêter la guerre⁴. La II^e Internationale prend une série de mesures pour éviter l'irréparable, mais aussitôt la guerre commencée, la force des sentiments nationaux l'emporte sur toute autre attitude. On peut même parler d'enthousiasme guerrier en Allemagne, au moins à Berlin où de grandes manifestations patriotiques se déroulent. L'assassinat de Jaurès en France par un jeune nationaliste déséquilibré provoque une immense peine dans les milieux socialistes, mais pas de troubles. Ses obsèques sont au contraire l'occasion de la première grande manifestation d'union nationale. La CGT, vigoureusement antimilitariste et antipatriote les années passées, annonce son ralliement à la défense nationale par la voix de son secrétaire général, Léon Jouhaux.

Le cas le plus éclatant de la puissance du sentiment national est celui du Royaume-Uni. Lorsque la crise éclate l'opinion ne se sent guère concernée, d'autant qu'à l'inverse de la France la sympathie pour la Serbie considérée comme un pays barbare y était très mesurée, c'est un important mouvement pacifiste qui se développe dont un grand journal, le *Manchester Guardian*, est l'animateur. Pourtant, lorsque le gouvernement à la suite de l'invasion de la Belgique estime que l'intérêt national ne permet plus de tergiverser, l'opinion publique toute entière se rallie à la défense nationale et immédiatement, dans ce pays où le service militaire n'existait pas, les jeunes gens par centaines de milliers font la queue pour s'engager.

Peut-on considérer que l'historiographie fondée sur la place centrale qui doit être accordée aux sentiments nationaux dans l'éclatement de la guerre, une historiographie fondée sur les mentalités des peuples, sur ce qu'ils pensaient, à l'époque et non à la nôtre, a définitivement remplacé celle fondée sur la recherche des responsabilités d'un Etat ou d'un autre ? Certainement pas. Pour une raison ou pour une autre, le respect de la tradition historiographique, ou du moins de ce qu'on lui a fait dire, la volonté d'en rester aux faits positifs - l'invasion de la Belgique et de la France par l'Allemagne sert de motif incontournable -, l'historiographie des « responsabilités » continue d'exister, même si elle ne peut répondre à la grande interrogation du pourquoi et va buter dans l'incompréhensible. En outre, d'autres raisons peuvent expliquer la survivance d'une historiographie traditionnelle, des raisons d'ordre pédagogique par exemple. Il en est ainsi des travaux de l'historien allemand Fritz Fischer, l'inlassable exégète de la totale responsabilité allemande, parce qu'il ne pouvait admettre la « bonne conscience » allemande⁵. Elle n'est plus guère développée néanmoins et les réflexions sur les origines de la guerre conduisent de plus en plus à admettre que cette guerre sans raison a été aussi une guerre sans responsabilités, ou tout au moins sans autre véritable responsabilité que celle de l'intensité des sentiments nationaux qui étaient le fait de presque tous les peuples européens.

2 Cité par James JOLL, *The origins of the first world war*, Longman, 1984, p. 31.

3 James JOLL, *The unspoken Assumptions*, Londres, 1968, p. 6.

4 Georges HAUPT, *Le Congrès manqué*. Maspero, 1965.

5 Fritz FISCHER, (traduction française) *Les buts de guerre de l'Allemagne impériale*, Trévise, 1970. Voir les commentaires dans Jacques DROZ, *Les causes de la Première guerre mondiale. Essai d'istoriographie*, Seuil, 1973, 1997.

SORTIR DE LA GRANDE GUERRE : LE DROIT DES PEUPLES ET LA CONSTRUCTION DE LA PAIX

ANNIE DEPERCHIN

Chercheur associé Centre d'Histoire Judiciaire Lille II

annie.deperchin@free.fr

La guerre de 1914 à la différence des précédentes est une guerre entre peuples. Ce ne sont plus des souverains qui s'affrontent, mais des nations dans leur ensemble : le nombre des mobilisés n'a jamais été aussi important (on peut en évaluer le nombre à 66 millions pour tous les belligérants) et la guerre s'étend aux civils où qu'ils se trouvent par rapport aux lieux des combats. Ils éprouvent tous une souffrance de guerre qu'ils soient victimes des violations du droit des gens, de la faim engendrée par le blocus ou qu'ils soient frappés par les deuils si nombreux qu'ils n'épargnent aucune famille. Les populations vont aussi constituer ce que l'on a appelé un « arrière-front » qui se mobilise psychologiquement et matériellement en versant de l'argent pour soutenir l'effort de guerre et en travaillant dans les usines qui fournissent l'armée. Toutes les ressources économiques des Etats et toutes les actions humaines de leurs citoyens sont absorbées par le conflit. Pour toutes ces raisons, les vainqueurs estiment que la guerre des peuples qui s'achève appelle une paix des peuples. Lors de l'ouverture de la conférence de la paix à Paris, le 18 janvier 1919, Georges Clemenceau, qui la préside, proclame leurs intentions : *« ce n'est pas la paix de territoires plus ou moins vastes que nous avons à faire, ce n'est plus la paix des continents, c'est celle des peuples...messieurs, tâchons de faire vite et bien »*.

La tâche de la conférence, porteuse de tant d'espoirs, est immense. Il lui incombe de régler les conséquences du conflit entre vainqueurs et vaincus, de résoudre les problèmes posés par la mosaïque des minorités de l'Europe centrale et orientale qui souhaitent s'affranchir des empires qui se sont écroulés dans la défaite et de créer les conditions d'une paix durable. Plusieurs traités sont signés avec les vaincus. Le premier et le plus important est le traité de Versailles que l'Allemagne signe le 25 juin 1919. La construction de la inclut aussi ceux qui sont signés avec les autres vaincus et que l'on appelle « traités de la banlieue parisienne : le traité de Saint-Germain (19 septembre 1919) avec l'Autriche), le traité de Trianon (2 juin 1920) avec la Hongrie, le traité de Neuilly (27 novembre 1919) avec la Bulgarie) et plus tard le traité de Sèvres avec la Turquie. Ces traités forment un bloc. Tous ces traités, qui ont une structure identique, sont très volumineux car ils contiennent de nombreuses dispositions concernant les domaines militaires, économiques et territoriaux. Ils modifient notamment en profondeur la carte des frontières dans une partie intitulée « *Clauses politiques* ». C'est là qu'il faut chercher les réponses données par la conférence aux espoirs des peuples.

Quels sont donc ses espoirs ?

I. LES ESPOIRS DES PEUPLES.

1. Les Quatorze points du président Wilson.

Les grandes lignes de cette paix entre peuples ont été tracées par les déclarations du président Wilson et, en particulier, dans les Quatorze points qu'il présente au Sénat le 8 janvier 1918. C'est sur la base de ce programme que l'Allemagne a accepté les négociations qui aboutissent à la signature de l'armistice du 11 novembre 1918. Ils ont donc une valeur contractuelle. Comme les clauses de l'armistice¹, ils lient les négociateurs de la conférence.

¹ L'armistice n'a pas seulement le caractère d'une trêve, mais devient un préliminaire de paix en raison de

L'introduction de ces Quatorze points proclame d'une manière générale la liberté pour une population de se constituer en Etat pour en devenir les citoyens :

« Ce que nous voulons, c'est que le monde devienne un lieu sûr où tous puissent vivre, un lieu possible spécialement pour toute nation éprise de la paix, comme la nôtre, pour toute nation qui désire vivre librement de sa vie propre, décider de ses propres institutions, et être sûre d'être traitée en toute justice et loyauté par les autres nations, au lieu d'être exposée à la violence et aux agressions égoïstes de jadis... »

Les 14 Points contiennent ensuite des lignes directrices qui ont valeur d'engagements au regard d'un certain nombre de peuples :

- Les Italiens (point 9) : *« Une rectification des frontières italiennes devra être opérée conformément aux données clairement perceptibles du principe des nationalités »*
- Les peuples d'Autriche-Hongrie (point 10) *« Aux peuples d'Autriche-Hongrie, dont nous désirons voir sauvegarder et assurer la place parmi les nations, devra être accordée au plus tôt la possibilité d'un développement autonome »*
- Les peuples des Balkans et de l'Europe orientale : Roumanie, Serbie et Monténégro) (point 11).
- Les peuples non turcs de l'ancien empire ottoman (point 12) auront la *« pleine possibilité de se développer d'une façon autonome, sans être aucunement molestés »*
- Les Polonais (point 13) : *« Un Etat polonais indépendant devra être créé, qui comprendra les territoires habités par des populations indiscutablement polonaises auxquelles on devra assurer un libre accès à la mer ; leur indépendance politique et économique aussi bien que leur intégralité territoriale devront être garanties par un accord international. »*

Enfin, le 14^{ème} point, le plus important pour Wilson, et par conséquent en conclusion, prévoit la création d'une Société Des Nations. Société des peuples, de la dimension internationale la plus large, elle sera garante de l'indépendance politique et de l'intégrité territoriale de tous les Etats grands et petits. On observe que ces quatorze points consacrent une double croyance : le bonheur des peuples réside dans le droit à l'autonomie (qui consacre et organise leur vouloir vivre collectif) au sein d'un Etat et la paix entre les peuples, c'est-à-dire entre les Etats, résulte de la création d'une société des nations qui les regroupe et assure les arbitrages dans les différends qui les opposent.

Lorsqu'il s'agit de traduire le principe en une réalité politique, il faut déterminer ce qu'il faut mettre derrière le principe du droit à la libre disposition des peuples. Le concept, issu de la Révolution de 1789, est à l'origine universaliste. Il s'agit du choix politique qui consiste pour les sociétés à s'affranchir des monarchies. C'est d'ailleurs pour parer à l'éventualité de leur renversement, que les cinq grandes dynasties européennes, effrayées par la Révolution française, avaient créé la Sainte Alliance en 1815 pour organiser leur sécurité collective contre leurs peuples. Les souverains de cette pentarchie se prêteraient soutien en cas de soulèvement populaire remettant en cause leur légitimité. Historiquement, le droit des peuples ne doit pas être confondu avec le principe des nationalités, même s'ils sont très proches, car ce sont les révolutions de 1848 qui vont inscrire le droit des peuples dans une perspective nouvelle et nationaliste. Alors que le droit des peuples, selon la doctrine française, est fondé sur la volonté libre des individus et instaure une solidarité consciente entre eux, le principe des nationalités repose lui sur une solidarité naturelle d'ethnie, de religion, de culture et de langue, au sens où le collectif l'emporte d'emblée sur l'individuel. Le principe de libre disposition va progressivement être assimilé au droit pour une population formant une nation, de la traduire par une entité juridique - l'Etat - qui lui donne l'autonomie décisionnelle et la souveraineté à l'égard des autres Etats. On évoquera désormais le principe des nationalités pour traduire le droit des peuples. La constitution de l'Italie autour du Piémont et de l'Allemagne autour de la Prusse, même si ce mouvement de création d'Etats est le fait de monarchies, donne fondamentalement au droit des peuples de disposer d'eux-mêmes une résonance démocratique et démontre que l'idée de libre choix de l'appartenance étatique peut devenir réalité. A la veille de la Première Guerre mondiale, il se présente comme une volonté d'affranchissement par rapport à un Etat qui ne respecte pas les droits des

l'incorporation de points non militaires.

minorités : un Etat oppresseur dont il s'agit de se séparer pour créer une entité autonome ou pour se rattacher à un autre Etat avec lequel existent des affinités de langue et de culture.

2. Du concept à sa traduction concrète.

Savoir ce que faire exactement du droit des peuples est une des questions clés posées à la conférence². La déclaration du président Wilson a été entendue dans le monde entier et elle a par conséquent conféré une valeur universelle au droit des peuples. Elle fournit désormais un fondement aux multiples revendications. Quelle portée pratique donner aux déclarations du président américain alors que le principe a été proclamé en termes imprécis ? Si l'on part des situations concrètes qu'il mentionne, que signifie qu'il faut pour l'Italie, par exemple, suivre les « *données clairement perceptibles du principe des nationalités* » ? ou que, pour la Pologne, il faut tenir compte « *des territoires habités par des populations indiscutablement polonaises* » ? Ces imprécisions ont contribué à construire l'image d'un Wilson idéaliste, aux idées très vagues et floues, y compris dans son entourage, comme nous le montrent les propos de son proche collaborateur, Lansing, secrétaire d'Etat américain. Il déclare dès décembre 1918, pétri de doutes et très sceptique, sur le bonheur que doit apporter l'application du droit des peuples :

« Quand le président parle de libre disposition des peuples, quelle unité a-t-il dans l'esprit ? Pense-t-il à une race, à une région, ou à une communauté ? Sans une définition pratique de l'unité adoptée, l'application de ce principe sera dangereuse pour la paix et pour la stabilité... C'est une expression chargée de dynamite. Elle fera naître des espoirs irréalisables et coûtera, je le crains, des milliers de vies humaines. Finalement, elle ne pourra manquer de tomber en discrédit et passera pour le rêve d'un idéaliste qui n'en aura compris le danger que trop tard, alors qu'il n'était plus temps d'arrêter ceux qui essayaient d'en appliquer le principe... C'est une calamité que le mot ait jamais été prononcé. Que de souffrances il causera ».

Deux conceptions coexistent à la conférence quant à l'interprétation du principe. Pour les uns, dans l'optique d'un droit des peuples envisagé d'une manière abstraite et dans le prolongement des idées de la Révolution française sous l'angle de l'autonomie de la volonté individuelle, il s'agit de trouver les moyens de libérer les populations concernées d'un oppresseur. Pour les autres, dans l'optique plus collective et concrète du droit des nationalités hérité des révolutions de 1848, il s'agit plutôt de libérer différentes nationalités d'une domination étrangère. Les idées du président Wilson sur la question sont très proches de la conception française : le droit des peuples ne constitue qu'un élément d'une référence plus haute : la démocratie. Il croit en effet fermement que la paix s'inscrit fondamentalement dans le processus démocratique. A un premier niveau, celui de la démocratie interne aux Etats, la paix résulte de la liberté donnée à chaque peuple de choisir par le vote ses institutions et ses représentants au sein de celles-ci. A un second niveau, celui de la démocratie internationale, la représentation des peuples à la Société des nations, véritable « *Parlement des parlements* », permettra à l'institution d'accomplir sa mission : œuvrer collectivement aux moyens permettant à toutes les nations de vivre en paix. Le droit des peuples doit donc être subordonné au nouvel ordre international qu'il désire instaurer sous les auspices de la Société des Nations. Cette société fait triompher la conception américaine libérale et démocratique de la politique en apportant, selon Wilson, une plus grande justice dans les relations entre les nationalités, tout en sauvegardant l'ordre libéral en Europe, alors menacé par un autre modèle politique, le bolchévisme, qui venait de se transformer en une réalité politique et constituait désormais un modèle alternatif de société. Ce modèle était d'autant plus redoutable que la Révolution russe s'était emparée la première du concept de droit des peuples. En effet, dès le 2 novembre 1917, le Soviet des commissaires du peuple avait adopté une « *déclaration des peuples de Russie* » et Trotsky avait demandé, dans un appel lancé à tous les belligérants, d'accorder l'autodétermination aux peuples assujettis et aux colonies³. Ces idées n'étaient pas celles de Wilson. Il ne souhaitait ni provoquer la destruction de l'empire austro-hongrois en donnant

² Le terme peuple n'a toujours pas reçu à ce jour de définition dans les récentes déclarations internationales qu'il s'agisse de la déclaration universelle des droits des peuples proclamée à Alger en 1976 ou de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples proclamée à Nairobi en 1981. Les contours du concept ont donc été fournis par la doctrine.

³ La conférence va jouer du nationalisme des peuples contre la révolution. Les négociateurs se sont appuyés sur le droit des peuples, orienté dans une perspective nationale pour contrer le bolchévisme chaque fois qu'ils le pouvaient et du mieux possible. Wilson (à long terme il ne se trompait pas) pensait que la Russie finirait par devenir démocratique.

l'indépendance aux nationalités (il songeait plutôt à un simple statut d'autonomie), ni appliquer l'autodétermination aux pays colonisés qu'il jugeait immatures politiquement, c'est-à-dire incapables d'exprimer la volonté libre que requiert le fonctionnement démocratique. Wilson va être dépassé par les événements.

3. Décider de la légitimité des attentes des peuples.

Qui décidera de la légitimité et de la validité des aspirations des peuples ? La conférence de la paix est présentée au monde comme une conférence des peuples, mais en réalité, elle ne réunit que les peuples vainqueurs. Les vaincus et la Russie pour des raisons différentes n'y sont pas conviés⁴. Le 18 janvier 1919, lors de la séance d'ouverture, trente-deux Etats, en comptant les dominions, sont représentés à Paris, soit dix de moins qu'à La Haye en 1907, toutefois ce nombre est jugé suffisamment important pour que la conférence de Paris soit placée dans le prolongement des conférences de La Haye, d'où son nom de « conférence » de la paix. A cette conférence, le concept de « puissance » l'emporte rapidement sur celui de « peuple ». Les Etats ne vont pas négocier à égalité puisqu'une distinction est établie entre les dix « puissances à intérêts généraux » et les « puissances à intérêt limité », ces dernières ne seront en fait que des figurantes. Très vite ensuite, le Conseil des Dix, qui réunit les gouvernants des puissances à intérêts généraux, se transforme en Conseil des Quatre (France, Etats-Unis, Angleterre, Italie) qui fonctionne pendant un certain temps à trois lorsque l'Italie quitte la conférence, mécontente de ne pas avoir obtenu les satisfactions territoriales attendues⁵ et, finalement, le nombre d'hommes qui décident au nom de tous les peuples est très restreint. Peut-on affirmer d'ailleurs que ces hommes représentent vraiment leur nation, leur peuple ? Oui en ce qui concerne Clemenceau et Lloyd George dans la mesure où ils viennent de sortir vainqueurs d'élections. En revanche Wilson, pivot du système à mettre en place, vient de perdre la majorité au Sénat, alors que pour obtenir la ratification des traités, il faut selon la constitution américaine qu'il se prononce à la majorité des 2/3. Enfin, progressivement, les peuples perdent le contact avec la conférence car elle décide de travailler dans le secret. Les parlements ne sont pas informés malgré leurs demandes, sur l'état d'avancement des travaux. Les cinq cents journalistes présents le premier jour (dont trois cents Américains) ne sont pas admis aux séances plénières, ils finissent par se lasser et repartir. Dans ces conditions, les opinions publiques se désintéressent de la conférence et les peuples n'apprennent le contenu du traité de Versailles que lorsque les Allemands, à qui il vient d'être remis, le publient, le 8 mai 1919.

Les décideurs sont peu nombreux et ils sont confrontés aux aspirations des peuples, qui elles sont multiples, diverses et s'opposent souvent. Dès l'ouverture de la conférence, les négociateurs opèrent avec une marge de manœuvre réduite par les engagements pris préalablement dans la convention d'armistice, par les promesses d'acquisitions territoriales faites aux Etats pour les amener à entrer dans le conflit, par le fait accompli de peuples qui n'ont pas attendu la conférence pour se déclarer indépendants et par diverses considérations d'ordre économique ou militaire.

En premier lieu, s'expriment les attentes des minorités « libérées ». La guerre n'a pas été déclenchée et menée pour libérer les Serbes du joug austro-hongrois, ni les autres peuples d'ailleurs, mais la guerre a provoqué la chute des empires et leur a fourni l'occasion de leur libération. Ces peuples envoient des délégations à la Conférence avec mission de préciser leurs aspirations en termes d'acquisitions territoriales et de défendre les revendications. Les négociateurs sont confrontés dans certaines régions d'Europe au fait accompli. Dès 1914, le Gouvernement serbe a averti les Alliés que la Serbie constituerait un Etat puissant avec les Croates et les Slovènes en cas de victoire. Un Comité yougoslave est créé à Londres en 1915 et, en 1917, dans sa déclaration de Corfou, Nikola Pasic précise ses intentions. Le 6 octobre 1918, un gouvernement provisoire est installé, tandis que le 29 octobre, le *Sabor* (parlement des Croates) proclame l'indépendance du Royaume de Croatie-Slavonie-Dalmatie. Il rallie l'éphémère « Etat des Slovènes, des

⁴ Les représentants de la République de Weimar, qui succède à l'Empire allemand à la fin de la guerre (9 novembre 1918), sont exclus des discussions.

⁵ Les quatre principaux gouvernants n'arrêtent pas leurs décisions à partir de leurs seules idées. Les décisions qu'ils prennent reposent sur le travail de 52 commissions qui élaborent des projets, à partir des dossiers étudiés par des sous-commissions composées d'experts. La question du droit des peuples posant celle des frontières, les experts choisis sont surtout des géographes et des historiens. Wilson, en particulier, s'est entouré d'un *brain trust* de spécialistes des questions slaves, ottomanes, balkaniques issus de l'université, de l'administration et des entreprises.

Croates et des Serbes » qui regroupe les peuples slaves du sud (Slovénie, Croatie, Bosnie-Herzégovine et Voïvodine) de l'Autriche-Hongrie moribonde et fonde sa capitale à Zagreb. Un mois plus tard, le 1er décembre, cet Etat s'unit aux royaumes de Serbie et du Monténégro, sous le sceptre de la dynastie serbe des Karageorgevic, pour former le « *Royaume des Serbes, des Croates et des Slovènes* » (ou Royaume SHS) avec pour capitale Belgrade⁶. Tous ces peuples ont donc anticipé sur le point 11 du programme de Wilson : ils se sont déclarés indépendants et ont fixé leurs limites territoriales sans attendre les négociations et les décisions de la conférence. Déjà, en Croatie, le parti républicain paysan mené par Radic estime qu'il n'y a pas eu de consultation populaire et conteste l'accord qui crée le Royaume SHS provoquant la répression serbe. La situation est comparable un peu plus au nord : la République tchèque a été proclamée à Prague le 28 octobre 1918 par Thomas Masaryk et, en réaction, les minorités allemandes des Sudètes qui ont été englobées dans les frontières du nouvel Etat tentent, en décembre 1918, de se déclarer indépendantes et de créer la « *Bohême allemande* ».

Les principales puissances ont aussi leurs attentes. Wilson avait annoncé que la paix devait être une « *paix sans victoire* » parce qu'il pensait sincèrement que la guerre ne pouvait laisser que des vaincus ; elle ne devait donc pas donner lieu à des annexions territoriales. Les autres belligérants ne partagent pas son opinion. S'ils sont « tombés » dans le conflit en 1914, sans afficher d'autre but de guerre que de la gagner, avec le temps, leurs appétits territoriaux se sont aiguisés. Très vite pour l'Allemagne qui annonce à l'automne 1914 qu'elle compte annexer complètement la Lorraine (bassins de Briey et Longwy). Bien que vaincue, elle espère encore néanmoins, après l'armistice, que les Quatorze points seront appliqués et qu'elle obtiendra dans le respect du droit des peuples, le rattachement à l'Allemagne de l'Autriche, puisqu'elle est peuplée d'Allemands. La France n'est pas entrée dans le conflit pour récupérer les provinces perdues, mais une fois qu'elle s'y trouve engagée, elle fait savoir que la restitution de l'Alsace-Lorraine constitue son principal but de guerre (déclaration Viviani 22 décembre 1914)⁷. L'idéal serait d'obtenir la rive gauche du Rhin (frontières de 1814) nécessaire à sa sécurité selon les milieux militaires, mais il est préférable de ne pas le proclamer. La Belgique revendique les régions d'Eupen et de Malmédy, le Limbourg et, sur le fondement du droit des peuples, les territoires hollandais de la rive gauche de l'Escaut (la Flandre zélandaise). Elle a des vues sur le Luxembourg, Etat qui a ouvert ses frontières en août 14 pour laisser passer les armées allemandes, la France aussi. La Grande-Bretagne n'a pas de visées territoriales en Europe, mais elle est bien décidée à obtenir une partie des colonies allemandes. L'Italie a des ambitions territoriales sur l'Istrie et Trieste, la Dalmatie et Fiume.

Enfin, les négociateurs doivent envisager les attentes des Etats auxquels des promesses ont été faites pour les amener à entrer dans le conflit : l'Italie par le traité de Londres du 26 avril 1915 (il est en contradiction avec le point 9), la Roumanie, la Grèce, la Chine (promesse de récupérer le Shandong convoité et occupé par une autre puissance alliée, le Japon, après sa victoire sur les Allemands).

Beaucoup d'attentes sont concurrentes. Il ne sera pas facile dans ces conditions d'assurer le respect du droit des peuples. Où, quand et comment sonder les peuples sur leur désir d'appartenance étatique ? Que va faire la conférence de la volonté des peuples ?

II - LE DROIT DES PEUPLES A L'EPREUVE DE LA CONFERENCE.

1. L'expression et la valeur de la volonté des peuples.

En vertu du principe démocratique qui est proclamé comme base de l'organisation internationale, les peuples d'un territoire doivent exprimer leur volonté par un vote : le plébiscite préalablement à toute cession, annexion ou démembrement du territoire sur lequel ils vivent. Ils s'autodéterminent⁸. Techniquement, le recours au plébiscite n'est pas simple. L'absence de critères objectifs permettant de déterminer les individus constituant un peuple et bénéficiant à ce titre du droit de libre disposition rend délicate la détermination de la composition du corps électoral⁹ ainsi que la délimitation du territoire où un

⁶ La Yougoslavie est créée en 1929.

⁷ Ce but de guerre est régulièrement réaffirmé à la Chambre et au Sénat, notamment dans les déclarations de Briand en 1917.

⁸ Cette pratique a été utilisée pour la première fois sous la Révolution française, en 1790 lorsque la population d'Avignon et du Comtat Venaissin ont demandé leur annexion à la France.

⁹ Sur le plébiscite et le droit des peuples : COBELLE, Jean-François, « Référendum et droit à l'autodétermination »,

plébiscite doit être organisé, sachant que le résultat des plébiscites dépendra du tracé des circonscriptions électorales. Les peuples qui ont été invités à se prononcer sont peu nombreux et la logique de l'organisation des votes semble avoir été à géométrie variable. Certaines situations auraient dû conduire à des plébiscites, or ils ont été écartés ou refusés au mépris du droit des peuples. Certains plébiscites ont eu lieu dans la foulée des traités, comme devant fournir une solution immédiate, alors que d'autres ont été différés (à 15 ans) comme si le temps devait en modifier le résultat (ainsi la Sarre en 1935, selon l'adaptation d'une idée de Tardieu proposée pour Fiume).

Les plébiscites concernent surtout la délimitation des frontières allemandes et celle des Etats créés ou redessinés par les traités : Pologne, Tchécoslovaquie, Autriche et Hongrie :

- Le Schleswig vote en mars 1920 pour déterminer le statut du nord et du centre. La région septentrionale, d'une superficie de 3 981 km², est alors réunie au Danemark (2/3 des voix). Le territoire du centre revient à l'Allemagne (3/4 des voix).
- En Carinthie méridionale, le bassin de Klagenfurt s'exprime par le plébiscite du 10 octobre 1920 qui donne 22 000 voix à l'Autriche, contre 16 000 à la Yougoslavie. Il est rattaché à l'Autriche
- La Haute-Silésie allemande (autour de Breslau) accorde lors du plébiscite du 20 mars 1921 une majorité à l'Allemagne (717 122 voix pour le rattachement à l'Allemagne contre 483 154 pour la Pologne), mais ce résultat est controversé, car 195 000 émigrés ont été amenés d'Allemagne par trains spéciaux. Le Conseil de la Société des Nations, choisi comme arbitre, tranche le 20 octobre 1921 : la région industrielle est divisée en deux. L'Allemagne garde les 2/3 du territoire au nord et à l'ouest, le sud revient à la Pologne (avec 75 % de la production de charbon, les 3/4 des mines de plomb et de zinc). Il s'y trouve de nombreux Allemands et parmi eux des industriels qui vont être élus aux élections municipales par la suite.
- La Silésie autrichienne, autour de Teschen (Sur 426 000 habitants : 55 % de Polonais, 27 % de Tchèques et 18 % d'Allemands.) a été cédée par décision de la conférence des ambassadeurs en juillet 1920 à la Tchécoslovaquie. Cette portion du territoire comprend les principales mines (Ostrava) et la voie ferrée Bohême-Slovaquie.
- Deux plébiscites en Prusse occidentale ont lieu le 11 juillet 1921. Allenstein se prononce à 96 % pour le rattachement à l'Allemagne et Marienwerder à 92 %.
- En Transleithanie (ex-Hongrie), les plébiscites du Burgenland et de Sopron, en septembre 1922 attribuent à l'Autriche le Burgenland et, à la Hongrie, le territoire de Sopron.
- Le traité de Versailles a prévu un statut particulier pour la Sarre. L'article 49 dispose que le gouvernement de la Sarre est confié à la SDN qui nommera une commission de 5 membres de composition internationale (elle sera composée en février 1920). Son alinéa 2 prévoit qu'au bout de 15 ans, la population « sera appelée à faire connaître la souveraineté sous laquelle elle désirerait se voir placée »¹⁰. Le plébiscite de 1935 décidera du rattachement à l'Allemagne.

Tout aussi intéressants à observer sont les plébiscites qui auraient été logiques, mais qui n'ont pas eu lieu. C'est le cas en Alsace-Lorraine. Les Quatorze Points ont beaucoup inquiété la France au moment de leur proclamation. Le gouvernement craignait que leur application ne contraigne la France à un plébiscite qui aurait pu réserver des surprises. En effet, le traité de Francfort de 1871 avait ouvert une option aux Alsaciens et aux Lorrains : rester et devenir allemands ou émigrer en France. Un certain nombre de familles avaient alors quitté l'Alsace et la Lorraine, celles qui étaient restées avaient donc accepté le rattachement à l'Allemagne. Par ailleurs, des Allemands s'étaient établis dans les deux provinces. Il n'était par conséquent pas du tout certain qu'un plébiscite donnerait le résultat escompté par le gouvernement français alors que la restitution des deux provinces avait servi à justifier auprès de l'opinion publique, au cours du conflit, la guerre menée par la France. Clemenceau obtient que la question de

Pouvoirs, Paris Seuil, 1996, n°77.

¹⁰ L'article 50 utilise le terme de consultation populaire pour qualifier la procédure visée à l'article 49. L'annexe précise dans son chapitre III intitulé « Consultation populaire » les modalités de la consultation : le paragraphe 34 organise le vote par commune sur une triple alternative (maintien du régime du traité, union à l'Allemagne, union à la France). Peut voter toute personne de plus de 20 ans, sans distinction de sexe, habitant sur le territoire de la Sarre à la date de la signature du traité. C'est le conseil de la SDN qui précisera les autres règles et modalités et date du vote pour assurer la liberté, le secret et la sincérité des votes. Selon le paragraphe 35 : le Conseil de la SDN décidera (vote à la majorité) de la souveraineté sous laquelle le territoire sera placé en tout ou partie, en tenant compte de la volonté exprimée par le vote de la population. Le traité envisage éventuellement le morcellement de la Sarre.

l'Alsace-Lorraine soit soustraite à la conférence en faisant de sa restitution l'une des conditions de la convention d'armistice. Le sort de l'Alsace-Lorraine en effet n'est pas discuté à la conférence, même si le traité décide que les Allemands d'Alsace-Lorraine n'ont pas la faculté d'opter entre les deux nationalités réservant au gouvernement français de décider des naturalisations. C'est le cas aussi des territoires d'Eupen et de Malmédy détachés de l'Allemagne pour être rattachés à la Belgique sans plébiscite. Une « consultation populaire » est prévue sous la forme de registres où les populations peuvent exprimer le désir de voir maintenue la souveraineté allemande (article 34 du traité de Versailles). Le gouvernement belge s'engage à les fournir à la SDN et à accepter la décision qu'elle prendra alors. C'est le cas encore en Silésie autrichienne : la région de Teschen (426 000 habitants : 55 % de Polonais, 27 % de Tchèques et 18 % d'Allemands) est cédée par décision de la conférence des ambassadeurs en juillet 1920 à la Tchécoslovaquie alors qu'un plébiscite aurait probablement exprimé un rattachement à la Pologne, en Prusse orientale, où le port de Memel (dont la moitié de la population parle lithuanien) est rattaché à l'Allemagne sans plébiscite, mais avec une administration provisoire internationale jusqu'en 1923. Sans oublier le territoire de Dantzig majoritairement peuplé d'Allemands attribué sans consultation à la Pologne et la Thrace, peuplée de Bulgares et de Turcs, qui est attribuée à la Grèce sans aucune consultation populaire. Enfin, l'autodétermination est refusée aux peuples des colonies allemandes. En ce qui les concerne, les raisons invoquées par Wilson arrangent merveilleusement les Alliés qui, par le biais des mandats délivrés dans le cadre et sous le contrôle de la SDN, peuvent se partager l'empire colonial allemand et poursuivre le dépeçage de l'empire turc¹¹.

Il reste à considérer les plébiscites qui ont été refusés. Un plébiscite immédiat demandé par la ville de Fiume/Rijeka (200 000 habitants). La ville est italienne, mais ses alentours sont croates. Les volontaires de d'Annunzio la prennent d'assaut et y proclament un Etat indépendant pour préparer son annexion par l'Italie. Tardieu propose alors un compromis avec la création de l'Etat tampon de Fiume et l'organisation d'un plébiscite au bout de 15 ans. Le plébiscite différé sera refusé par les Yougoslaves¹². La conférence refuse aussi le plébiscite demandé en septembre 1919 par le leader des Slovaques (3 millions), l'abbé Hlinka. Les six millions de Slovaques sont réunis aux Tchèques contre leur gré et tentent d'avoir leur indépendance. Surtout, l'Allemagne acceptera mal le refus d'un plébiscite en Autriche, où la volonté d'Anschluss était pourtant clairement perceptible. En réaction à la proclamation de la République d'Autriche, des plébiscites officieux seront organisés au Tyrol et à Salzbourg « *faisant partie du Reich allemand* » : à 99 % le rattachement à l'Allemagne est demandé, mais cette expression de la volonté du peuple est bloquée par l'article 80 du traité de Versailles et l'article 88 du traité de Saint Germain qui prohibent l'Anschluss.

La manière dont la conférence a utilisé la technique du plébiscite mérite de faire l'objet d'un questionnement historique. On observe qu'il n'y a pas d'organisation de plébiscite là où leur issue aurait pu être incertaine et opposer les Alliés. Pas de plébiscite non plus là où le résultat était certain quand les négociateurs excluent d'avance le résultat, ainsi dans le cas de l'Autriche. Les raisons qui guident la conférence sont ici claires. Mais pourquoi avoir organisé des plébiscites dans des territoires où tout portait à croire que le résultat en raison du peuplement serait évident alors qu'il est exclu ailleurs parce que justement le résultat est acquis : troisième zone du Schleswig, Poméranie, Prusse occidentale et partie de la Haute Silésie où la population est d'au moins 65 % attribuées à la Pologne sans plébiscite? Pourquoi le choix souvent adopté du vote par commune? L'idée était sans doute que plus on s'approcherait des anciennes frontières, plus le vote donnerait un résultat largement dominant en faveur d'un Etat ou d'un autre, tel semblait être le cas du Schleswig, et il fallait dessiner une frontière. Il était aussi perceptible que pousser l'application du droit des peuples pouvait engendrer la construction mentale d'une impossibilité de cohabitation avec l'autre, et qu'il était porteur de l'idée de déplacements de populations, d'autant plus acceptable que le choix serait laissé aux individus. Comment aller jusqu'au bout du principe dans le cas des territoires qualifiés de « peau de léopard » (Baumont), où existait une imbrication complète des nationalités, compliquée par de nombreux mariages mixtes comme dans l'empire austro-hongrois? Les négociateurs ont donc passé outre et dans les cas qui leur semblaient insolubles, ils ont eu recours au

¹¹ Trois types de mandats pour les colonies allemandes. Au Moyen-Orient, la France reçoit mandat sur la Syrie et le Liban, l'Angleterre sur la Palestine et la Mésopotamie.

¹² Le traité de Rapallo, signé le 12 novembre 1920 entre l'Italie et la Yougoslavie (sous la pression britannique), proclame l'indépendance de Fiume. La Yougoslavie n'entérinera jamais pas le traité par un vote de son Parlement.

concept de « *ville libre* », c'est-à-dire libre de toute attache nationale et placée sous l'administration internationale de la SDN (Dantzig¹³, puis plus tard en 1921 Fiume/Rijeka).

2. Les limites posées aux aspirations des peuples.

La décision de la conférence d'organiser ou non un plébiscite donnait ou privait un certain nombre de peuples du droit de libre disposition. Quelles étaient donc les limites qu'elle posait à l'aspiration des peuples ?

La première limite résulte du fait que la consultation populaire n'est pas suffisante pour créer un Etat, car c'est la reconnaissance internationale qui donne valeur juridique à l'entité étatique. Un peuple peut avoir la volonté de se constituer en Etat, mais il n'y parviendra qu'à la condition que les autres Etats reconnaissent son existence, laquelle est matérialisée géographiquement par un territoire dont on reconnaît les frontières et institutionnellement par un gouvernement. La reconnaissance peut résulter d'un acte diplomatique (une déclaration), d'un traité bilatéral ou multilatéral. Les peuples et les Etats donnent valeur juridique aux frontières en signant les traités qui les fixent. Cette reconnaissance s'impose en Europe centrale et orientale puisque la Russie est absente à la conférence ; n'étant pas partie aux traités de paix, leur contenu ne lui est pas opposable. La Pologne devra ultérieurement faire avaliser ses frontières par ses voisins en signant avec eux des traités. Elle peut imposer le Traité de Riga du 12 mars 1921 à la Russie soviétique après lui avoir imposé une défaite militaire.

La seconde limite tient à la transformation des sociétés au tournant des XIX^e et XX^e siècles. Les sociétés qui se sont affrontées sont des sociétés industrielles. On constate que la conférence, sous l'influence des experts qui assistent les négociateurs, ne prend pas seulement en compte des considérations politiques, mais intègre dans ses choix des considérations économiques : les Etats doivent disposer de suffisamment de ressources agricoles et minières pour être viables économiquement, ils doivent avoir une autonomie sur le plan des transports : ligne de chemin de fer, un accès libre aux fleuves et à la mer. Sur ce dernier point, la conférence prend en compte les conflits du passé. On sait à quel point la politique étrangère russe a été dominée au XIX^e siècle par la recherche de ports hors glace en Extrême-Orient et par la volonté d'accéder à la mer Méditerranée (Constantinople et les détroits). Les aspects économiques vont l'emporter dans un certain nombre de cas sur le droit des peuples pourtant souvent « *clairement perceptible* ». Dans d'autres, ils vont servir de prétexte pour refuser d'entériner des revendications. La recherche de l'équilibre économique des secteurs prévaut dans le cas de la Tchécoslovaquie qui regroupe trois peuples : l'intégration des Sudètes de langue allemande est justifiée par le fait que cette région est industrielle, alors que le reste du pays est principalement agricole. Le couloir de Dantzig, qui est peuplé de 150 000 Allemands, est rattaché à la Pologne pour lui donner un débouché maritime autonome, mais il coupe l'Allemagne en deux¹⁴. L'intérêt des vingt millions de Polonais l'a emporté sur celui des cent cinquante mille Allemands et l'option du maintien des six cent mille Polonais de Prusse orientale en l'Allemagne. Sur la côte dalmate, les experts invoquent les intérêts économiques de l'Europe centrale pour décider du sort de Fiume.

La troisième limite est née de la volonté de punir les vaincus : l'Allemagne, la Hongrie, la Bulgarie, la Turquie. Cette volonté est partagée à l'origine par la France et la Grande-Bretagne, puis par la France seule, mais avec force, après la volte-face de Lloyd George, influencé par ses conseillers (Keynes en particulier) qui voyaient dans le traité une « *paix carthaginoise* » qui allait avoir (il avait raison) des effets catastrophiques sur le peuple allemand réduit à la misère et humilié. L'Allemagne perd quelque 67 000 km², soit un peu plus de dix pour cent de son territoire et presque sept millions d'habitants, soit le dixième de sa population. Conformément à la partie IV du traité, elle perd aussi la totalité de son empire colonial (en Afrique, dans le Pacifique et en Chine). La SDN les confie, sous forme de mandat, aux

¹³ Cette idée à propos de Dantzig émanait de Lloyd George.

¹⁴ Ce territoire est l'objet de tensions entre la Pologne et l'Allemagne qui toutes deux le revendiquent en se référant chacune à une conception différente du droit des nationalités. Les Polonais insistent sur le fait que les Kachoubes, qui habitent le « corridor », parlent un dialecte polonais, tandis que les Allemands rappellent qu'avant la guerre, ces régions élaient toujours des candidats allemands. L'Allemagne ne reconnaît pas ses frontières orientales. Les désaccords avec la Pologne sur les questions de Dantzig et de la haute Silésie s'annoncent sources de conflits.

principales puissances victorieuses : la France, la Belgique, le Royaume-Uni, l'Union sud-africaine et le Japon. Cette décision du traité est un moyen à la fois de sanctionner l'Allemagne pour le fait de guerre et de la priver des ressources qui auraient permis une rapide reconstruction. L'Autriche est réduite à presque rien et la Bulgarie perd la Thrace donnée à la Grèce alors qu'elle est peuplée de Bulgares et de Turcs. Elle perd aussi la Dobroudja peuplée majoritairement de Bulgares au profit de la Roumanie.

Enfin, si Wilson a accepté des décisions qui contredisent le principe dont il est le défenseur, c'est qu'il tenait absolument à ce que la S.D.N. voie le jour, car cette institution devait être « *la clé de tout règlement* » et pour s'assurer de la participation des puissances européennes et du Japon, il devait tenir compte de leurs revendications. Ce n'est pas un hasard si les traités qui contiennent le plus de pertes territoriales pour les vaincus (Saint-Germain, Trianon, Neuilly) sont négociés après le départ de Wilson. Après la signature du traité de Versailles, le 28 juin 1919, la conférence est prolongée par les réunions périodiques du Conseil suprême interallié, la conférence des ambassadeurs présidée par Jules Cambon (France, Grande-Bretagne, Italie, Japon, puis Belgique) et diverses commissions (dont les commissions des plébiscites), on observe alors que le droit des peuples ne sert plus du tout de référence aux décisions prises.

CONCLUSION

Les traités de paix ne traduisent que partiellement et souvent maladroitement le droit des peuples. Jean-Jacques Becker a fait le décompte par Etat des éléments allogènes après les traités. Il constate qu'il y en a dans tous les Etats d'Europe centrale et orientale en nombre plus ou moins élevé. Pourtant, note-t-il, il y a deux fois moins d'Européens appartenant à un pays étranger qu'avant la guerre (soit trente millions au lieu de soixante)¹⁵. Malgré cela, dans l'immédiat après-guerre, le mécontentement est général chez les différents peuples et on ne parle que de révision des traités. Déjà l'édifice de la conférence se lézarde dans le contexte d'une Société des nations, garante de leur application et de leur adaptation aux évolutions des sociétés, car elle se trouve réduite à l'inefficacité. Les Etats-Unis, qui par l'entremise de leur président sont les piliers du système, ne ratifient pas le traité. Wilson a mené une campagne acharnée pour que l'opinion publique américaine pousse ses représentants à ratifier les traités, mais il a échoué.

La conférence de la paix a eu pour effet, en travaillant à partir des Quatorze points, de conférer au droit des peuples la valeur d'un principe universel. Il va servir de fondement pour légitimer les mouvements ultérieurs de libération des peuples colonisés et de toutes les minorités qui s'estiment opprimées. L'héritage géopolitique est lourd de conséquences car le principe du droit des peuples va constituer une incitation au démembrement d'Etats dont la population n'est pas homogène du point de vue ethnique, religieux ou linguistique. Nombre de tensions internationales et de conflits ultérieurs trouvent leur origine dans les traités de paix de la Première mondiale. Proclamé pour engendrer la paix, en réalité le plus souvent, il a nourri la violence et menacé la stabilité internationale¹⁶.

¹⁵ Des Allemands restent en dehors de l'Allemagne en Autriche, dans les Sudètes (Tchécoslovaquie), dans le corridor de Dantzig et en Prusse orientale (Pologne), en Italie. Des Hongrois sont nombreux en Transylvanie et revendiquent ce territoire donné à la Roumanie. Les mandats donnés par la SDN, pour permettre aux peuples d'évoluer vers une maturité politique telle qu'ils puissent accéder à l'autonomie, engendrent aussi l'insatisfaction. Au Proche-Orient, le nationalisme arabe n'accepte pas la tutelle franco-britannique et le développement du foyer juif que les Britanniques, dans le prolongement de la déclaration Balfour, encouragent en Palestine. BECKER J.-J., *Le traité de Versailles*, Paris PUF, 2002, p. 77 s.

¹⁶ De ce fait, le droit à l'autodétermination peut entrer en contradiction avec d'autres principes admis par le droit international et c'est pourquoi le droit positif international ne reconnaît pas l'existence d'un droit général à l'autonomie ou à la sécession aux différentes collectivités infra-étatiques, mais on pourrait toutefois observer, l'émergence d'un droit qualifié de droit à la « sécession-remède » fondé sur la violation du droit à l'autodétermination interne. La question est renvoyée aux Etats et ne semble recevoir de solution satisfaisante au double plan interne et international que dans le cadre d'un régime démocratique qui accepte l'établissement d'un régime d'autonomie en faveur d'une collectivité infra-étatique de manière à satisfaire ses revendications tout en conservant l'intégrité territoriale de l'Etat sous une forme fédérale. Malheureusement, on constate que la solution d'autonomie a souvent été acceptée ou proposée par le peuple dominant trop tard, c'est-à-dire après des affrontements qui rendent toute coexistence impossible.

Y a-t-il un héritage juridique ? L'instrument juridique qui permet de mesurer démocratiquement la volonté des peuples, le plébiscite, n'est pas devenu la règle lorsqu'il s'agit de revoir les frontières des Etats. Si, après la Première Guerre, le référendum a connu un renouveau avec l'affirmation du droit à l'autodétermination des peuples coloniaux, beaucoup des modifications territoriales ultérieures l'ont totalement ignoré, notamment dans le cas de la réunification des deux Yémen, de l'Allemagne, dans l'éclatement de l'URSS, de la Yougoslavie et de la Tchécoslovaquie.

Les traités de la Première Guerre mondiale ont consacré l'idée que la libération des peuples se confond avec la libération des différentes nationalités. En les rattachant aux Quatorze points, on attribue à Wilson une doctrine qui n'était pas la sienne. On peut regretter qu'il n'ait pas réussi à maîtriser l'application du principe auquel il croyait. Cela était extrêmement difficile, voire impossible, compte tenu des données du moment. A-t-on fait mieux depuis ?

REX SUPERIOR
DIE INTERNATIONALITÄT DER HOFKULTUR UND DIE REGIONALITÄT IHRER
KONFLIKTLÖSUNG
IM WESTEUROPÄISCHEN SPÄTMITTELALTER

MARTIN KINTZINGER
Münster
m.kintzinger@uni-muenster.de

I. VERFASSUNG, KONFLIKT, KULTUR: INTERNATIONALE HERAUSFORDERUNGEN.

1.a. Globalität und die eigene Welt.

Im Sommer 2007 tagte in Berlin der Weltkongreß der Rechtssoziologen zum Thema „Law and society in the 21st century“.¹ Auf dem Programm stand unter anderem das Verhältnis von Globalisierung und Menschenrechten. Nicht geplant war hingegen eine Diskussion, die sich erst im Anschluß an die Behandlung dieses Themas, im Gespräch unter den Teilnehmern, ergab. Dabei ging es um die Frage, ob die Globalisierung das nationale Verfassungsrecht beeinflussen dürfe. Können international anerkannte Werte – wie etwa die Menschenrechte – verbindliche Standards für Verfassungsordnungen von Staaten vorgeben? Heutzutage gibt es einen verdichteten globalen Informationsaustausch unter Parlamentariern (also Gesetzgebern), Verfassungsrichtern und Rechtswissenschaftlern. Ist es dann nicht geradezu unvermeidlich, daß die gegenwärtigen politischen Diskurse über internationale Werteordnungen angesichts globaler Krisen und Konflikte die Entwicklung einzelstaatlicher Verfassungsordnungen beeinflussen?²

Nur wenig später, kurz vor dem Jahreswechsel 2007, erschien in den USA eine Auswahlausgabe von Vorträgen, die amtierende Richter des Supreme Court in den vergangenen sechzig Jahren und bis in die Gegenwart hinein gehalten haben.³ Sie fragen, mit unterschiedlichen Antworten in ihrer jeweiligen Entstehungszeit, danach, inwieweit die us-amerikanische Gesetzgebung und Rechtsprechung Entwicklungen in anderen Rechtsordnungen der Welt, insbesondere in Europa, bei ihren Entscheidungen berücksichtigen solle. Wieder geht es darum, übergreifende Wertsetzungen, die in anderen Ländern für so maßgeblich gehalten werden, daß sie in das nationale Recht Eingang finden, als Elemente einer übergreifend verbindlichen, völkerrechtlichen Ordnung zu respektieren und zu übernehmen.

Nach einer Rückkehr der Weltreligionen in der vermeintlich säkularen Staatenwelt der Globalisierung befragt, verwies der Philosoph Jürgen Habermas bei einem öffentlichen Vortrag an der Universität Münster zu Jahresbeginn 2008 darauf, daß es in der heutigen Welt einer Verrechtlichung der

¹ 25.-28. Juli 2007, Humboldt-Universität, Berlin.

² Heinrich WEFING, Wie können die Menschenrechte siegen? Ein Verfassungsrichter warnt auf dem Weltkongreß der Rechtssoziologen in Berlin: Gesetzbücher schützen nicht vor der Globalisierung, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 28. Juli 2007, S. 33.

³ „A decent respect to the opinions of mankind“. Selected speeches by Justices of the U.S. Supreme Court on Foreign and International Law, hrsg. v. Christopher J. BORGES (American Society of International Law), Washington 2007. Zitiert nach: Katja GELINSKY, Hört, was wir zu sagen haben! Amerikanische Verfassungsrichter beziehen in einem Sammelband zu Fragen des Völkerrechts Stellung, in: FAZ v. 8. Februar 2008, S. 38.

internationalen Beziehungen bedürfe. Nur auf völkerrechtlich gesicherter Grundlage könnten die religiösen Substrate und die säkularen Ordnungen in der modernen Welt zu einem globalen Ausgleich gebracht werden.⁴

Ein Prozeß der Reflexion ist durch die Herausforderungen der politischen Realität angestoßen worden und wird den öffentlichen Diskurs in nächster Zeit weiterhin prägen. Die Fragen sind brisant, die Gespräche darüber werden kontrovers geführt und konsensfähige Antworten gibt es noch nicht. Ein höchst aktuelles Problem der Gegenwart – und doch für den Mediävisten ein klassisches déjà-vu-Erlebnis: Genau so nämlich verlief der gelehrte Diskurs im europäischen Spätmittelalter des 14. und 15. Jahrhunderts.

Eine kurze Übersicht über die Situation mag genügen, um das Wesentliche in Erinnerung zu rufen. Gewiß waren Gesellschaft, Politik und Recht der Zeit anders organisiert als heute: Es gab keinen „modernen“ Staat, keine Gewaltenteilung, keine bürgerlichen Grundrechte. Dennoch waren die Probleme, mit denen sich die Zeitgenossen konfrontiert sahen, sehr ähnlich wie heute: Auch für sie war die bekannte Welt „zusammengerückt“, seit Krisenereignisse wie Seuchenzüge, gewaltsame Bedrohungen von außen und heillose Kriegswirren im Inneren überall zugleich Wirkung zeigten.

Den Begriff der Globalisierung gab es noch nicht, wohl aber das Denkmodell einer Universalität (als umfassende Allgemeinheit). Gewiß war der Horizont des Handelns, auch des politischen Handelns, eng gezogen und reichte meist nur bis zu den Grenzen des eigenen regionalen Einflussbereichs. Zugleich verstand man sich in Europa, dem christlichen Abendland, aber als Teil der von Gott geschaffenen Welt, des *Orbis christianus*. Daneben erahnte man noch zwei weitere Erdteile (Asien und Afrika; Amerika war noch nicht entdeckt) und je mehr man über sie erfuhr, je tiefer man gleichzeitig in innere und äußere Konflikte hineingeriet, desto mehr arbeitete man an der eigenen Selbstvergewisserung.

1.b. Konfliktsituationen und Friedenspolitik.

Begriffe zur Beschreibung der eigenen Identität wurden jetzt wichtig, vor allem das Christentum (*christianitas*) und die christliche Fürstenherrschaft, im Gegensatz zu andersgläubigen Fremden. Zugleich waren damit die Tugenden und Ideale des christlichen Ritters (*miles christianus*) angesprochen, denen man sich verpflichtet sah und mit deren Hilfe man meinte, die Kämpfe der Zeit bestehen zu können. Daneben entstand eine Terminologie für die übergreifenden Ziele politischen Handelns in der aktuellen Konfliktsituation, insbesondere bezogen auf den Frieden. Er wurde jetzt unterschieden in den Frieden allgemein und nach außen (*pax*) und denjenigen nach innen, der nicht nur als Ordnung der gerechten Herrschaft (*pax et iustitia*), sondern seit dem späteren 14. Jahrhundert mehr und mehr als Zustand der Befriedung, der Waffenruhe und des Ausgleichs verstanden wurde (*pax et tranquillitas*).⁵

Derartige Wertvorstellungen machten zugleich zweierlei klar: Verteidigung gegen Angriffe von außen war nur möglich bei innerer Einigkeit (*concordia*), Einheit (*unitas*), Freundschaft (*amicitia*) und Brüderlichkeit (*fraternitas*). Uneinigkeit (*discordia*) und Streit untereinander (*querela*) gefährdeten hingegen die eigene Existenz. Deshalb bedeutete Friedenspolitik nach innen immer zugleich eine Überwindung bestehender Konflikte und Kämpfe untereinander (*abstinentia guerrae*), um die Kräfte gegen auswärtige Feinde vereinen zu können. Diese Situation war insbesondere seit Beginn der Türkenabwehr im Osten während der letzten Jahre des 14. Jahrhunderts gegeben. Nicht zuletzt war damit der Frieden als politisches Ziel von der vagen Ahnung eines hohen Ideals zu einem praktischen Vorhaben der Diplomatie und Politik geworden, nicht mehr als dauerhafter, schon in die jenseitige Welt weisender Zustand (*pax aeterna*), sondern als eine bewußt instrumentelle und funktionale, immer auch temporäre Maßnahme zur Befriedung in aktuellen Konfliktsituationen (Waffenstillstand / *treuga* / *abstinentia guerrae*). Entsprechend

⁴ Helmut MAYER, Was ist mit dem Rest? Jürgen Habermas deutet die Rückkehr der Religion, in: FAZ v. 2. Februar 2008, S. 36.

⁵ Martin KINTZINGER, Westbindungen im spätmittelalterlichen Europa. Auswärtige Politik zwischen dem Reich, Frankreich, Burgund und England in der Regierungszeit Kaiser Sigmunds (Mittelalter-Forschungen, 2). Stuttgart 2000, S. 348-359. Zuletzt: Nicolas OFFENSTADT, Faire la paix au Moyen Age. Discours et gestes de paix pendant la guerre de Cent Ans, Paris 2007.

wurde man sich immer deutlicher bewußt, daß gerade Kriegszustände innerhalb eines Landes – so etwa der Streit zwischen den Fürstenhäusern im Königreich Frankreich und ihr notwendig gemeinsamer, aber uneinheitlicher Kampf gegen die englische Besatzung des Landes seit 1415 – schweres Leiden der Bevölkerung verursachten. Nicht mehr nur mit den Topoi allgemeiner Friedensliebe wurden daher die vielfachen Verhandlungen der Konfliktparteien miteinander begründet, sondern jetzt auch mit der Absicht, weiteres Blutvergießen zu vermeiden (*contra effusionem sanguinis christianis*).⁶ Kriegsklage und Friedenslob entwickelten sich zu beliebten Formen literarischer Kunst, die mit denselben Wortfeldern arbeiteten.

Auch die technischen Begriffe für Verhandlungen, Bündnisse und Verträge, für Gesandtschaften, Garantieverprechen und Geleitschutz wurden jetzt genauer als zuvor definiert. Insbesondere die reichen Überlieferungen aus der Zeit des Hundertjährigen Krieges zwischen Frankreich und England (1337-1453) zeugen davon. Sie machen deutlich, daß die Verhandlungspartner sich in dieser Sprache der praktischen Ideale und der technischen Begriffe verstanden und dies nicht nur, weil sie dieselbe Sprache verwendeten, das Latein der Gelehrten und vor allem das Französische des höfischen Adels hier wie dort. Vor allem drückte die neue Terminologie das gemeinsame Denken in den Werten, Normen, Ordnungsvorstellungen und Idealen der eigenen adelig-höfischen Kultur aus. Darin war und blieb man einander verbunden, auch wenn man aktuell einen Konflikt oder sogar Krieg gegeneinander austrug.

Insbesondere die technischen Begriffe zeigen noch mehr an: eine konzeptionelle Durchdringung der Herrschaft in ihrer Entwicklung zum frühmodernen Staat. Anfänge einer zentralen, administrativ und fiskalisch hoch effektiven Verwaltung und Herrschaft gab es schon seit dem frühen 13. Jahrhundert in Europa, vor allem in Frankreich, bald auch in England und den Königreichen Kastilien und Aragón. Hier bestanden deutliche Entwicklungsunterschiede zu anderen Ländern, insbesondere dem deutschen Reich, das föderal (also kleinteilig organisiert) blieb bis kurz vor Beginn des 16. Jahrhunderts.

1.c. Konflikterfahrungen und Lösungsansätze.

Selbst die früher mächtigen Universalgewalten des Kaisers als Oberhaupt des Heiligen Römischen Reiches und des Papstes als Bischof von Rom und Oberhaupt der Kirche, hatten an tatsächlicher Geltung verloren, insbesondere seit dem 13. Jahrhundert. Zuvor ließen sich beide Gewalten als Streitvermittler oder Schiedsrichter (*mediator, arbiter*) anrufen und drängten sich gern in diese Rolle. Nun, in der Zeit des Hundertjährigen Krieges, war dies nicht mehr möglich.⁷ Das westliche Europa war zu einem Kriegsschauplatz geworden und alles Geschehen stand immer auch unter dem Schatten der Konflikte zwischen den mächtigen Monarchien von Frankreich und England.

Zugleich verbanden sich Konflikte in West- und Ostmitteleuropa zu einer bedrohlichen Gesamtlage: Kurz vor 1400 stand erstmals eine starke und durchsetzungsfähige türkische Armee vor den Grenzen des christlichen Abendlandes, bald darauf führten religiöse und kirchliche Konflikte zu tiefen Verwerfungen in ganz Europa. Vom Osten aus drang eine radikale religiöse und zugleich nationale Reformbewegung (der Hussitismus) nach Westen vor, wo das Papsttum zuvor durch seinen Rückzug nach Avignon und die anschließende Spaltung (Schisma) innerlich zerfallen und gerade erst, nach dem Konstanzer Konzil und der Papstwahl 1417, wieder organisiert war. Erbansprüche und Territorialstreitigkeiten zwischen den Fürsten in und zwischen den europäischen Reichen führten immer wieder zu Konflikten und Kriegen. Nicht zuletzt schwächten sie dramatisch die Verteidigungskraft gegen äußere Bedrohungen.

Aus dieser riskanten Gesamtlage ergab sich eine notwendige Schlußfolgerung für das weitere Handeln: Die Konfliktherde hielten sich nicht an Grenzen, sie waren international oder zumindest interterritorial, die Lösung der Konflikte konnte hingegen nicht mehr „von oben“ erfolgen, durch eine

⁶ KINTZINGER, ebd. Als Quellenwerk: Les grands traités de la guerre de Cent Ans (Collection de textes), hrsg. v. E. Cosneau, Paris 1889.

⁷ Hermann KAMP, Friedensstifter und Vermittler im Mittelalter (Symbolische Kommunikation in der Vormoderne), Darmstadt 2001. Christoph KAMPMANN, Arbiter und Friedensstiftung. Die Auseinandersetzung um den politischen Schiedsrichter im Europa der Frühen Neuzeit, Paderborn u.a. 2001.

handlungsfähige höhere Instanz, die es nicht mehr gab. Eine Lösung für die internationale Konfliktlage war nur auf unterer Ebene zu suchen, derjenigen der Einzelterritorien, der vernetzten Regionen politischer, kultureller und wirtschaftlicher Kräfte. Die Chance hierzu bestand in jener gemeinsamen Kultur der Höfe und des Adels, aus der sich bereits die allseits verwendete Terminologie der politischen und administrativ-technischen Sprache entwickelt hatte und die dadurch Brücken der Verständigung bot. Die Gesellschaften der Länder des spätmittelalterlichen Westeuropa waren, mit Philippe Contamine gesagt, eine internationale Gemeinschaft (*véritable communauté internationale*), modern gesprochen eine Wertegemeinschaft.⁸

In diesem Rahmen konnte man nun danach suchen, wie mit der gegebenen Krisensituation umzugehen war, um zu einer allgemeinen, übergreifenden Verständigung in Europa zu finden. Zwei Wege boten sich an und wurden mit Erfolg beschritten: 1. die weiter fortgesetzte Orientierung auf die Werte und Normen der über alle aktuellen Konflikte hinausgreifenden, gemeinsamen und verbindenden Kultur. Sie sollte sicherstellen, daß zwischen den europäischen Höfen auch in Situationen aktueller Konflikte eine diplomatische und persönliche Verständigung möglich blieb; 2. die Definition einer vorgeordneten, für die Konfliktparteien unverfügbaren Rechtsordnung. Sie sollte das Verhältnis der europäischen Fürsten untereinander regeln, indem es sie zu Teilen eines Ganzen erklärte, die sich gegeneinander im Verhältnis einer imaginierten Rechtsgleichheit befanden und damit nicht zuletzt in die Lage brachte, gemeinsam nach außen zu handeln.

Am Ende dieses Prozesses stand freilich weder eine „Leitkultur“ noch ein ausgeformtes internationales Recht. Doch erst aus dem Zusammenspiel von kultureller Normierung und geformter Rechtlichkeit wird die Strategie zur Lösung internationaler Konflikte verständlich, wie sie nach der Zeit des Hundertjährigen Krieges und von der Epoche des Humanismus an, in die veränderten Verhältnisse der Frühen Neuzeit hinein führen sollte.

II. HOFKULTUR UND RECHT: ALTE WEGE.

2.a. Fürstliche Repräsentation: Das Beispiel Burgund.

Die diplomatiegeschichtliche Überlieferung des europäischen Spätmittelalters wird von zwei großen Themen dominiert: Friedensverhandlungen und Friedensverträgen einerseits, Heiratsverhandlungen und Eheverträgen andererseits. Beide sollen hier als Instrumente der zeitgenössischen politischen Kultur der Höfe verstanden sein. Ein Blick in die Genealogien der europäischen Herrscherhäuser zeigt, daß nahezu alle einflußreichen Höfe untereinander verwandtschaftliche Bindungen eingegangen sind. Heirat und Erbschaft brachten einträgliche oder strategisch wichtige Besitzungen zusammen, die sich den schon vorhandenen anfügen ließen. Großterritorien entstanden so, mitunter auch Länderkonglomerate, die in ihrer Topographie nie ganz verleugnen konnten, durch die Planung (oder auch den Zufall) dynastischer Bindungen zustande gekommen zu sein.

Ein herausragendes Beispiel für beides ist das Territorium der Herzöge von Burgund, die im ausgehenden 14. und 15. Jahrhundert die Könige von Frankreich und die Kaiser des Heiligen Römischen Reiches, deren Lehnsleute sie waren, an Macht und Einfluß deutlich überragten. Weniger durch gewaltsame Eroberungen, als durch geschickte Vertragspolitik und dynastische Bindungen hatten sie ihre Territorien erweitert und zusammengeführt. In beiden Fällen war der Konsens mit den Vertragspartnern wichtig; Verträge mußten zu gegenseitigem Nutzen sein, von einer Heiratsverbindung profitierten ohnehin beide Seiten. Solche Territorialpolitik war notwendig eine Grenzen überschreitende und insofern „internationale“ Politik.

Besonders erfolgreich waren die Herzöge von Burgund schließlich darin, ihre Territorien administrativ durchzuorganisieren. Sie erreichten eine beispiellose Modernität ihrer Herrschaftsverwaltung. Mit Recht hat Bertrand Schnerb 1999 für die Zeit von 1363 bis 1477 von einem

⁸ Vgl. die Beiträge in: Philippe CONTAMINE, *Des pouvoirs en France 1300-1500*, Paris 1992.

„*Etat bourguignon*“ gesprochen und wohl kein anderes Fürstentum oder Königreich der Zeit könnte diese Zuschreibung mit gleichem Recht beanspruchen.⁹ Als herrschaftspolitische Größe fand Burgund nicht seinesgleichen und der Glanz des burgundischen Hofes überzog trotz potenter Konkurrenten (vor allem des Herzogs von Berry) die Ausstrahlungskraft aller anderen. Mit Vorliebe ließ sich Karl als antiker Caesar darstellen, der seine Gegner besiegt (Abb. 1).¹⁰ Wie üblich, wird er dabei in der Umgebung seiner eigenen Zeit gezeigt und mit allen Elementen seiner eigenen Hofkultur. Umso erstaunlicher war das abrupte Ende auf dem Höhepunkt der Macht und Prunkentfaltung. Opfer seiner eigenen, maßlosen Expansionsucht fiel Herzog Karl der Kühne 1477 in der Schlacht und da er keinen Sohn hatte, ging sein Erbe über die einzige Tochter an das Kaiserhaus der Habsburger über.¹¹

Entgegen dem ersten Anschein, war seine Herrschaft also keine reine Erfolgsgeschichte, wie in seinen letzten Jahren immer deutlich geworden war. Dies hatte vor allem damit zu tun, daß er die Grenzen des Handelns nach seinen eigenen Spielregeln höfischer Tradition in einer veränderten Welt offenbar nicht verstehen konnte. Vergeblich hatte er vier Jahre vor seinem Tod versucht, eine Königskrone für Burgund, vielleicht sogar diejenige des deutschen Königs, durch Verhandlungen zu erwerben. Aller zur Schau getragene Reichtum half ihm indes nicht: Das deutsche Reich blieb ein Wahlreich, dessen Krone nicht käuflich oder durch Verhandlungsgeschick zu erlangen war und insbesondere nicht für fremde, auswärtige Fürsten. Schon andere mächtige Interessenten waren daran gescheitert. Mitunter hatten sich die Wahlfürsten durchaus von entsprechenden finanziellen Zuwendungen beeinflussen lassen, aber sie haben zu keinem Zeitpunkt das Reich als Spielball internationaler Interessenkonflikte preisgegeben. Kaiser Friedrich III. brach die mit Karl dem Kühnen geführten Verhandlungen 1473 ab, weil die Reichsstände niemals für den Burgunder als deutschen König zu gewinnen gewesen wären.¹²

Karls Spiel in Phantasiewelten, die Vorstellung einer in Europa einzigartigen monarchischen Stellung, wurde schlicht durch die Realität des Rechts, einer gewachsenen „Verfassung“, beendet. Konfliktpolitik als bewährte Handlungsstrategie der Höfe konnte viel erreichen, fand hier aber ihr Ende im illegitimen Angriff auf die Rechtsordnung eines Nachbarreiches.

2.b. Recht und Verfassungsordnung: Das Beispiel der Goldenen Bulle.

Sehr wahrscheinlich hatte Karl von Burgund keine Vorstellung davon, was ein Wahlreich war und wie es im römisch-deutschen Reich funktionierte. In seiner, der französisch-burgundischen Welt, waren die Verhältnisse anders geregelt. Mit Selbstverständlichkeit erbte der älteste Sohn Krone und Reich vom Vater. Schon einhundert Jahre vorher, in den sechziger und siebziger Jahren des 14. Jahrhunderts, hatten sich die Könige von Frankreich zuschreiben lassen, ihren Thron aus Erbrecht und in väterlicher Nachfolge (*iure hereditario, paterna successio*) zu erhalten.¹³ So war es im Krönungsbuch der französischen Monarchie in Wort und Bild (*Livre du sacré*) festgeschrieben und in einem eigenen Traktat zur politischen Theologie (*Traité du sacré*) begründet worden und so wurde es von den Chronisten ein ums andere Mal wiederholt. Rechts- oder gar Verfassungscharakter kam solchen Überlieferungen indes nicht zu. Sie waren Hofordnungen, Krönungsordnungen oder Hofchroniken. Hingegen war die Wahlordnung des deutschen Reiches gleichzeitig, in der sogenannten Goldenen Bulle, auf zwei Reichstagen 1356 feierlich

⁹ Bertrand SCHNERB, *L'Etat bourguignon, 1363-1477*, Paris 1999. Vgl. Hermann KAMP, *Burgund. Geschichte und Kultur*, München 2007.

¹⁰ Abb. 1: Der Zweikampf zwischen Caesar und Drappes Brenno. Miniatur in: Jean MANSEL, *Histoires Romaines abrégés*, um 1454/1460. Paris, Bibliothèque de l' Arsenal, Bd. 2, MS 5088, fol. 166v. Nachweis und Abbildung nach: Anna Rapp Buri, Monica Stucky-Schürer, *Burgundische Tapisserien*, München 2001, Tafel 101, S. 109.

¹¹ Petra EHM, *Burgund und das Reich. Spätmittelalterliche Außenpolitik am Beispiel der Regierung Karls des Kühnen (1465-1477)* (Pariser Historische Studien, 61), München 2002. Künftig Martin KINTZINGER, *Caesar, der Staat und die Nation. Die Außenpolitik Karls des Kühnen*, in: *Herzog Karls der Kühne von Burgund*, hrsg. v. Rainer C. Schwinges.

¹² Ehm, ebd., S. 291-308.

¹³ Derzeit im Druck: Martin KINTZINGER, *Sakralität und Krönungen in Frankreich im Spätmittelalter*, in: *Wahl und Krönung in Umbruch und Endzeit*, hrsg. von Ludolf Pelizäus. Künftig ders., *Krönungssymbolik, Thronfolge und politische Partizipation in Frankreich im Spätmittelalter*.

verabschiedet worden.¹⁴ Der damalige französische Thronfolger, der spätere Karl V., hatte an dem Veröffentlichungsakt teilgenommen und ist vielleicht auch dadurch angeregt worden, die Erbmonarchie in seinem Reich in aller Form auf eine schriftliche Grundlage stellen zu lassen.

Eine Verfassung im modernen Sinne war auch die Goldene Bulle noch nicht. Sie verschriftlichte das Herkommen des Gewohnheitsrechts und setzte, indem sie dies auf der Grundlage eines politischen Konsenses der maßgeblichen Kräfte tat, selbst Recht. Indem sie konsensual das bewährte Verfahren einer Wahl künftiger Könige betätigte und zugleich für künftige Zeiten festschrieb, stand sie in der Nachfolge des Wormser Konkordats von 1122 sowie staufischer Reichsgesetze des 12. und 13. Jahrhunderts und ging ihrerseits den weitreichenden Beschlüssen des Wormser Reichstages von 1495 und letztlich auch des Westfälischen Friedens von 1648 voraus.

Erst 1648 und damit nach allgemeinem Verständnis nachmittelalterlich war ein Verfassungsdokument des Heiligen Römischen Reiches zustande gekommen unter Beteiligung verschiedener europäischer Mächte und es beeinflusste zugleich die weitere europäische Geschichte insgesamt. Die mittelalterlichen Verfassungsdokumente blieben in ihrer Trägerschaft auf die Reichsfürsten und in ihrer Wirkung auf das Reich selbst beschränkt. Nicht zufällig griffen sie bei ihrer Selbstlegitimation auf die in ihrer Zeit eingeführten, allseits bekannten und gleichermaßen verstandenen Begriffe der politischen Terminologie zurück. In der Arenga der Goldenen Bulle läßt sich daher eine Begründung der inneren Friedenspolitik aus der Befriedung und dem Ausgleich aller Kräfte finden (*pax et tranquillitas, concordia, unitas*), die in ihrer aufwendigen Konstruktion ihresgleichen sucht, in Terminologie und Verständnis aber völlig dem Zeitüblichen entspricht.

Daß die Goldene Bulle als Verfassungsdokument zugleich so weitgehend den Idealen der zeitgenössischen Hofkultur und ihrer Friedenspolitik verpflichtet war, gab ihr gewiß eine bessere Chance auf dauerhafte Akzeptanz bei Adel und Fürsten des Reiches. Es war zugleich aber auch ein Bürde: Im Unterschied zu modernen Verfassungen und trotz ihrer ansonsten beeindruckenden Genauigkeit regelt die Goldene Bulle nämlich gerade zwei mögliche Ereignisse im Umfeld von Wahl und Nachfolge auf dem deutschen Königsthron nicht: eine Neuwahl des deutschen Königs zu Lebzeiten des Kaisers und eine Absetzung des amtierenden Königs oder Kaisers. Zweifellos hat die kluge Berechnung Kaiser Karls IV., des Initiators der Goldenen Bulle, auch hier absichtsvoll gehandelt.

Genau zwanzig Jahre später nämlich, 1376 (zwei Jahre vor seinem Tod), wollte Karl seinen Sohn Wenzel zum deutschen König wählen lassen. In der Goldenen Bulle war nicht gesagt, daß der amtierende König oder Kaiser verstorben sein mußte, damit eine Neuwahl möglich würde. Der „Sinn“ des Wahlgesetzes war zweifellos genau so gewesen, nicht aber der Wortlaut. So konnte 1376 Wenzel in aller Form nach den Regeln der Goldenen Bulle gewählt werden, obwohl jeder wußte, daß damit eine von deren wesentlichen Aussageabsichten verletzt wurde.

Mehr noch: Seit Jahrhunderten hatten sich die Reichsfürsten immer wieder dagegen gewehrt, den Sohn zu Lebzeiten des Vaters (*vivente imperatore*) zu wählen. Nicht immer konnten sie sich damit durchsetzen. Jetzt aber, 1376, war ausgerechnet die Tatsache, daß es eine schriftliche Wahlordnung gab, der Vorwand, diese zuvor stets verteidigte Regel aufzugeben. Das Verfassungsdokument als Meilenstein auf dem Weg zur Staatswerdung des Reiches konnte nicht verhindern, daß ein uralter Traum der römisch-deutschen Könige und Kaiser nach Generationen wieder einmal Wirklichkeit werden konnte. Die altbewährte Interessenpolitik der Höfe hatte gesiegt gegen diejenige der Stände. Beide Seiten hatten in diesem Streit nicht mit der Verfassung argumentieren können, sondern mit den jeweils eigenen Traditionen und sie sind damit, allen Beschwörungen von Einheit und Friedensliebe in der Goldenen Bulle zum Trotz, den altbekannten Verfahren ständischer Konfliktpolitik gefolgt.

Nicht anders war es schließlich, als der 1376 gewählte Wenzel 24 Jahre später, 1400, wegen erwiesener Unfähigkeit, abgesetzt werden sollte.¹⁵ Wieder gab es in der Goldenen Bulle keinen Hinweis,

¹⁴ Derzeit im Druck: Martin KINTZINGER, Das inszenierte Imperium. Kaiser Karl IV. und König Karl V. von Frankreich, in: Die Goldene Bulle 1356-2006, hrsg. v. Michael Lindner, Michael Menzel.

¹⁵ Ernst SCHUBERT, Königsabsetzungen im Mittelalter. Eine Studie zum Werden der Reichsverfassung

wie zu verfahren sei. Man mußte sich also der seit Jahrhunderten entwickelten Kataloge der Tugenden und Laster eines Herrschers bedienen, um nach den alten Formen eines Widerstands gegen Tyrannen die Absetzung Wenzels zu begründen. Wenzel selbst bestand nun darauf, daß er nach den Vorgaben der Goldenen Bulle – also ausdrücklich nicht als Erbe des Vaters – gewählt worden und insofern rechtmäßiger König sei, den niemand absetzen könne.

2.c. Gewalt und Konflikteskalation: Das Beispiel der Fürstenmorde in Frankreich.

Nur wenig später, 1407, unternahm der Herzog von Burgund den Versuch, den von ihm verantworteten Auftragsmord am Bruder des Königs, Ludwig von Orléans, aus dem Milieu der persönlichen Bindungen und Konkurrenzen am Hof herauszuhalten, denen er in Wahrheit gefolgt war.¹⁶ Die Erregung über die ungeheuerliche Tat war groß und die Kritik an den rücksichtslosen Gewaltakten in höchsten Kreisen, denen der König selbst offenbar tatenlos zusehen mußte. Statt dessen ließ der Herzog einen Theologen der Pariser Universität, Jean Petit, eine gelehrte Rechtfertigung des Attentats schreiben. Sie fand ihre zentrale Aussage darin, der Orléans sei ein Tyrann gewesen und deshalb nach den alten Regeln des Widerstandsrechts beseitigt worden. Mit dem Instrument der „modernen“ scholastischen Argumentation innerhalb einer theologisch und juridisch gelehrten Abhandlung sollte einerseits dem Vorwurf willkürlicher Gewalt begegnet werden. Andererseits fand sich eine vorzeigbare Begründung für den Auftragsmord nur in den tradierten Werthaltungen der Adelsgesellschaft und nur deshalb ist der angebliche Tyrannenmord als Motiv zitiert worden.

Doch auch dieser Versuch, altes und neues zu vermischen, scheiterte. Nach jahrelangen Kontroversen wurde die Verteidigungsschrift schließlich auf Betreiben des bekannten Konzilstheologen und Kanzlers der Pariser Universität, Jean Gerson (1363-1429), von zuständiger Seite in aller Form verurteilt und zurückgewiesen. Der Burgunder fiel seinerseits, trotz aller Vorsichtsmaßnahmen, zwölf Jahre später dem unausweichlichen Rachemord zum Opfer. Man hatte 1419 ein Zusammentreffen des Herzogs mit dem Dauphin auf einer Brücke gewählt, um vor aller Augen die Genugtuung für den damaligen Auftragsmord zu inszenieren.¹⁷ Die öffentliche Inszenierung gehörte nach den Spielregeln der Hofkultur ebenso grundlegend zu deren Wirksamkeit hinzu wie der Veröffentlichungsakt von schriftlichen Verfassungsdokumenten zu deren Geltungsanspruch.

Von dem Chronisten Philippe de Comynes (um 1447-1511) wissen wir, daß Fürstenbegegnungen in Frankreich seither nur noch unter höchsten Sicherheitsvorkehrungen stattfanden, um Wiederholungen zu vermeiden. Angesichts dieser Umstände riet der Chronist schließlich völlig von solchen Zusammentreffen ab: *C'est grant follie à deux princes, qui sont comme esgaulx en puissance, de se entrevoir, sinon qu'ilz fussent en grant jeunesse, qui est le temps qu'ilz n'ont autres pensées que à leurs plaisirs.*¹⁸ Die Regeln einer Konfliktpolitik der Höfe, die nach wie vor auch vor roher Gewalt nicht zurückschreckte, hatten sich durchgesetzt. Mehr noch: Die vielberufenen Ideale der Einheit und des Friedens, die in den gleichzeitigen Verhandlungen unter den Fürsten Frankreichs und mit dem englischen Kriegsgegner in aller Munde waren, wirkten aus Normvorgaben für die förmliche Friedenspolitik. Sobald es aber beim Austrag von Interessenkonflikten zwischen Adelsparteien oder fürstlichen Familien zu Ehrverletzungen oder Gewalteskalationen kam, trugen die Konsensideale, die die politische Terminologie einfordern wollte, nicht mehr. Ein Mord verlangte nicht nach Erklärung oder Überwindung durch Annäherung, sondern nach Rache.¹⁹

(Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften zu Göttingen, phil.-hist. Kl., 3, 267), Göttingen 2005.

¹⁶ Bernard GUENEE, *Un meurtre, une société. L'assassinat du duc d'Orléans 23 novembre 1407* (Bibliothèques des Histoires), Paris 1992.

¹⁷ Derzeit im Druck: Martin KINTZINGER, *Panne oder Provokation. Gewollte Regelbrüche in Politik und Diplomatie des Spätmittelalters*, in: *Wertekonflikte – Deutungskonflikte*, hrsg. v. Barbara Stollberg-Rilinger (Symbolische Kommunikation), Münster 2008.

¹⁸ Philippe de Comynes, *Mémoires* (Les classiques de l'Histoire de France au Moyen Age), 1 (1464-1474), hrsg. v. Joseph CALMETTE, (Paris 1924, ND) 1964, chap. 8, S. 135.

¹⁹ Vgl. Hermann KAMP, *La vengeance, le roi et les compétitions faidables dans l'empire ottonien*, in: *La vengeance*, hrsg. v. Dominique BARTHELEMY, François Bourgard, Régine Le Jan, Rom 2006, S. 259-280.

2.d. Visualität der Hofkultur: Der Krieg.

Weitere, ähnliche Beispiele ließen sich aufzählen. Sie zeigen trotz des fundamentalen Verfassungsunterschieds zwischen der erblichen Zentralmonarchie in Frankreich und der Wahlmonarchie im römisch-deutschen Reich grundlegende Parallelen in den überkommenden Verfahren der höfischen Konfliktpolitik. Diese Politik folgte aus den Spielregeln des hohen und regierenden Adels, die in ganz Westeuropa weitgehend identisch waren. Man gehörte derselben sozialen Schicht an, wenn man nicht ohnehin – wie die Familien der Könige – miteinander verwandt war. Leicht konnte der *adversaire* zugleich der *cousin* sein. Man hatte durch die eigene sozialständische Erziehung weitgehend dieselbe Sozialisation in Werthaltungen, Normen, Handlungsmuster und Verhaltensformen erfahren. Schließlich erkannte man sich daran und entdeckte mühelos, auch in der Ferne und selbst unter ungünstigen Umständen, daß der jeweils andere ein Standesgenosse war.²⁰ Die adelig-höfische Kultur bot hier vielfältige Gestaltungsmöglichkeiten. Sie war bei alledem aber keine Schriftkultur, sondern blieb in Vermittlung und Verständigung ausschließlich oral. Die zeitgenössischen Fürstenspiegel boten demgegenüber florienlegienhafte Belehrung aus der jahrhundertalten Tradition gelehrter Ständedidaxe und waren nur sehr eingeschränkt zur praktischen Sozialisation junger Adeliger oder Prinzen geeignet.²¹

An den Orten unmittelbarer Begegnung bei „*internationalen*“ Kontakten und Konflikten war dieses sozialständische Regelwissen unentbehrlich nicht nur zur Verständigung mit einem jeweiligen Gegenüber. Es wirkte sogar in der Hektik der Schlacht und konnte insofern lebensrettend sein. Die nahezu realistischen Miniaturen mit Schlachtendarstellungen, die in französischen wie englischen Künstlerwerkstätten entstanden sind, verraten einige Details. So ist auf einer dramatisch gestalteten Kampfszene aus der entscheidenden Schlacht von Azincourt 1415 nicht nur zu sehen, mit welchen Waffen und Techniken gekämpft wurde, sondern auch, wie man sich ergeben konnte, wenn man nicht mehr kampffähig war (Abb. 2).²² Der Gestus der Unfähigkeit, angezeigt im Halten der waffenlosen rechten Hand durch die linke, beide vor dem Körper gekreuzt, war offenbar das entscheidende Zeichen. Aus den schriftlichen Aufzeichnungen des Gewohnheitsrechts seit dem 13. Jahrhundert bekannt, war dieses Verfahren der Körpersprache sehr wahrscheinlich zumindest allen adeligen Kämpfern beider Seiten vertraut.²³ Sie verfügten selbst über dieses und andere nichtsprachliche Zeichen, um sich miteinander zu verständigen, sie konnten daher auch die Mitteilungen der anderen „lesen“. Es war keinesfalls Absicht der Kriegführung, die Gegner zu töten. Man wollte sie lediglich dazu bringen, aus dem aktiven Kampfgeschehen auszuschneiden. Was aus einer solchen Ergebnisszene nach den Regeln der adelig-höfischen Kriegführung folgen sollte, ist auf der Miniatur nicht mehr zu sehen: Der adelige Kämpfer ergab sich einem standesgleichen Gegenüber, der ihn gefangen nahm und vom Schlachtplatz führte. Beide vereinbarten dann eine Lösegeldabsprache und der Gefangene machte sich auf den Weg, um die Summe zu besorgen und dem anderen zu übergeben.²⁴ Dies alles geschah unter gegenseitiger Zusicherung des „*Ehrenwortes*“: Weder wurde der Gefangene regelwidrig geschädigt oder gar getötet noch brach er die

²⁰ Werner PARAVICINI, Die Preußenreisen des europäischen Adels (Francia, Beihefte, 17, 1.2.), Sigmaringen 1989, 1995. Detlev Kraak, Monumentale Zeugnisse der spätmittelalterlichen Adelsreise. Inschriften und Graffiti des 14.-16. Jahrhunderts (Abhandlungen der Akademie der Wissenschaften in Göttingen, phil.-hist. Kl., dritte Folge, 224), Göttingen 1997.

²¹ Zuletzt Ulrike GRABNICK, Ratgeber des Königs, Fürstenspiegel und Herrscherideal im spätmittelalterlichen England (Europäische Kulturstudien, 15), Köln/Weimar/Wien 2004. An der Universität Fribourg (Prof. Dr. Hans-Joachim SCHMIDT) arbeitet Noelle-Laetitia PERRET derzeit an einem Promotionsprojekt zu den spätmittelalterlichen Fürstenspiegeln, ihrer Konzeptualisierung von Wissen und der Rolle der Mendikanten als Autoren und Vermittler in die laikale Öffentlichkeit.

²² Abb. 2: Schlacht von Azincourt 1415. Chronik von St. Albans, spätes 15. Jahrhundert. Lambeth Palace Library, MS 6, f. 243. Nachweis und Abbildung nach: Gothic art for England 1400-1547, hrsg. v. Richard Marks, Paul Williamson, Eleanor Townsend, London 2003, Abb. 12, S. 30.

²³ Hierzu ist auf die zahlreichen einschlägigen Arbeiten von Ruth Schmidt-Wiegand und Jean-Claude Schmitt zu verweisen.

²⁴ Martin KINTZINGER, Geisel und Gefangene im Mittelalter. Zur Entwicklung eines politischen Instrumentes, in: Ausweisung und Deportation. Formen der Zwangsmigration in der Geschichte, hrsg. v. Andreas GESTRICH, Gerhard HIRSCHFELD, Holger SONNABEND (Stuttgarter Beiträge zur Historischen Migrationsforschung, 2), Stuttgart 1995, S. 41-59.

Abmachung durch Flucht. Er blieb als Kriegsgefangener Geisel, kehrte verlässlich zurück und griff nicht mehr in das Kampfgeschehen ein.

Dieses Verfahren, so unwirklich es modernen Betrachtern erscheinen mag, erklärt sich aus der praktischen Wirksamkeit der Ehrvorstellungen in der zeitgenössischen Hofkultur. Es war eine tragende, vielfach angewandte Form der Konfliktlösung in den Zeiten des Hundertjährigen Krieges. Als Element der höfischen Kultur galt es für adelige Offiziere wie für die fürstlichen Heerführer und sogar die Könige selbst. Gleich zweimal geriet der französische König Johann II. in englische Kriegsgefangenschaft. Beim ersten Mal, 1356 nach der Schlacht von Maupertuis, konnte sein Sohn, der Dauphin Karl, ihn erst nach vierjährigen Verhandlungen und unter Zahlung eines immensen Lösegeldes freikaufen. So war es im Friedensvertrag von Brétigny 1360 vereinbart worden. Später als Karl V. selbst König geworden, war er es, der die Grundlage von Königsweihe und Thronfolge akribisch aufzeichnen ließ; die Erfahrungen mit der Gefangenschaft seines Vaters mögen dabei eine Rolle gespielt haben.²⁵

Selbstverständlich gehörte es zu dem Verfahren hinzu, daß ein Gefangener als Geisel am Hof seines „Gastgebers“ nicht inhaftiert war, sondern mit allen sozialen Ehren leben konnte.²⁶ Dennoch bedeutete die Gefangenschaft eines regierenden Königs eine schwere politische und wirtschaftliche Belastung für sein Reich. König Johanns Gefangenschaft hatte zudem noch ein tragisches Nachspiel. Als Garantleistung für den Vertrag von Brétigny (damit die geforderten Geldsumme tatsächlich bezahlt und auf spontane Racheakte verzichtet würde) mußte Frankreich 40 Geiseln für die vereinbarte Dauer eines halben Jahres an den englischen Hof überstellen. Unter ihnen befand sich Karls (V.) jüngerer Bruder, Ludwig (1339-1384), bereits amtierender Herzog von Anjou. Als die vereinbarte Aufenthaltsfrist verstrichen war und er dennoch nicht freigelassen wurde, entschloß sich Ludwig zur Flucht vom englischen Hof. Weil er als fürstliche Geisel nicht streng bewacht wurde, gelang sein Vorhaben leicht. Pragmatisch gewiß nachvollziehbar, galt dieses Vorgehen doch als hochgradig ehrschädigend. König Johann, sein Vater, begab sich deshalb selbst aus freien Stücken zurück in die englische Gefangenschaft, um das als schändlich empfundene Verhalten des Sohnes auszugleichen. Nur wenig später verstarb er in London.

Ludwig von Anjou war indessen nicht der einzige, der die Regeln standesgemäßen Verhaltens bewußt zu brechen bereit war. Schon zuvor, in der Schlacht von Maupertuis, als sein Vater gefangengenommen worden war, hatte er sich mit seinen Getreuen vom Schlachtfeld abgesetzt. Ganz ähnlich handelte wenig später der böhmische Kronprinz Karl, der spätere Kaiser Karl IV., als sein Vater, König Johann von Böhmen, sich als blinder alter Mann 1346 in die Schlacht von Crécy führen ließ, um dort einen ehrenhaften, ritterlichen Tod zu sterben. Karl floh und rettete sich damit Leben und Krone. Die Ehrvorstellungen und die übrigen Verfahrensnormen der adlig-höfischen Kultur blieben trotzdem noch lange gültig und doch wandelten sich die Zeiten. Zu Ende des 15. Jahrhunderts, als später so bezeichnete machiavellistische Vorstellungen die Oberhand gewannen und die Kriegführung zunehmend auf fremde Söldnerheere zurückgriff, war das Verfahren der Geiselhaft auf Ehrenwort endgültig nicht mehr zu halten. Schon der Chronist Philippe de Commines rät seinen Lesern, den eigenen Vorteil auch auf Kosten von Standes- und Ehrvorstellungen durchzusetzen.

Die traditionellen Verfahrensformen des Konflikthandelns in der Adelsgesellschaft wurden ebenso wenig förmlich aufgehoben wie sie jemals förmlich oder gar schriftlich begründet worden waren. Dieselbe Entwicklung durchliefen die früher altbewährten Kampftechniken ritterlichen Turniers, die den waffentechnischen Veränderungen längst schrittweise – schon seit Bouvines 1214 und vollends seit Azincourt 1415 – nicht mehr standhalten konnten. Adelsgesellschaften praktizierten weiter, was militärisch nutzlos geworden war und als Ausdruck politischer Hofkultur keinen Wert mehr hatte, jetzt in geschlossenen, sozial exklusiven Kreisen.²⁷ Ein Übergang dieser Teile der adlig-höfischen Kultur in

²⁵ Derzeit im Druck: Martin KINTZINGER, *Beatus Vir. Herrschaftsrepräsentation durch Handschriftenpolitik bei Karl V. von Frankreich*, in: *Zwischen Pragmatik und Performanz. Kulturen der Schriftlichkeit im Mittelalter*, hrsg. v. Christoph Dartmann, Christoph Weber.

²⁶ Wie Anm. 24.

²⁷ Malte PRIETZEL, *Krieg im Mittelalter*, Darmstadt 2006. Ders., *Kriegführung im Mittelalter. Handlungen, Erinnerungen, Bedeutungen*, Paderborn u.a. 2006. Renaud Beffeyte, *L'art de la guerre au Moyen Age*, Rennes 2005. *Krieg im Mittelalter*, hrsg. v. Hans-Henning Kortüm, Berlin 2001

Formen der Verschriftlichung, des Rechts oder gar der Verfassung und damit ihr Anschluß an die weitere Entwicklung von Herrschaft und Gesellschaft war niemals intendiert und am Ende auch nicht mehr möglich.

2.e. Visualität der Hofkultur: Die Diplomatie.

Analog zu den Regeln der Kriegführung nach sozialständischen Verhaltensnormen hatte sich seit dem 12./13. Jahrhundert im westlichen Europa ein differenziertes Verfahren der Gesandtschaft und der Diplomatie herausgebildet. Es folgte ebenfalls den Spielregeln der höfischen Gesellschaft und war ein notwendiges Instrument königlicher und höfischer Politik, insbesondere des Konflikthandelns. Seit der römischen Antike, so wußte man, war eine funktionale Diplomatie entwickelt worden und die „modernsten“ Höfe ihrer Zeit, insbesondere die päpstliche Kurie, dann der Hof der Könige von Frankreich und einige herausragende französische Fürstenhöfe, schließlich diejenigen der Könige von England, von Kastilien und Aragón, hatten sich sorgfältig gestaltete Verfahren höfischer Diplomatie und Gesandtschaft angeeignet. Nicht zufällig sind hier dieselben Höfe zu nennen, die vordem wegen ihrer effektiven administrativen Herrschaftsordnungen zu erwähnen waren.

Diplomatie war zunächst ein unentbehrliches und immer wichtiger werdendes Element der Herrschaft, das in den Zeiten des Hundertjährigen Kriegs mehr als je zuvor gebraucht wurde, von der täglichen Kommunikation zwischen den Höfen über die vielfachen Friedensverhandlungen und Heiratsprojekte bis hin zur Vorbereitung der großen Verträge.²⁸ Zumal angesichts der tiefgreifenden Herausforderungen durch äußere wie innere Konflikte wuchs der diplomatischen Praxis eine erhebliche Bedeutung zu. Sie wurde zur tragenden Säule der sich zunehmend verdichtenden internationalen politischen Kommunikation.

Mit der Ausformung sachlicher Zuständigkeiten und einer funktionalen Staffelung von einfachen Boten über beauftragte Gesandte bis zu ständigem Gesandtschaftspersonal an den Höfen war es indes nicht getan.²⁹ Daß Gesandtschaft von Beginn an ohne Schriftlichkeit nicht auskommen konnte, versteht sich. Zur Beglaubigung seines Status als Gesandter und zur Selbstlegitimation führten Gesandte stets gesiegelte Briefe ihrer Herren mit. Deren schriftliche Mitteilungen an andere Fürsten in Briefform wurden daneben mehr und mehr üblich. Doch sobald brisante Nachrichten zu übermitteln waren, gleichsam persönliche Mitteilungen zwischen den Fürsten, war deren schriftliche Aufzeichnung schon aus Gründen der Sicherheit nicht angezeigt. Geheime Botschaften (nicht zu verwechseln mit Spionage), von denen viel abhängen konnte, bedurften vertrauter Personen, die unmittelbaren Zugang zu den Fürsten hatten, am eigenen Hof nicht anders als am Empfängerhof. Exponierte Gesandtenpersönlichkeiten kamen hierfür in Frage, gebildet und sprachgewandte Fachleute, vielfach Geistliche, insbesondere Bischöfe. Aber auch hochrangige Adelige oder verwandte Angehörige der königlichen Familie spielten als Diplomaten in Vertrauensangelegenheiten eine besondere Rolle.

Anders als die bislang vorgestellten Realitätsfelder bedurfte die Gesandtschaftspraxis in der internationalen Kommunikation und insbesondere bei komplexen Konfliktsituationen geradezu des Zusammenspiels von traditionellen, oralen Verfahrensformen und neuen Ansätzen einer institutionellen Verdichtung von Recht und Verfassung. Deshalb blieb eine sehr alte Vorstellung gültig durch alle Jahrhunderte des Mittelalters und darüber hinaus: diejenige des Boten als körperlichen Repräsentanten

²⁸ Derzeit im Druck: Martin KINTZINGER, *Voyages et messageries. Diplomatie in Frankreich zwischen Familiarität und Funktion*, in: *Aus der Frühzeit europäischer Diplomatie. Zum geistlichen und weltlichen Gesandtschaftswesen vom 12. bis zum 15. Jahrhundert*, hrsg. v. Claudia MÄRTL, Claudia ZEY. Zu verweisen ist auch auf die Veröffentlichungen des Projekts „Visualisierung der Diplomatie“ im Rahmen des Sonderforschungsbereichs 496 an der Universität Münster von Michael Jucker (jetzt Universität Luzern).

²⁹ Vgl. KINTZINGER, *Westbindungen* (wie Anm. 5), *passim*. Arnd Reitemeier, *Außenpolitik im Spätmittelalter. Die diplomatischen Beziehungen zwischen dem Reich und England 1377-1422* (Veröffentlichungen des Deutschen Historischen Instituts London, 45), Paderborn u. a. 1999. Michael Jucker, *Gesandte, Schreiber, Akten. Politische Kommunikation auf eidgenössischen Tagsatzungen im Spätmittelalter*, Zürich 2004. *Gesandtschafts- und Botenwesen im spätmittelalterlichen Europa* (Vorträge und Forschungen, 60), hrsg. v. Rainer C. Schwinges, Stuttgart 2003.

seines Herren, der für ihn und durch den der Herr gleichsam selbst sprach.³⁰ Als Angehörige des engeren Umkreises ihres Herrn, seiner Entourage und sogar seiner Familia, waren solche und alle hochrangigen Gesandten in ihrer exponierten Position öffentlich erkennbar und repräsentierten mit seltener Deutlichkeit die Funktionalität einer Herrschaft, die nach wie vor grundsätzlich auf personalen Bindungen beruhte.

Zugleich war die höfische Diplomatie hineingenommen in den unaufhaltsamen Prozeß administrativer Durchdringung der Herrschaftspraxis. Abrechnungen über die Dienste von Gesandten – zum Ärger heutiger Historiker aus Gründen der Geheimhaltung meist ohne Angabe ihres Auftrags – wurden vor allem an den Höfen Frankreichs mit großer Genauigkeit geführt.

Wie man an den Empfängerhöfen mit den Gesandten verfuhr, sagt viel über das aktuelle Verhältnis der Höfe und Reiche zueinander. Chroniken sind daher stets bemüht, die jeweils eigene Sicht zu akzentuieren. Bildmaterial ist hingegen leider kaum erhalten. Beide Überlieferungen sprechen allerdings nicht unmittelbar zu einem heutigen Betrachter. Ohne Kenntnis der Regeln und Verfahrensformen der Hofkultur werden sie nicht verständlich. Daß man am französischen Königshof in der Mitte des 15. Jahrhunderts den Empfang der Gesandten des Kaisers aus dem Jahr 1377/78 aufwendig darstellen ließ, ist nur daraus zu erklären, daß die Bildgestaltung dezent, aber für Eingeweihte – also für die Angehörigen der höfischen Öffentlichkeit mühelos sichtbar – den beanspruchten Rangvorteil des Königs von Frankreich gegenüber allen anderen Königen Europas und selbst gegenüber dem Kaiser sinnfällig anzeigt (Abb. 3).³¹

Solche Tiefen eines oft notwendig mehrdimensionalen Verständnisses der Traditionen der Hofkultur ließen sich nur bedingt an die Stringenz und Transparenz rechtlicher Ordnungen vermitteln. Wiederum waren es die drängenden Konfliktherde des Hundertjährigen Krieges, die den Zeitgenossen abverlangten, über die althergebrachten und bei Hofe so beliebten Rangfragen hinauszudenken. Friedenspolitik in Kriegszeiten erforderte die Öffnung für Vermittlungstechniken, für Interessenausgleich und für neue, mit der personalen Politik der Könige und ihrer Höfe nicht mehr zureichend zu erfassende Verfahren. Solche Verfahren sollten von den Personen der Amtsträger unabhängig werden, aus sich heraus legitimiert sein und die Chance auf möglichst beständige Dauer bieten. Die Frage nach einer Rechtsgrundlage für die internationale Kommunikation der Höfe und ihre Konfliktpolitik stellte sich je später desto nachdrücklicher.

III. RECHT UND HOFKULTUR: NEUE WEGE.

3.1. Recht und Terminologie.

Zweifellos muß man der politischen Kultur der Höfe zugestehen, Formen der internationalen Kommunikation entwickelt und über Jahrhunderte funktional praktiziert zu haben. Eine theoretische oder konzeptionelle Begründung dafür hat sie allerdings nicht entwickelt. Es gehört zu den Merkmalen höfischer Kultur, daß sie es vermochte, sich aber auch darauf beschränkte, die im Inneren einer Herrschaftsordnung erfolgreichen Formen und Verfahren auf die auswärtigen Belange zu übertragen. Schon die Institutionalisierung und Verrechtlichung traditionaler Verfahren im Zuge der Staatswerdung monarchischer Herrschaft ihrer Reiche war ein qualitativ neuer Schritt. „Internationales Recht“ war in solchem Kontext nicht angelegt und konnte daraus nicht gewonnen werden.

³⁰ Grundlegend sind hierfür die Forschungen des Germanisten Horst Wenzel, so bereits die Monographie: Hören und Sehen, Schrift und Bild. Kultur und Gedächtnis im Mittelalter, München 1995, S. 252-269 u. ö. Ders., Höfische Repräsentation. Symbolische Kommunikation und Literatur im Mittelalter, Darmstadt 2005. Auch: Visualisierungsstrategien in mittelalterlichen Bildern und Texten, hrsg. v. dems., Berlin 2006. Aktuell auch die Studien von Michael Jucker (wie Anm. 29).

³¹ Abb. 3: Jean Fouquet, Die Bilder der Grandes Chroniques de France. Mit der originalen Wiedergabe aller 51 Miniaturen von Manuscrit français 6465 der Bibliothèque nationale in Paris und 60 Schwarzweiß-Abbildungen; Beiträge von François Avril, Marie-Thérèse Gousset, Bernard Guenée, (franz. Originalausg. Paris 1987, dt. Ausg.) Graz 1987, hier Tafel 42 (fol. 440 v), S. 210, 241. Vgl. Martin Kintzinger, Die Erben Karls des Großen. Frankreich und Deutschland im Mittelalter, Ostfildern 2005.

Die Oralität und Traditionalität der höfischen Politik und ihrer kulturellen Grundlagen war nicht nur verantwortlich für die heute geringe Überlieferung zu den Interna von Diplomatie. Sie bedingte auch einen weitgehenden Verzicht auf die Festlegung von Regeln für deren formale Gestaltung: Welche Arten von Gesandten soll es geben, wie ist die soziale und rechtliche Stellung eines Gesandten, wie soll man ihm begegnen? Welche Regeln sollen gelten im internationalen Gesandtenverkehr und gibt es Rechtsordnungen dafür? Diese und andere Fragen, die zweifellos an den Höfen dezidiert beantwortet worden sind, weil anders keine Kommunikation durch Diplomatie zustande gekommen wäre, fanden nahezu keine schriftlich überlieferte Behandlung.

Nur ein einziger, zudem später Text aus der konfliktreichen Endphase des Hundertjährigen Krieges ist von einem Autoren hierzu überliefert und er stellt bis heute das einzige zeitgenössische Zeugnis eines Handbuchs zur Anleitung der diplomatischen Praxis im spätmittelalterlichen Westeuropa dar: der wohl um 1450 entstandene Traktat *Ambaxiatorum brevilogus* des gelehrten Diplomaten und Rat des französischen Königs Karls VII., Bernard du Rosier (um 1400-1475).³² Nach der Edition von 1905 wurde Rosiers Leben und Werk erstmals 1990 einer kritischen Untersuchung gewürdigt; eine Biographie und eine kritische Würdigung des Werkes steht noch aus.³³ Mit überaus sorgfältigem Aufbau in 30 Kapiteln, von der Herkunft und Unterscheidung der Funktionsbezeichnungen von Gesandten bis zum öffentlichen Nutzen ihrer Tätigkeit sind alle wesentlichen Facetten der diplomatischen Praxis bedacht. Dennoch darf der Text nicht als Kommentar zur diplomatischen Praxis am französischen Königshof der Zeit mißverstanden werden.

Als Erzbischof von Toulouse und erklärter Verteidiger kirchlicher Freiheiten machte sich Rosier, durchaus auch im Auftrag des Königs, bei der Vermittlung zwischen Krone und Kirche in Frankreich verdient. In seinem Gedankengut und in seinen Vorlagen bleibt er strikt auf kirchliche Überlieferungen und Traditionen bezogen.³⁴ Deshalb spiegelt sein Werk in Aufbau und Inhalt die seit Jahrhunderten gewachsenen Traditionen der kanonistischen Definition von Gesandtschaft wieder. Aus demselben Grund erreicht er darin eine solche, ansonsten in seiner Zeit nirgends auch nur in Ansätzen vorhandene systematische Vollständigkeit und ebenfalls deshalb bedient er sich eines klassischen, dennoch vorhumanistischen Lateins, das selbst in der gelehrten Traktatliteratur seiner Zeitgenossen unüblich war. Die dem königlichen Hof verbundenen Autoren wählten in der Mitte des 15. Jahrhunderts häufig bereits die französische Sprache.

Rosier muß also nicht nur weiterhin als singulärer Zeuge für seinen Gegenstand gelten, sondern auch ein zwar der königlichen Diplomatie des Pariser Hofes verbundener, nicht aber von dessen Verfahrensformen und Wertsetzungen nachhaltig beeinflusster Autor. Daraus erklärt sich schließlich, weshalb er in seiner Terminologie von dem Gebrauch der höfischen Überlieferung abweicht. Er differenziert einleitend sorgfältig die Titulaturen des *ambaxiator*, des *nuntius*, des *procurator* und des *legatus*, die in dieser Reihenfolge in der Papstkurie beachtet wurden,³⁵ wohingegen am Königshof zwar der *nuntius*, als lateinisches Pendant zum französischsprachigen *ambassadeur*, vorkam, aber die übrigen Titel kaum verwendet werden und ihre hierarchische Ordnung praktisch unbekannt war.

Ganz entsprechend ist es zu verstehen, wenn er sich an vier Stellen seines Textes auf ein *ius gentium* bezieht, das zumeist auf die Rechtsherkommen der verschiedenen Völker zielt und in einem

³² De legatis et legationibus tractatus varii. Bernardi de Rosergio, *Ambaxiatorum brevilogus*. Hermolai Barbari, *De officio Legati*. Martini Garrati Laudensis, *De Legatis maxime principum*. Ex aliis excerpta qui eadem de re usque ad annum MDCXXV scripserunt, hrsg. v. Vladimir E. HRABAR, Dorpat 1905; der Text von ROSIER S. 1-28. Die außer ROSIER übrigen Autoren, deren Werke in der Edition zusammengeführt werden, sind als Angehörige italienischer Herrschaftsgebiete hier nicht berücksichtigt worden.

³³ Patrick ARABEYRE, *Un prélat languedocien au milieu du XV^e siècle: Bernard du Rosier, archevêque de Toulouse (1400-1475)*, in: *Journal des Savants* 1990, S. 291-326. Vgl. Riccardo FUBINI, *L'ambasciatore nel XV secolo: due trattati una biografia* (Bernard de Rosier, Ermolao Barbaro, espasiano da Bisticci), in: *Mélanges de l'École française de Rome. Moyen-Age, Temps modernes*, 108 (1996), S. 645-665, bes. S. 647.

³⁴ ARABEYRE, ebd., S. 314: „Bernard du Rosier n'a pas traité que de questions ecclésiastiques“.

³⁵ ROSIER, *Ambaxiator brevilogus* (wie Anm. 32), Prohemium, S. 3 f., cap. I, II, S. 4. Vgl. R. SCHMUTZ, *Médiéval Papal Representatives: Legatus, Nuncius, and Judges*, in *Studia Gratiana*, XV, 1972, p. 443-463.

einzigem Fall ausdrücklich das Völkerrecht bezeichnet: Die Gesandten könnten ihren öffentlichen Glauben (die beglaubigende Legitimation) aus dem Völkerrecht wie aus dem positiven Recht herleiten, weil sie ein öffentliches Amt ausübten, so formuliert Rosier. Subsidiär nennt er schließlich ihre Autorisierung aus dem Naturrecht, wie es üblich sei bei jedem Volk, in jedem Land und in jeder Nation.³⁶

3.2. Völkerrecht und Superiorität.

Die Frage, ob es in der Kultur der Hofpolitik, aus dem für die Herrschaftspraxis in den Königreichen ansonsten überaus wirkmächtigen Gewohnheitsrecht (*coutumes*), vielleicht in Verbindung mit einer Rezeption römisch-rechtlicher Verfahren, eine eigene Rechtsordnung gegeben habe, innerhalb derer sich die diplomatische Praxis legitimieren und entwickeln konnte, muß weiter offen bleiben. Allem Anschein nach war es nicht so.

Dennoch ist den beschriebenen Verfahren einer funktionalen Verschränkung von Verfahrensformen höfischer Politik mit Ordnungen des Rechts und der Verfassung an den Höfen nicht abzusprechen, daß sie eine verlässliche Grundlage für diplomatisches Handeln und die politische Gestaltung der „*internationalen*“ Kommunikation boten und auch in Krisenzeiten und Konfliktfällen ihre Tragfähigkeit bewiesen. Reich überlieferte Zeugnisse von den Gesandtschaftsreisen, Verhandlungen und Verträgen aus der Zeit des Hundertjährigen Krieges dokumentieren eine vielschichtig, rege Aktivität mit wirksamen Ergebnissen.

Es wird also zutreffend sein, hier eine Praxis am Werk zu sehen, die nicht auf eine ausformulierte konzeptionelle Theorie zurückgreifen konnte. Vielmehr war die Praxis zuerst entstanden und ging der später entwickelten Konzeptualisierung voraus. Zwei Besonderheiten sind dabei auffällig: Diese Konzeptualisierung war, erstens, nicht deduktiv angelegt. Sie leitete ihre Beschreibung der Praxis gerade nicht aus vorgegebenen höheren Idealvorstellungen ab. Vielmehr war sie induktiv angelegt, indem sie die bestehende Praxis beschrieb. Dabei verfuhr sie, zweitens, zwar im Ansatz deskriptiv, weil sie real gegebene Verfahren beschrieb. Sie verdichtete diese Beschreibung aber zu einer Norm, die ihrerseits Regeln und Ordnungsmuster für eine künftige Handhabung der Praxis formulierte.

Begriffe und Vorstellungen zur Beschreibung von Realität konnten in diesen Zusammenhängen entweder neu gewählt oder bekannte Termini konnten durch semantische Akzentuierungen neu definiert werden. So verhielt es sich mit dem Begriff des „*Völkerrechts*“. Ein „*Völkerrecht*“ für das späte Mittelalter zu reklamieren, ist folgerichtig der Sache nach gewiß zulässig, nicht aber dem Begriff nach geboten. Auch der Traktat des Bernard du Rosier zeigt, daß er mit der ihm verfügbaren kanonistischen Terminologie einen Erfahrungsbereich beschrieb, der ansonsten anders bezeichnet oder eben überhaupt nicht beschrieben war. An der Qualität dieses Erfahrungsbereichs als historische Realität kann dennoch keinesfalls gezweifelt werden. Ganz offensichtlich gab es auch einen zeitgenössischen Diskurs dazu, vielleicht als ein geäußertes Verlangen nach Klärung von Begriffen und Beschreibung von Normen, auf die Rosier mit seiner Zusammenstellung reagiert hat.

Das „*Völkerrecht*“ im späten Mittelalter ist demnach ein Phänomen „*avant la lettre*“. So verstand und erklärte es bereits Du Mont, der Bearbeiter des vielbändigen, bis heute unentbehrlichen Quellenwerkes „*Corps universel diplomatique du droit des gens* [contenant un recueil des traitez, d'alliance, de paix, de treve, de neutralité, de commerce, d'échange, de protection et de garantie, de toutes les conventions, transactions, pactes, concordats, et autres contracts, qui ont été faits en Europe, depuis le Regne de l'Empereur Charlemagne jusques à present] [...]“, dessen barocker Titel bereits die kaum zu bewältigende Materialfülle verrät, der sich Du Mont in den Archiven ausgesetzt sah. In den Zeugnissen aus der Zeit des Mittelalters findet sich auch dort kein Nachweis eines Begriffs von Völkerrecht. Daher erklärte Du Mont im ersten Mittelalter-Band seiner Sammlung 1726, er behandle in seinem Werk unter dem Titel „*Droit des gens*“ « non un *Corps de Doctrine*, à la manière des savans Traitez de Grotius, et de Puffendorf, ; mais un *Corps Diplomatique* où seront recueillis, tous les principaux Traitez, Accords,

³⁶ ROSIER, ebd., cap. 24, S. 24 f.: *Fidem plenam ... ambaxiatores habent de iure gentium et communi positivo auctoritatem et aprobacionem, quam ipsi et eorum officio ius naturale secundarium tradidit in omni gente patria et nascione.*

Conventions, Confederations, Armistices, et Pacifications, qui ont été faites entre les Princes, et Etats de l'Europe ». ³⁷

Grundsätzlich hat sich an der Tragfähigkeit dieses methodischen Vorgehens bis heute nichts geändert. Wilhelm Grewe, der Bearbeiter des 1995 vorgelegten Bandes der *Fontes Historiae Juris Gentium* zu den antiken und mittelalterlichen Überlieferungen rubriziert die Belegstücke diverser Quellengattungen von der Spätantike bis 1493 unter der schlichten Überschrift „*Mittelalterliches Völkerrecht*“. ³⁸ Eine verbreitete Kategorisierung, wonach das Mittelalter weder eine Fortsetzung der antiken Entwicklung des Völkerrechts (*ius gentium*) noch eine Grundlegung für die spätere neuzeitliche Weiterentwicklung zum sogenannten „*klassischen Völkerrecht*“ seit dem 17. Jahrhundert geleistet habe und deshalb „für die Völkerrechtsentwicklung wenig interessant“ sei, wird leider bisweilen noch immer unreflektiert fortgeschrieben. ³⁹ Die demgegenüber geschlossene Chronologie der Völkerrechtsgeschichte auch während der Epochen des Mittelalters, wie sie beispielsweise das Handbuch von Karl-Heinz Ziegler 1994 bietet, macht die selbstverständliche Fortexistenz völkerrechtlicher Praxis während des Mittelalters deutlich. ⁴⁰ Einen terminologiegeschichtlich wie epochenhistorisch neuen und weiterführenden Ansatz bietet gegenwärtig Heinhard Steiger (erstmalig 2000) mit der Etablierung des Begriffs eines Zwischenmächterechts für das frühe Mittelalter. ⁴¹ Entsprechende Überlegungen sind für das späte Mittelalter bislang nicht vorgelegt worden.

Weiterhin wird also davon auszugehen sein, daß 1. eine dem Völkerrecht in der Sache, wenn auch nicht unbedingt dem Begriff nach entsprechende diplomatische und politische Praxis im westeuropäischen Spätmittelalter bestanden hat, 2. diese Praxis der theoretischen Konzeptualisierung vorausging oder von ihr zumindest unabhängig war, 3. Praxis und Theorie des Völkerrechts sich auf eine übergreifende, unverfügbare Rechtsordnung für das diplomatische und politische Handeln in der „internationalen“ Kommunikation bezogen, näherhin der „internationalen“ Konfliktpolitik.

Ein Rückgriff auf den römisch-antiken Begriff des *ius gentium* wäre gewiß denkbar gewesen. Sie bot sich aber kaum an, weil es nicht um eine theoretische Begriffsbildung, sondern um die praktische Bedeutung des damit Gemeinten in Diplomatie und Herrschaftspolitik zu tun war – und weil das römische Völkerrecht im Grundsatz ein Eroberungsrecht war. ⁴² Deshalb haben die spätantiken christlichen Autoren den Begriff dezidiert eingeschränkt verwendet und damit eine fortwirkende Tradition angestoßen. Sie suchten folgerichtig nach einer naturrechtlichen Begründung menschlicher

³⁷ Corps universel diplomatique du droit des gens, contenant un recueil des traitez, d'alliance, de paix, de treve, de neutralité, de commerce, d'échange, de protection et de garantie, de toutes les conventions, transactions, pactes, concordats, et autres contracts, qui ont été faits en Europe, depuis le Regne de l'Empereur Charlemagne jusques à present, Avec les capitulations imperiales et royales, les sentences arbitrales et souveraines dans les causes importantes, les déclarations de guerre, les contrats de mariage des grands princes, leurs testaments, donations, renonciations, et protestations, les investitures de grands fiefs : les erections des grands dignités, celles des grandes compagnies de commerce, et en général de tous les titres, sous quelque nom qu'on les désigne, qui peuvent servir à fonder, établir, ou justifier les droits et les interets des princes et etats de l'Europe, par A. J. du Mont, Baron de Carels-Crooon, Ecuier, conseiller, et historiographe de sa Majesté imperiale et catholique. Tome I, Partie I, Amsterdam, a la Haye 1726,1, S. I.

³⁸ *Fontes Historiae Iuris Gentium*. Quellen zur Geschichte des Völkerrechts. Sources relating to the History of the Law of Nations, hrsg. v. Wilhelm Grewe, 1. 1380 v. Chr.-1493, Berlin/New York 1995, Teil D, S. 236-738. Wilhelm G. Grewe, *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden ²1988.

³⁹ Walter KÄLIN, Astrid EPINEY, *Völkerrecht. Eine Einführung*, Bern 2003, S. 2.

⁴⁰ Karl-Heinz ZIEGLER, *Völkerrechtsgeschichte*, München 1994: Kap. 5: Frühes und hohes Mittelalter (800-1300), Kap. 6: Spätmittelalter (1300-1500).

⁴¹ Heinhard STEIGER, *Vom Völkerrecht der Christenheit zum Weltbürgerrecht: Überlegungen zur Epochenbildung in der Völkerrechtsgeschichte*, in: Reich, Regionen und Europa in Mittelalter und Neuzeit, hrsg. v. Paul-Joachim HEINIG, Sigrid JAHNS, Hans-Joachim SCHMIDT, Rainer Christoph SCHWINGES, Sabine WEFERS, (*Historische Forschungen*, 67), Berlin 2000, S. 171-187. Grundlegend noch immer: Ders., Art. Völkerrecht, in: *Geschichtliche Grundbegriffe*, 7, (Stuttgart 1979, ND) 2004, S. 97-140.

⁴² Max KASER, *Ius gentium (Forschungen zum römischen Recht, 40)*, Köln/Weimar/Wien 1993. Claudine AULIARD, *La diplomatie romaine. L'autre instrument de la conquête. De la fondation à la fin des guerres samnites 755-290 av. J.-C.* (Collection « Histoire »), Rennes 2006.

Gemeinschaften. Dieser Ansatz ist sehr viel später, in der Hochscholastik, wieder aufgegriffen und fortgeführt worden.⁴³

Gleichzeitig entstanden im 13. Jahrhundert theologische Werke, bald auch Fürstenspiegel, die sich mit der Frage nach den Rangverhältnissen in der zeitgenössischen Gesellschaft, insbesondere unter den Fürsten, beschäftigten.⁴⁴ Daß hier die Wertsetzungen der Hofkultur in den gelehrten Diskurs über die naturrechtliche Begründung der menschlichen Gesellschaft eingingen, ist offensichtlich. In seinem dem französischen Kronprinzen dedizierten Fürstenspiegel von 1278 folgerte der Augustiner-Eremit und Schüler Thomas von Aquins, Aegidius Romanus (um 1243-1316), die Menschen hätten als natürliche Lebewesen in ihrem körperlichen Leben wie alle anderen Anteil an einem *ius animalium*, insofern sie vernunftbegabt seien, und gehörten zugleich zum Geltungsbereich eines *ius gentium*, etwa wenn sie Verträge untereinander abschlossen. Die Bezugnahme auf die Handlungspraxis gab dieser Vorstellung des Aegidius Überzeugungskraft. Anders als der Traktat Rosiers in seiner Zeit war Aegidius gerade kein „einsamer Denker“, sondern drückte aus, was allgemein unter den Gelehrten und an den Höfen der Zeit überlegt wurde. Auch deshalb war die Wirkung seiner Schriften erheblich.

Erst in der theoretischen Überlegung während der folgenden Jahrhunderte verlor sich dann die Einbeziehung des *ius animalium* zugunsten einer Konzentration auf das *ius gentium*. Es wurde einerseits als Gegenüberstellung zum *ius naturale* in einer Lehre der Unterscheidung der Rechte weiterentwickelt, wie sie noch bei Rosier durchscheint und gleichzeitig bei dem ebenfalls kanonistisch geschulten Peter von Andlau (1420-1480) ausgeführt ist. Er unterschied das allen Menschen von Gott gegebene Naturrecht von einem staatspolitisch und herrschaftstheoretisch verstandenen Völkerrecht, das Fürstentümer und Herrschaftsgebiete in die Welt gebracht habe.⁴⁵ Diese Vorstellung findet sich noch in Rechtstraktaten des 17. Jahrhunderts.

Die diplomatische und politische Praxis der internationalen Kommunikation trifft diese gelehrte Reflexion und mit ihr der verwendete Völkerrechtsbegriff nicht. Insofern kann festgehalten werden, daß der Begriff des *ius gentium* zwar in der mittelalterlichen Konzeption von Herrschaftspolitik vorkam, aber nicht im Nachdenken über den praktisch funktionalen Prozeß der internationalen Verständigung, wie ihn die begrifflich ungeprägte oder anders bestimmte politische Hofkultur kannte.

Statt dessen entwickelte sich aus dem Grundproblem der Rangunterschiede und ihrer Handhabung in der diplomatischen Praxis als typischem, vorreflexivem Gegenstand der höfischen Welt die entscheidende argumentative Grundlage für eine Beschreibung der Praxis internationalen Konflikthandelns. Vielfältige Überlieferungen belegen diesen Vorgang bis in das späte Mittelalter hinein. Sie gehören aber nicht vorherrschend den Textgattungen der politischen Theorie an, sondern sind in urkundlichem Material, in Chroniken und schließlich in der Traktatliteratur erhalten. Der Kernbegriff, der jetzt die entscheidende Rolle spielte, war *superioritas*.

Auf eine Formel gebracht, bedeutete dies: Wer als Herrscher niemandes Superiorität über sich anerkennen wolle und müsse, der sei selbst souverän und könne nach innen und außen frei handeln. Er sei nur noch Gott unmittelbar verantwortlich. Zwischen den Fürsten, insbesondere zwischen dem Kaiser und den Königen, auch zwischen Kaiser und Königen auf der einen, der päpstlichen Kurie auf der anderen Seite, entstanden nun erregte Auseinandersetzungen darüber, wer einem anderen gegenüber *superior* sei, wer Superiorität reklamieren dürfe und wer sie anzuerkennen habe. Noch nicht begrifflich gefaßt, aber in der Konzeption durchaus zu Ende gedacht, bedeutete diese Überlegung: Wer niemanden über sich

⁴³ Fontes Historiae Iuris Gentium (wie Anm. 38), I, S. 270-273

⁴⁴ Martin KINTZINGER, Superioritas. Rechtlichkeit als Problem bei internationalen Konflikten, in: Rechtsverständnis und Konfliktbewältigung. Gerichtliche und außergerichtliche Strategien im Mittelalter, hrsg. v. Stefan ESDERS, Köln/Weimar/Wien 2007, S. 363-378. Derzeit im Druck: Ders., Thinking international law in late Medieval Europe, in: Universality and Continuity in International Law, hrsg. v. Thilo Marauhn, Heinhart Steiger.

⁴⁵ Peter von ANDLAU, Kaiser und Reich. Libellus de Cesarea Monarchia, hrsg. v. Rainer A. Müller (Bibliothek des deutschen Staatsdenkens, 8), Frankfurt/M./Leipzig 1998, tit. II, S. 24: *Cum ab origine rerum equa omnium hominum sit condicio, contraque jus naturale, quo cunctos mortales libertate potiri disposuit Deus, principatus dominiaque terrarum jus dumtaxat gentium induxerit mundo ...*

anerkennen muß und selbst souverän ist, hat als selbständiges Subjekt innerhalb des Völkerrechts zu gelten.

Statt diese Schlußfolgerung zu ziehen, blieb man allerdings dabei, die altbekannten, aus den Traditionen der Hofkultur vertrauten Rangkonflikte durchzudeklinieren. Seit dem 13. Jahrhundert ließ sich beispielsweise der König von Frankreich zuschreiben, *in regno suo princeps* zu sein.⁴⁶ Bald verkürzt auf eine griffige Formel gebracht hieß es fortan *rex imperator in regno suo*. In der höfischen Literatur des 14. und 15. Jahrhunderts wurde dieses Thema gern aufgegriffen und variiert. Fiktive Dialoge, eine moderne Textgattung an den Höfen, nahmen den Lehrsatz als These auf und spielten in scholastischer Manier Verteidigung und Widerrede durch.⁴⁷ Mehr noch: Die höfische Propaganda konnte mit diesem Lehrsatz internationale Politik betreiben. Bei Herrscherbegegnungen wurde peinlich genau darauf geachtet, dem Kaiser im Königreich Frankreich keine Vorrechte einzuräumen.⁴⁸ Das eindrucksvolle Bild von den kaiserlichen Gesandten vor dem Thron des französischen Königs aus der Hofchronistik in der Neufassung des 15. Jahrhunderts illustriert genau diesen Satz.

Dem französischen König zugeschrieben hatte ihn der rechtsgelehrte Jean de Blanot (gest. in oder nach 1281). Als Legist gehörte er zu jenen am Hof, die ihrem König geeignete Erklärungen einer politischen Theorie und durchaus auch einer politischen Theologie an die Hand gaben, um seine besonders herausgehobene Stellung unter den Monarchen Europas damit zu begründen. Neben grundsätzlichen, allgemeinen Abhandlungen fanden sich jetzt vermehrt auch solche, die aus einer aktuellen Krisensituation heraus entstanden waren.

Die bekannteste Variante des Lehrsatzes vom *rex imperator* prägte hingegen ein italienischer Legist, der in Pavia lehrende Baldus de Ubaldis (um 1327-1400). Ursprünglich auf die Kommune als den ihm vertrauten Lebensraum gemünzt, wandte er seinen Satz verallgemeinert auf die königliche Territorialherrschaft an: *Rex in regno suo est imperator regni sui*.⁴⁹ Damit war er auf jede Königsherrschaft genau so anwendbar, wie es in Frankreich geschah. Ob Baldus solche politische Instrumentalisierung voraussah, kann bezweifelt werden.

Hingegen wäre es durchaus denkbar, daß er damit ursprünglich eine Aussage zum Völkerrecht treffen wollte. Denn gleichzeitig suchte und fand Baldus als erster eine schlüssige Erklärung für das bislang ungelöste Problem, wie eine übergeordnete, bindende und nicht verfügbare Rechtsvorstellung begründet werden könnte. Er entwickelte seine Idee aus dem bekannten *superioritas*-Diskurs durch einen einfachen logischen Schritt: Auch wenn man niemand Höheren über sich anerkennen muß und selbst souverän ist, so ist damit keineswegs ausgeschlossen, die Idee einer höheren Werteordnung als Rechtsvorstellung anzunehmen. Die Selbstvergewisserung, wonach souverän sei, wer keinen Superior kenne, führte zwangsläufig zu der Frage, was in einem Konfliktfall zwischen zwei Superiores geschehe.

Baldus griff dieses Szenario auf, konstruierte einen solchen Konfliktfall und gab dann der Vorstellung einer übergreifenden, die Konfliktparteien verpflichtenden und damit zur Überwindung ihres Streites veranlassenden höheren Idee einen Namen: *ius gentium: ius gentium est quod ... omnes gentes quasi pereque utuntur, quod semper et bonum et equum, et sine quo homines non possent vivere*.

Baldus' Definition des *ius gentium* entdeckte den zwischenzeitlich anders akzentuierten Begriff völlig neu, hatte nichts mehr mit den römischen Ursprüngen zu tun und unterscheid sich von allen sonstigen Deutungsversuchen darin, daß es ihm nicht um die deduktive Konstruktion des Begriffes ging. Vielmehr wollte er ihm eine geradezu induktiv aus der Typik einer Konfliktsituation erschlossene Bedeutung geben, diejenige einer vorzeitig schon vorhandenen Idee einer intentionalen Gemeinsamkeit. Selbstverständlich war diese Begriffsprägung des politisch denkenden Legisten Baldus nicht als theoretisches Konstrukt gedacht, sondern zielte auf die politisch-diplomatische Praxis. Auf dieser

⁴⁶ KINTZINGER, *Superioritas* (wie Anm. 44), S. 373.

⁴⁷ Vittorio HÖSLE, *Der philosophische Dialog. Eine Poetik und Hermeneutik*, München 2006. Hierzu künftig auch: Martin Kintzinger, *Duell, Disput, Dialog. Streitkulturen im Spätmittelalter*.

⁴⁸ Martin KINTZINGER, *Der weiße Reiter. Formen internationaler Politik im Spätmittelalter*, in: *Frühmittelalterliche Studien* 2003 [2004], S. 315-353, Tafeln IX-XII.

⁴⁹ Peter WEIMAR, *Art. Baldus de Ubaldis*, in: *Lexikon des Mittelalters*, 1, München/Zürich 1980, Sp. 1375 f.

Grundlage wurde es später, seit dem Übergang vom Mittelalter zur Frühen Neuzeit möglich, globale Friedensordnungen und Konferenzen zur Friedenspolitik abzuhalten, die nicht mehr unvermeidlich an den Rangstreitigkeiten der Fürsten scheiterten. Erste Anregungen dazu, so von Pierre Dubois bereits 1306 und von Georg Podiebrad mit geradezu moderner Systematik 1462, waren deshalb noch chancenlos geblieben. Sie waren ihrer Zeit insofern weit voraus und es mag ihr Schicksal gewesen sein, daß sie eine theoretische Konzeption entwarfen, die keinen Raum in der praktischen Realität fand. Der gegenläufige Weg, die Realität in einer sie nachzeichnenden Theorie mit neuen Ideen zusammenzuführen, war offenbar erfolgversprechender. Auf den großen Generalkonzilien in der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts hatte man sich darum erfolgreich bemüht.⁵⁰ Schon Baldus war so verfahren und hatte damit dem Völkerrecht im ausgehenden Mittelalter einen ersten gangbaren Weg gewiesen.

Naturrechtliche Ansätze sind bei der Definition des Baldus nicht zu übersehen. Wenn spätere Erklärungen das Völkerrecht aus der Anerkennung eines vorgeordneten Ideals und der Notwendigkeit programmatischer Friedenspolitik zugleich definierten, blieben sie noch immer denselben Vorstellungen verhaftet wie sie Baldus erstmals formuliert hatte. Insbesondere der Ansatz der spanischen Spätscholastiker des 16. Jahrhunderts ging von sehr ähnlichen (wenn auch weitaus systematischer gefaßten) methodischen Prämissen zum Verhältnis einer theoretischen Konzeption zu einer ihr vorausgehenden Praxis aus. Daß deren Vorstellungen, entstanden vor dem Hintergrund der Entdeckung der Neuen Welt und unter dem Eindruck der Reformation, eine wesentliche Voraussetzung für die erstmalige Formulierung der Völkerrechtslehre im 17. Jahrhundert waren, ist bekannt.⁵¹ Die seit dem 13. Jahrhundert bekannte Unterscheidung von *ius naturale* und *ius gentium*, in der legistischen Reflexion des Spätmittelalters konzeptionell überbrückt, wurde nun wieder betont und damit zugleich ein Gegensatz zwischen Souveränität und Völkerrecht postuliert.⁵²

Indem Baldus de Ubaldis fast zweihundert Jahre zuvor die alte Werteordnung der Hofkultur und die neue Idee von allgemein geltenden Ordnungen des Rechts und der Verfassung auf bis dahin unbekannte Art zusammendachte, löste er bereits eine Herausforderung der politischen Praxis an das wissenschaftliche Denken, die sich Jahrhunderte später erneut stellte und noch der heutigen Gegenwart von neuem aufdrängt: Wie man in globalen Konflikten eine überparteiliche Idealität als bindende Rechtsnorm postulieren könne, deren Anerkennung eine erfolgreiche Vermittlungs- und Friedenspolitik möglich werden läßt. Die Anfänge völkerrechtlicher Praxis und Theorie, so läßt sich nun resümieren, lagen in der Symbiose zwischen der politischen Kultur der Höfe und der Wirksamkeit von Rechtsvorstellungen im europäischen Spätmittelalter.

⁵⁰ In der aktuellen Forschung, insbesondere in Frankreich, wird derzeit an einer konzeptionellen Entsprechung zwischen den Vorstellungen Jean Gersons und Hugo Grotius' gearbeitet. Deren Nachweis könnte ein neues Licht auf die Reflexionen zum Völkerrecht im 15. Jahrhundert werfen. Für weiterführende Hinweise danke ich Heribert Müller (Frankfurt/M.).

⁵¹ ZIEGLER, Völkerrechtsgeschichte (wie Anm. 40), Kap. 7: Spanisches Zeitalter (1500-1648). Steiger, Art. Völkerrecht (wie Anm. 41), bes. S. 108-112. Werner Führer, Spätscholastik und Völkerrecht. Francisco de Vitorias Beitrag zum politischen Denken der Neuzeit, in: Spaniens Beitrag zum politischen Denken in Europa um 1600 (Wolfenbütteler Forschungen, 57), Wiesbaden 1994, S. 181-196. Als Quellenwerk: Francisco Su vgl. Ernst Feil, Religio, 2. Die Geschichte eines neuzeitlichen Grundbegriffs zwischen Reformation und Rationalismus (ca. 1540-1620) (Forschungen zur Kirchen- und Dogmengeschichte, 70), Göttingen 1997, Kap. 3: Spanische Spätscholastik, S. 117-148. Quellenausgaben: Francisco de Vitoria, *Relectio de Iure Belli o Paz Dinámica*. Escuela Espanola de la Paz. Primera generaci6n (Corpus Hispanorum de Pace, 69), hrsg. v. L. Perena, V. Abril, C. Baciero, A. Garcia, F. Maseda, Madrid 1981. Francisco de Vitoria, Vorlesungen, I, II. Völkerrecht, Politik, Kirche (Theologie und Frieden, 7, 8), hrsg. v. Ulrich Horst, Heinz-Gerhard Justenhoven, Joachim Stüben, Berlin u.a. 1995, 1997.

⁵² J. A. FERNÁNDEZ-SANTAMARIA, *The state, war and peace. Spanish political thought in the Renaissance 1516-1559*, Cambridge u. a. 1977, bes. S. 97-100 (zu Francisco de Vitoria).

LA DEFINITION DES DROITS DE LA PUISSANCE OCCUPANTE PAR LA COMMISSION ALLEMANDE D'ARMISTICE DE WIESBADEN, 1940-1942.

CLEMENT MILLON

Doctorant en cotutelle,
Faculté de droit de l'université de Lille2 / Université Goethe de Francfort-sur-le-Main
cmillon@hotmail.com

Le terme d'armistice apparaît vers 1688¹, mais il est peu usité jusqu'à la fin du XVIII^e siècle. Cet état² se distingue cependant peu à peu de la trêve, interruption temporaire des armes. L'armistice est en effet une convention signée entre des belligérants visant à une interruption du conflit, qui précède le plus souvent des pourparlers de paix. Sa période est donc conçue comme provisoire. L'acte de l'armistice est soumis aux règles du droit international public³, mais son déroulement dépend largement des rapports de forces et des conceptions juridiques des parties.

En juin 1940, les armées françaises reculent partout devant celles du *Reich*. Le gouvernement français, qui a décidé de ne pas quitter le territoire métropolitain menacé d'occupation totale, demande l'armistice le 16 juin 1940. Accepté le 18 juin, il n'est pas négocié, mais son texte est remanié par les seuls rédacteurs allemands. Ces derniers présentent la version finale le 22 juin, date de sa signature dans la clairière de Rethondes où fut scellé celui de 1918⁴. Il doit entrer en vigueur six heures après la signature d'un armistice avec l'Italie, qui intervient le 25 juin 1940⁵.

Une Commission est chargée de l'exécution de la convention. Le texte prévoit en outre la constitution d'une délégation française⁶. Le général Weygand la conçoit comme un organe diplomatique, mais elle prend le nom de « *délégation française auprès de la Commission allemande d'armistice* ». Le général Weygand est conscient des difficultés qui peuvent naître des relations avec les Allemands. En effet, il a une expérience similaire, acquise avec l'armistice de 1918⁷, puis à la Commission interalliée⁸. Les mentalités

¹ Selon *The great French Dictionary*, London, 1688, in *Dictionnaire étymologique et historique*, Larousse, Paris 1964, p. 46.

² Le mot vient du latin *armistitium*. Il est créé sur le modèle de *justitium* (de *arma* et *sistere*).

³ Dans un souci d'uniformisation, nous adoptons ici la terminologie générale de droit international public de préférence aux termes de *Völkerrecht* et de droit des gens.

⁴ Le mimétisme avec l'armistice de 1918 ne s'arrête pas à l'utilisation symbolique du wagon de Rethondes. L'armistice du 11 novembre 1918 avait été imposé à l'Allemagne. Ce n'est pas une simple cessation des hostilités. Il s'agit déjà d'empêcher les Allemands de reprendre le combat. Ces derniers se voient donc imposer des conditions militaires lourdes. L'armistice est valable jusqu'à la signature d'un traité de paix. Ces conditions se retrouvent en 1940 dans l'article 5 de la convention : « Comme garantie de la stricte observation des conditions de l'armistice, il pourra être exigé que toutes les pièces d'artillerie, les chars de combat, les engins antichars, les avions militaires, les canons de la D.C.A., les armes d'infanterie, tous les moyens de traction et les munitions des unités de l'armée française engagées contre l'Allemagne soient livrés en bon état. La Commission allemande d'armistice décidera de l'étendue de ces livraisons. Il peut être renoncé à la livraison d'avions militaires si tous les avions encore en possession des armées françaises sont désarmés et mis en sécurité sous le contrôle allemand ».

⁵ Article 23 de la convention d'armistice : « Cette convention d'armistice entrera en vigueur dès que le gouvernement français sera également arrivé avec le gouvernement italien à un accord relatif à la cessation des hostilités. La cessation des hostilités aura lieu 6 heures après que le gouvernement italien aura annoncé au gouvernement du *Reich* la conclusion de cet accord. Le gouvernement du *Reich* fera connaître par radio ce moment au gouvernement français ».

⁶ L'article 22 du texte du 22 juin 1940 stipule que « une commission d'armistice allemande agissant sous le contrôle du Haut-Commandement allemand réglera et contrôlera l'exécution de la convention d'armistice. La commission d'armistice est en outre appelée à assurer la concordance nécessaire de cette convention avec la convention d'armistice italo-française. Le gouvernement français constituera au siège de la convention d'armistice allemande une délégation chargée de représenter les intérêts et de recevoir les ordres d'exécution de la Commission allemande d'armistice ».

⁷ Maxime WEYGAND reste discret sur son rôle. Son ouvrage intitulé *Le 11 novembre*, Paris, Flammarion, 1932, se veut un hommage aux combattants du front. Pourtant, secondant Foch à son état-major, il est présent à ce titre dans le

allemandes sont fortement imprégnées par les événements de 1918. Le territoire allemand n'a pas été envahi à la conclusion de l'armistice du 11 novembre. Alors que le pouvoir est acculé par la situation militaire et politique à chercher rapidement la fin des hostilités militaires, l'idée se répand que l'armée n'était pas défaite à cette date, mais vaincue par l'intérieur⁹. La paix de Versailles est vue en Allemagne comme un *Diktat* dont la révision est largement souhaitée¹⁰.

Cependant, toute référence au traité maudit est écartée en 1940¹¹. En effet, les conditions avancées par les Allemands doivent être acceptables pour ne pas être rejetées par les Français. L'apparente modération des conditions d'armistice ne se retrouve pas dans le fonctionnement de la Commission. Weygand considère la présence de Français comme une victoire et comme une nécessité. Toutefois, la partie française, n'a pas la place espérée. Lorsqu'elle est organisée le 28 juin 1940, la délégation française ne siège pas à Wiesbaden auprès de la Commission allemande. De petites vexations se chargent de rappeler au vaincu sa condition ; hôtel éloigné, surveillance par les troupes allemandes, militaires de la délégation désarmés... Tel est le protocole appliqué entre 1940 et 1942 dans les rapports entre les Allemands et les Français au sein de la Commission allemande d'armistice. C'est le décor des échanges de cette période¹². Ces derniers portent, en plus des importants aspects militaires, sur les droits de la puissance occupante. Sur ce point, les représentants allemands appuient leurs positions sur l'interprétation qu'ils estiment être conforme au droit international public posé par la convention de La Haye du 20 juillet 1899¹³.

La Commission n'est pas une instance de résolution des conflits rassemblant des représentants de deux pays placés sur un pied d'égalité. Elle vise à fixer quels sont les droits de la puissance occupante, en particulier quant à l'interprétation de l'article 3 de la convention d'armistice : « *Dans les régions françaises occupées, le Reich allemand exerce tous les droits de la puissance occupante* ». Toute la question est de savoir ce que ces termes recouvrent. La pratique de l'occupation est celle d'une Allemagne nazie outrepassant largement les droits que lui confère l'armistice, en violation flagrante et croissante du droit international public. Pourtant, les dirigeants du *Reich* affichent un juridisme visant à défendre toutes leurs actions par un fondement tiré du droit international public. Mais la définition des droits de la puissance occupante est toujours plus extensive pendant le conflit. La Commission allemande d'armistice est avisée des dépassements et se borne à la transmission d'informations à sa délégation française. Telle est la procédure entre 1940 et 1942.

La question de la Commission allemande d'armistice joue un rôle central à cette époque. Son caractère d'instance de résolution des conflits inégalitaire et non délibérative est important à souligner pour deux raisons. D'une part, la place de la Commission est une des premières questions qui ait été traitée dans l'historiographie relative à la seconde guerre mondiale en France. Elle appuie l'opinion, transmise par les défenseurs de Vichy, selon laquelle la convention d'armistice seule, a réglé la question des rapports franco-allemands. Privilégier l'étude des travaux de la Commission d'armistice, c'est vouloir la montrer comme un organe de négociations et de collaboration, sous les ordres du régime de Vichy.

wagon de Rethondes. On consultera la biographie due à Bernard DESTREMEAU, *Weygand*, Paris, Perrin, 2001.

⁸ Cette Commission est chargée de contrôler l'application des clauses de l'armistice de 1918.

⁹ Comme le résume le récent ouvrage de Margaret MACMILLAN, « en dépit de ce que devaient prétendre plus tard les généraux Ludendorff et Hindenburg (et le caporal Adolf Hitler), l'armée allemande avait essuyé une défaite décisive sur le terrain avant que le gouvernement ne demande un armistice et que le régime ne s'effondre », *Les artisans de la paix*, Paris, Lattès, 2006, p. 223.

¹⁰ Une étude datant de la seconde guerre mondiale montre la réception en Allemagne du traité de Versailles du 28 juin 1919. Alma Maria LUCKAU, *The german delegation at the Paris peace conference*, New York, Columbia university press, 1941.

¹¹ Un paragraphe de l'article 3 de la convention d'armistice était initialement rédigé ainsi : « Les terres d'Empire (selon l'expression consacrée de *Reichsland*) d'Alsace et Lorraine séparées du *Reich* par la paix de Versailles reviennent avec effet immédiat sous la pleine souveraineté étatique et administrative du *Reich* allemand ». Il est rayé de la version finale présentée le 22 juin 1940. Voir Archives de la Commission allemande d'armistice, AN, AJ 40 1354.

¹² Ces conditions rappellent comment les plénipotentiaires allemands ont été traités à l'ouverture des discussions devant mener au traité de Versailles. Pour Maurice BAUMONT « Confinés à Versailles dans des hôtels que barraient des palissades, ils ne furent appelés [...] à comparaître devant les auteurs du traité que pour prendre connaissance du règlement de comptes qu'on leur imposait en paroles tranchantes », *La Faillite de la paix*, (1918-1939), tome 1, De Rethondes à Stresa (1918-1935), Paris, P.U.F., 1951, p. 67.

¹³ L'article 43 de la convention de La Haye stipule que « l'autorité du pouvoir légal ayant passé de fait entre les mains de l'occupant, celui-ci prendra toutes les mesures qui dépendent de lui en vue de rétablir et d'assurer, autant qu'il est possible, l'ordre et la vie publique, en respectant, sauf empêchement absolu, les lois en vigueur dans le pays ». Waltzog ALPHONS, *Recht der Landkriegsführung*, Berlin, Vahlen, 1942, p 77.

D'autre part, les actes de la Commission allemande d'armistice ont été longtemps une des principales sources utilisées, avant que les archives ne soient davantage ouvertes¹⁴. Ils donnent l'image d'une instance de résolution des conflits. Les témoignages en ce sens d'anciens acteurs de la période sont nombreux. Ils vont dans ce sens justificateur évoqué précédemment¹⁵. Du côté allemand, l'idée désormais contestée y est défendue, selon laquelle l'Allemagne s'est appuyée sur la seule convention d'armistice et a respecté le droit de la guerre¹⁶, à la lumière du droit international public. De nombreux témoignages d'anciens responsables des autorités d'occupation viennent appuyer cette thèse¹⁷.

En réalité, la Commission apparaît comme un organe de justification des mesures prises par le commandement militaire d'occupation en France. Nous verrons comment elle y est parvenue en étudiant d'abord son fonctionnement général (I), avant d'exposer les droits de la puissance occupante tels qu'ils furent définis par la Commission (II).

I. LE FONCTIONNEMENT GENERAL DE LA CAA COMME INSTANCE DE RESOLUTION DES CONFLITS.

La Commission allemande d'armistice est placée sous l'autorité du haut commandement militaire allemand. Ce dernier, dirigé par un général Brauchitsch complaisant à l'égard du pouvoir politique, est sous le commandement réel d'Adolf Hitler.

Au sein de la Commission d'armistice allemande, les débats sont menés par le général Carl-Heinrich von Stülpnagel, dont il faut noter qu'il prendra la tête du *Militärbefehlshaber in Frankreich*, c'est-à-dire le commandement militaire allemand en France en 1942¹⁸. Son chef d'état-major est le lieutenant-colonel Böhme, qui a pris part à l'élaboration de la convention et apparaît comme un personnage central dans cet organe¹⁹. La Commission instituée par l'article 22 précité est essentiellement chargée de veiller à l'exécution des clauses du texte et de régler les problèmes juridiques qui résultent de son application.

Le texte semble se référer directement au droit international public en vigueur, en particulier à la convention de La Haye qui fixe depuis 1899 le statut de l'occupation militaire d'un territoire. Il veut donner les apparences du respect du droit international public.

Mais qu'en est-il réellement, au-delà de la lettre de la convention, dans la pratique entre 1940 et 1942 ? En liminaire, il est nécessaire de poser deux questions. D'abord, on peut s'interroger sur le point de savoir s'il existe un droit international public national-socialiste. Ensuite, il faut se demander si la convention d'armistice est aussi conforme au droit international public de l'époque que le proclament ses rédacteurs.

Sur le premier point, nous dirons plutôt qu'il existe des interprétations du droit international public sous le national-socialisme. Toutes acceptent le nouveau régime et défendent l'Allemagne nazie. Elles se veulent

¹⁴ En particulier, le recueil suivant est une source majeure : délégation française auprès de la Commission allemande d'armistice, *Recueil de documents publiés par le gouvernement français de 1952 à 1955 sur la Commission*, 5 volumes, Paris, La Documentation française, 1947-1959.

¹⁵ On ne peut tout citer mais on retiendra les Mémoires de Weygand, *Rappelé au service*, 1950 ; celle d'Yves Bouthillier, ministre de Vichy, *Le drame de Vichy* et notamment le tome 1, au titre évocateur *Face à l'ennemi, face à l'allié*, Paris, Plon, 1950. Traitant directement de la l'application de l'armistice, on retiendra les ouvrages du général Marcel-Victor VERNOUX, *Wiesbaden, 1940-1944*, Paris, Editions Berger-Levrault, 1954 et de Maurice CATOIRE, *La Direction des Services de l'Armistice à Vichy*, préfacé par Maxime WEYGAND, Paris, Editions Berger-Levrault, 1955.

¹⁶ La notion de *Kriegsrecht* est alors en concurrence avec celle de *Wehrrecht*. Nous nous contentons ici d'examiner le droit de l'occupation militaire, sans pouvoir entrer ici dans l'analyse de ces matières.

¹⁷ On retiendra l'ouvrage justificateur de Böhme, acteur direct de la convention, dont l'ouvrage fait toujours référence, mais qui apparaît comme un témoignage : Hermann BÖHME, *Der deutsch-französische Waffenstillstand im zweiten Weltkrieg*, Stuttgart, deutsche Verlagsanstalt, 1966.

¹⁸ Réputé cultivé et courtois, l'officier contribue dans sa première fonction à faire évoluer quelque peu les attributions de la Commission et à donner le change aux Français. Durant la période qui nous intéresse, de 1940 à 1942, les discussions franco-allemandes peuvent faire illusion. C'est la thèse de Heinrich BÜCHELER, *Carl-Heinrich von Stülpnagel : Soldat, Philosoph, Verschwörer*, Berlin, Ullstein, 1989. Nommé à la tête du *Militärbefehlshaber* à Paris, il succède en février 1942 à son cousin Otto von Stülpnagel.

¹⁹ Il est symptomatique que plus de vingt ans après les faits, ce dernier se demande si la convention du 22 juin 1940 était vraiment un armistice. Hermann BÖHME, *op. cit.*, p. 117.

plus ou moins proches de l'idéologie nationale-socialiste²⁰. Mais il reste que le national-socialisme ne réfute pas l'existence d'un droit international public. Il l'utilise à ses desseins.

La question s'est déjà posée avant la prise du pouvoir. Le programme du parti pose comme un des objectifs principaux la révision du traité de Versailles. C'est donc dès avant leur prise de pouvoir que les nationaux-socialistes, c'est-à-dire les arcanes du parti national-socialiste (*N.S.D.A.P.*) envisagent la façon dont ce traité sera révisé.

Un retour aurait pu être choisi à la doctrine des frères Philipp et Albert Zorn, qui réfutent l'idée même d'un droit international public ; seul existe le droit de l'Etat à l'étranger²¹. Mais cette conception est rapidement battue en brèche par la doctrine sous le troisième *Reich*²². Sur ce point, on peut encore se référer à l'étude qu'en a fait Eduard Bristler (pseudonyme de John Hermann Hertz)²³. L'idée-maîtresse défendue par la doctrine du droit international public sous le troisième *Reich* est la volonté de briser les chaînes du traité de Versailles. On veut le réviser dans ses articles, mais pas dans l'esprit de la *clausula rebus sic stantibus*, qui autorise un Etat à revenir sur ses engagements internationaux. Il s'agit pour l'Allemagne de mettre fin au *Diktat* qui avait pour objectif de casser la puissance allemande²⁴. L'armistice de 1940 a pour but de casser à son tour la puissance française qui est la cause du traité de Versailles dans ses origines et dans ses conséquences. C'est ainsi que la volonté d'effacer l'affront de l'occupation de la Rhénanie entre aussi dans ces considérations²⁵. C'est ainsi que le *Reich* avait entrepris de rassembler les Allemands.

Quant à la seconde question, à savoir si le droit international public en vigueur en 1940 est respecté dans la lettre de la convention, il faut apporter une réponse positive en ce qui concerne le régime des régions occupées. L'affirmation, selon les termes de l'article 3 de la convention du 22 juin 1940, que « dans les régions occupées de la France, le Reich allemand exercera tous les droits de la puissance occupante » est certes conforme au droit international public en vigueur, mais très favorable à l'occupant. Celui-ci fixe en effet l'étendue de ces droits, sans que l'autre partie ne puisse vraiment s'y opposer, sauf reprise des hostilités. Le problème réside, comme nous le verrons, dans ce que la convention d'armistice fait, point sur lequel s'oppose la doctrine²⁶. A la signature de l'armistice, le droit de la guerre, en l'espèce les questions relatives à « l'occupation », et le droit de l'armistice, la cessation du combat, sont interprétées à la lumière du droit international public de manière conforme.

Mais déjà, on s'éloigne de la pratique habituelle de l'armistice. En France, l'armistice est conçu comme provisoire par les politiques et précède en principe les pourparlers de paix. En fait, il s'avère durable. Il en résulte ce qu'il faut appeler un « régime de l'armistice » en construction et réellement en vigueur en 1941 et 1942. La première déception pour une partie au moins du gouvernement français vient de la durée d'application de l'armistice. Certaines dispositions du texte de l'armistice laissent penser à une situation provisoire, comme l'article 3 alinéa 2²⁷ ou l'article 24²⁸.

Ainsi, l'effet durable de l'application des conditions de l'armistice est pour les Allemands un argument en faveur du juridisme, c'est-à-dire de la conformité de leur pratique avec le droit international public²⁹. Une partie de la doctrine opte pour un régime pérenne de l'armistice³⁰. Cette littérature fut

²⁰ Le national-socialisme n'est pas un corps de doctrine uniforme ni très fixé. Le programme du parti national-socialiste est volontairement peu étoffé. Nous considérons ici qu'un défenseur du régime défend objectivement le troisième *Reich* national-socialiste, y compris par sa plume.

²¹ On consultera sur leur approche du droit international public Albert et Philipp ZORN, *Grundzüge des Völkerrechts*, Leipzig, Weber Verlag, 1903, 315 p.

²² Voir l'article de Ernst WOLGAST, „National-Sozialismus und internationales Recht“, in *Deutsches Recht*, 1934, p. 198; ou encore celui d'Otto VON SETHE, „Deutsche Völkerrechtswissenschaft seit 1933“, in *Deutsches Recht*, 1935, p. 126.

²³ Eduard BRISTLER, *Die Völkerrechtslehre des Nationalsozialismus*, Zürich, Europa-Verlag, 1938.

²⁴ Toute référence à la paix de Versailles est gommée, on l'a vu, dans le texte. Mais si l'annexion *de jure* des départements de l'est de la France n'est pas mentionnée, elle s'accomplit *de facto*.

²⁵ Les membres allemands de la Commission soulignent souvent la non-conformité de l'occupant français au droit international public en Rhénanie.

²⁶ Rachelle BERNAND, *L'armistice dans les guerres internationales*, thèse présentée à la faculté de droit de l'université de Genève, Thèse n° 454, Genève, Imprimerie genevoise, 1954, p. 77-78.

²⁷ « Le gouvernement allemand a l'intention de réduire au strict minimum l'occupation de la côte occidentale après la cessation des hostilités avec l'Angleterre ».

²⁸ « La présente convention d'armistice est valable jusqu'à la conclusion du traité de paix. Elle peut être dénoncée à tout moment pour prendre fin immédiatement par le gouvernement allemand si le gouvernement français ne remplit pas les obligations par lui assumées dans la présente convention ».

²⁹ L'armistice de 1918 était prévu pour des périodes renouvelables de trente-six jours (article 34).

utilisée par les acteurs de la Commission allemande d'armistice (C.A.A.), dont il faut maintenant décrire le fonctionnement.

Dès la première réunion, des sous-commissions sont nommées pour trancher les questions les plus immédiates, comme celles relatives à l'armée, la marine, les prisonniers de guerre, les industries. Ensuite, les questions juridiques sont traitées par Hemmen³¹. Mais les questions strictement juridiques, nécessairement soulevées par toutes ces sous-commissions, sont traitées par un groupe IV de la *Heer*³².

Le chef de la Commission mène parfois lui-même les débats sur des points juridiques et judiciaires particuliers. Mais il est parfois fait appel aux ministères du *Reich* dans leurs domaines de compétence respectifs, par exemple le ministère de la justice du *Reich* pour les questions juridiques. De ce fait, se mêlent dans les archives les documents des différents organes du Troisième *Reich* et des autorités allemandes en France. Cependant, les actes de la Commission occupent une place centrale, non comme centres de décision mais en tant que lieu où se rejoignent les expériences et les actes³³. Leur étude permet donc de regrouper les débats et d'identifier les initiateurs des nombreux projets et propositions, en particulier quant à la restauration de la Justice française, qui du côté allemand, apparaît comme nécessaire au début de l'occupation.

Les questions juridiques sont le plus souvent traitées en amont par les services administratifs du commandement militaire en France et en particulier par son groupe « *justice* ». En aval, la Commission allemande d'armistice ne fait que transmettre l'interprétation retenue à la délégation française auprès de la Commission de Wiesbaden.

Officiellement, la Commission allemande d'armistice est chargée d'en faire respecter les clauses et de trancher les conflits juridiques qui pourraient en naître. En réalité, cette instance n'est nullement un lieu de discussion et de conciliation entre les vues allemandes et françaises. Cela se comprend à l'examen du rôle de la délégation française.

La représentation des intérêts français ne suffit pas à sa défense. L'article 22 précise sans ambiguïté que « *le gouvernement français constituera au siège de la convention d'armistice allemande une délégation chargée de représenter les intérêts et de recevoir les ordres d'exécution de la Commission allemande d'armistice* ». En effet, la structure de la C.A.A. est remarquable en ce qu'elle n'autorise théoriquement les Français qu'à un droit d'information. Ils reçoivent les instructions allemandes relatives à l'application de la convention d'armistice. La tenue des réunions à Wiesbaden y concourt, tandis que les représentants français y sont seulement invités qui ne seront pas immédiatement reconnus, le 28 juin, date de la formation de la « *commission française* » en délégation française auprès de la Commission allemande d'armistice³⁴. Le ton est donné ; il est sans contestation possible à l'avantage de l'Allemagne. Nous notons tout de même qu'il est fait appel, du côté français, comme du côté allemand, aux consultations de juristes comme Jules Basdevant. Nous aurons l'occasion d'y revenir.

Mais la déception de nombreux Français ne se borne pas à l'absence de négociations de paix. Les violations des règles de l'armistice sont nombreuses³⁵. On pourrait citer quelques exemples non exhaustifs, comme la quasi-annexion des départements alsaciens et de la Moselle³⁶, le rattachement des départements du Nord et du Pas-de-Calais au commandement militaire de Bruxelles³⁷. Ces faits hypothèquent l'avenir de ces territoires au sein de la France. Ils sont surtout l'occasion d'exercer une pression supplémentaire sur l'occupé, en ouvrant d'autres conflits que ceux ouverts par le texte de l'armistice et en rendant caduque ce dernier. Il serait inutile de les discuter, comme il fut vain de les contester du côté français. Le rôle assigné à la Commission allemande d'armistice est dans une large mesure de laisser penser qu'il y a des objets de

³⁰ Pr. Dr. Freiherrn VON FREYTAGH-LORINGHOVEN, „Waffenstillstand“, in *Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht*, cahier 14, 15 juillet 1940, pp. 217-219. Il est à noter que l'article, achevé le 3 juillet 1940 tient compte de la récente actualité, en particulier de la signature de l'armistice franco-allemand. Voir Friedrich BERBER, *Probleme des neuen Waffenstillstandsrechts*, Berlin, Junker und Dünhaupt Verlag, 1941.

³¹ Le Dr. Hemmen est chef de la délégation de la Commission pour l'économie. Cela montre l'importance de l'un des objectifs allemands, à savoir tirer le profit maximal des ressources du pays vaincu.

³² AN AJ 40 1355.

³³ L'étude du *Recueil de documents publiés par le gouvernement français de 1947 à 1955 relatif à la délégation française auprès de la Commission allemande d'armistice*, *op. cit.*, ne dispense donc pas de celle des fonds d'archives allemands et français.

³⁴ Eberhardt JÄCKEL, *La France dans l'Europe de Hitler*, Paris, Fayard, 1968, p. 107.

³⁵ C'est le titre d'une brochure clandestine datant du printemps 1942, éditée en mars 1943 à Alger, rédigée par Jean François et Paul BRINGUIER, *Les violations de l'armistice franco-allemand*, Alger, imprimerie Heintz.

³⁶ C'est la qualification à adopter pour cette annexion accomplie *de facto* et non *de jure*.

³⁷ Le reste de la France occupée est sous la responsabilité du commandement militaire de Paris.

discussions, alors qu'il n'y a que des moyens de pression. L'existence même de la Commission est un exemple de mystification. En effet, elle peut apparaître comme une instance délibérative, alors qu'elle n'est en réalité qu'une chambre d'enregistrement. Elle paraît s'appuyer en cela sur le seul texte de l'armistice, alors que du côté allemand, comme français d'ailleurs, on cherche à en dépasser le cadre. En effet, le seul texte de l'armistice paraît vite insuffisant aux Allemands, tandis que les Français poussent dans la voie de la collaboration d'État.

Les deux parties restent sur leurs positions, empruntées de leurs propres références juridiques et idéologiques. La Commission allemande d'armistice, en imposant sa définition des droits de la puissance occupante, est donc de 1940 à 1942, un organe qui vise à maintenir la supériorité du vainqueur par une interprétation unilatérale de l'armistice. Nous ne pouvons présenter tous les aspects des questions soulevées au sein de la C.A.A. Mais les différends sont particulièrement vifs à propos de l'exercice de la souveraineté judiciaire française. Ce point illustre bien la façon dont sont définis les droits de la puissance occupante.

II. LA DEFINITION DES DROITS DE LA PUISSANCE OCCUPANTE.

L'article 3 de la convention d'armistice proclame les « droits de la puissance occupante », sans les définir. L'article 43 de la convention de La Haye auquel il se réfère implicitement garantit en droit la sauvegarde de la souveraineté de l'État occupé. Mais celle-ci peut être limitée dans les faits par les besoins de l'occupant, en particulier sa sécurité. C'est sur cette dernière base que deux références au droit international public sont définies de façon pour le moins opportuniste, références auxquelles correspondent des droits exercés par l'administration militaire d'occupation. D'une part, le « *pouvoir légal* » passe de fait entre les mains des autorités d'occupation afin d'assurer « l'ordre et la vie publique ». Il s'agit surtout d'assurer la sécurité des troupes d'occupation et la tranquillité du pays occupé, en palliant le cas échéant à la défaillance des autorités du pays occupé ; il leur est substitué le concept d'intérêts de la puissance occupante.

D'autre part, la Commission conteste le respect absolu, en droit, de la souveraineté française, ce qui justifie la surveillance des décisions judiciaires françaises et les immixtions dans le cours de la justice française. En ce sens, le regard allemand évolue pour devenir un droit de surveillance. Tout en laissant s'exercer de droit la souveraineté française sous le contrôle du pays occupé, l'administration militaire exerce de fait ses pouvoirs en tant qu'administration de surveillance.

Quels sont les droits de la puissance occupante et comment sont-ils définis par la Commission ?

1. La souveraineté.

La Commission avance dans un premier temps l'idée que la souveraineté de l'État occupé est remplacée par celle de l'État occupant, essayant de promouvoir l'argument d'une substitution de souveraineté³⁸. Cette hypothèse est vite écartée. Elle est en contradiction trop flagrante avec la doctrine en cours en droit international public et avec la convention qui s'y réfère³⁹.

Or, les interlocuteurs allemands de la Commission ainsi que les autorités allemandes, des ministères du *Reich* aux commandements militaires, veulent montrer qu'ils sont plus respectueux du droit international public que les Français ne l'étaient en Allemagne.

L'argument est vite abandonné, de la propre initiative des acteurs allemands de la Commission. Là encore, il n'y a pas de dialogue, mais un ajustement de la position allemande en fonction de la réalité, ici la position française. Plus que de Realpolitik, il faut parler d'opportunisme⁴⁰.

³⁸ AN, AJ 40 1355.

³⁹ C'est un essai de retour à la position allemande défendue à La Haye en 1899. Elle s'éloigne trop du droit international public admis à cette occasion pour être défendue.

⁴⁰ La pensée nationale-socialiste à propos du droit international public est fondamentalement teintée d'opportunisme, en ce sens que le droit international public doit évoluer suivant les intérêts nationaux-socialistes, essentiellement ceux de la « race » allemande. A ce propos, on consultera l'ouvrage de Franz NEUMANN, *Bébémoth. Structure et pratique du national-socialisme*, Paris, Payot, 1987. Cet ouvrage rassemble les différentes versions du livre et tient compte de l'évolution internationale. Il garde ce concept d'opportunisme.

Le positionnement suivant des représentants allemands est plus traditionnel en terme de droit international public. Pour ceux-ci, le pouvoir légal constitue une souveraineté de fait qui ne modifie pas la souveraineté de droit, qui reste à l'Etat occupé. Cette souveraineté de fait se justifie au nom de critères simples : la sécurité des troupes d'occupation et la tranquillité du pays occupé. C'est le fameux « *Ruhe und Ordnung* » revendiqué comme fondement de l'action allemande par Werner Best, chef de l'administration auprès du commandement militaire allemand à Paris⁴¹.

Tel est le discours d'origine. Il sera encore répété après la guerre dans les mémoires de Werner Best, mais il constitue une partie seulement de l'argumentation développée. Un autre concept est revendiqué par l'autorité militaire, puis défini par la Commission allemande d'armistice auprès de la délégation allemande, à savoir la notion d'« intérêts » de la puissance occupante. Cette notion est déjà présente dans le texte de la convention d'armistice, en son article 2⁴², posant les bases de l'occupation allemande en France. On peut par conséquent porter crédit à ce principe, utilisé maintes fois par les autorités militaires d'occupation et à tous les niveaux, pour justifier les atteintes à la souveraineté française, notamment en matière judiciaire, mais aussi les actes de répression, les réquisitions, etc...

A deux égards, la notion est beaucoup plus large, extensive. D'abord, elle peut être interprétée comme une extension de la souveraineté du *Reich*. En effet, il ne s'agit pas des intérêts de l'armée allemande d'occupation, justifiant par exemple une hausse des frais d'occupation, mais des « intérêts » du *Reich* allemand. Joseph Haennig⁴³ est fondé à estimer que les frontières du *Reich* sont repoussées⁴⁴. Ensuite, la notion de souveraineté, s'agissant de l'Allemagne nationale-socialiste ne peut être comprise au sens généralement admis de ce terme et encore moins au sens de la souveraineté revendiquée par les Français.

Pour les représentants français travaillant pour la délégation française auprès de la Commission, il s'agit de la souveraineté de l'Etat, acteur traditionnel du droit international public. La conception qu'en ont la plupart des membres du gouvernement français ne varie guère à cet égard. Les représentants allemands de la C.A.A. et leurs chefs revendiquent en revanche la souveraineté de l'Etat national-socialiste. Celle-ci n'est pas étatique et territoriale, mais raciale, allemande⁴⁵.

C'est pourquoi la conception de la souveraineté des Etats est fondamentalement inégalitaire. Elle repose sur la supériorité de l'Etat allemand sur les autres Etats. Les intérêts du *Reich* allemand sont dans tous les cas supérieurs. Ainsi, les intérêts en jeu peuvent être de trois ordres :

En premier lieu, il s'agit de la conception classique de sécurité de l'armée allemande, qui, à travers les autorités d'occupation, doit se prémunir contre la résistance. Mais d'autres préoccupations qui ne figurent pas dans la seule expression de *Ruhe und Ordnung* apparaissent comme étant parfaitement dans la ligne de la sauvegarde des intérêts du *Reich* allemand. En second lieu, il s'agit de tout ce qui concerne la continuation du conflit, qui passe par l'organisation économique du territoire occupé. Enfin, il faut citer toutes les affaires civiles et pénales dans lesquelles les autorités militaires interviennent ou à propos desquelles elles exercent des pressions. Ces points ne s'expliquent que par la poursuite des intérêts du *Reich* allemand.

Par ailleurs, ces définitions extensives des droits de la puissance occupante correspondent bien aux buts poursuivis par l'Allemagne nazie dans la conduite de la guerre en France. D'une part, l'objectif immédiat est la poursuite du conflit par l'Allemagne. Dans ce dessein, la recherche de la sécurité des troupes d'occupation ne suffit pas. Il requiert en outre la mobilisation du territoire occupé au profit des intérêts de la puissance occupante. D'autre part, un objectif plus lointain est fixé, à savoir le maintien de l'hégémonie militaire et idéologique de l'Allemagne nazie dans cette zone, ce qui exige de surveiller toutes les institutions françaises.

⁴¹ Herbert ULRICH, *Best, biographische Studien über Radikalismus, Weltanschauung und Vernunft, 1903-1989*, Bonn, Dietz, 1996.

⁴² « Pour assurer les intérêts du *Reich* allemand, le territoire français situé au nord et à l'ouest de la ligne tracée sur la carte ci-annexée sera occupé par les troupes allemandes. Les territoires qui ne sont pas encore aux mains des troupes allemandes seront immédiatement occupés après la conclusion de la présente convention ».

⁴³ Avocat alsacien, il connaît bien le système judiciaire allemand et défend des Français devant des tribunaux militaires allemands.

⁴⁴ Joseph HAENNIG « La compétence des tribunaux militaires allemands et les effets de leurs décisions sur l'action publique devant les tribunaux français », *La Gazette du Palais*, 1943, tome 1, Doctrine, p. 14-16.

⁴⁵ Jacques FOURNIER, *La conception nationale-socialiste du droit des gens*, thèse de doctorat, Paris, Pedone, 1938.

La notion d'intérêts de la puissance occupante⁴⁶ révèle un déplacement de la souveraineté. Les territoires occupés sont considérés comme une extension de la souveraineté du *Reich* allemand, comme l'affirme Joseph Haennig. Dans ce cadre, on peut tenir comme légitime le postulat selon lequel la souveraineté de droit n'est pas contestée, mais tout en reconnaissant à l'occupant l'exercice d'une souveraineté de fait.

Il justifie surtout, au nom des intérêts du *Reich* allemand, l'exercice d'un droit de surveillance.

2. L'exercice du droit de surveillance.

Nous ne pouvons prendre en compte de tous les aspects de la vie de la France sous l'occupation ni l'ensemble des domaines d'intervention des autorités allemandes d'occupation en France. Nous nous limiterons donc à l'analyse du droit de regard⁴⁷ sur la justice française.

Au cours du conflit, la condition de la France connaît une évolution importante. L'évolution est très nette sur ce plan, de la revendication du droit de l'occupant à protéger ses intérêts à l'exercice par lui d'un droit de surveillance. Au début de la période, écrit Joseph Haennig, il est revendiqué un droit d'information, de regard⁴⁸. Il s'agit d'interventions ponctuelles dans quelques espèces ou sur quelques domaines de compétence, principalement la sécurité. D'autres secteurs sont aussi concernés, tels que l'organisation économique du territoire occupé ou encore les affaires civiles ou pénales auxquelles le *Reich* allemand porte un intérêt.

Or, le concept de sécurité lui-même évolue pour s'acheminer vers un droit de surveillance⁴⁹. Il faut entendre ainsi la situation dans laquelle toutes les décisions judiciaires peuvent être contrôlées, voire soumises à l'avis de l'occupant.

Néanmoins, il y a deux limites à ce type de procédure. D'une part, les décisions rendues ne sont pas formellement annulées ; il n'y a pas de procédure réglementée en ce sens. D'autre part, se pose un problème pratique, à savoir que les autorités d'occupation n'ont pas les moyens d'une surveillance générale. Cette situation bien résumée à la fin de notre période, dans une note en date du 7 janvier 1942 :

« Une surveillance du fonctionnement de la justice est nécessaire pour qu'il soit possible d'apprécier si les tribunaux français maintenus en fonction ne compromettent pas par leurs arrêts les intérêts de la puissance occupante (par exemple par des acquittements ou des condamnations insuffisantes pour des actes dirigés contre la puissance d'occupation ou pour l'aide prêtée à des menées hostiles, gaullistes ou communistes).

En fait les autorités d'occupation s'abstiennent de toute ingérence directe dans le domaine de la juridiction française. Les arrêts des tribunaux français ne sont pas en effet formellement annulés, mais l'ingérence se produit sous forme d'une interdiction totale ou partielle d'exécuter les jugements contestés par les autorités d'occupation, ou encore par le fait qu'il n'est tenu aucun compte des condamnations trop légères, que les procédures sont reprises – sans égard à la procédure française – par les autorités d'occupation par devant leurs propres juridictions et que les peines prononcées par les tribunaux militaires allemands sont ensuite purement et simplement exécutées »⁵⁰.

En résumé, le droit de surveillance réclamé par l'occupant, et que les représentants français étaient prêts à admettre s'est mué en droit d'ingérence⁵¹ et cela imperceptiblement, tant il est vrai que le premier ne peut être efficace dans la vie judiciaire française que lorsque le second est exercé. C'est donc par une reprise des affaires que se caractérise principalement le droit d'ingérence, manifestation de la mise sous surveillance de la justice française par les autorités d'occupation.

⁴⁶ Dans les archives, on retrouve indifféremment utilisées les expressions d'intérêts du *Reich* allemand ou de la puissance occupante. Elles désignent, il est vrai, le même belligérant. Mais il s'agit ici d'appuyer les revendications allemandes en arguant que le *Reich* allemand n'est pas un Etat externe, mais l'Etat occupant à qui l'occupation consécutive à une victoire militaire a donné des droits.

⁴⁷ L'expression est utilisée par Joseph HAENNIG, *op. cit.*

⁴⁸ On peut l'assimiler au droit d'information ou *Informationsrecht*, d'abord revendiqué par l'occupant. Cependant, il ne s'agit pas d'une simple demande d'information relativement au fonctionnement du système judiciaire, sans interférence. C'est déjà réclamer la possibilité pour l'occupant de se tenir informé de l'avancée de la procédure judiciaire sur quelques affaires ou sur un domaine de compétence qu'il désigne.

⁴⁹ *Aufsichtsrecht*.

⁵⁰ Note *Wehrmacht* I b/8-42, AN, BB30 1712.

⁵¹ *Einnmischungsrecht*.

Pour conclure, on rappellera que c'est la Commission allemande qui définit seule les droits de la puissance occupante. La C.A.A. n'est pas, dès sa création, une instance neutre de résolution des conflits. Toute discussion y est pratiquement impossible mais aussi théoriquement vaine. Elle empêche tout développement des requêtes françaises en puisant ses références dans les conceptions nationale-socialistes du droit international public. Celles-ci, basées sur la supériorité des intérêts de l'Etat allemand, ne partent pas de l'idée d'une égalité théorique des Etats souverains pourtant inhérente au droit international public. Du côté français, la désillusion est grande pour ceux qui voyaient en la Commission d'armistice un lieu de délibération, ou encore un lieu où les intérêts français pourraient être défendus sur la base du texte de la convention d'armistice et du droit international public. Néanmoins, cette impuissance de la C.A.A. est accentuée par l'attitude du gouvernement français. La politique de collaboration, qui se traduit par des demandes françaises avançant ou allant parfois plus loin que les sollicitations allemandes, outrepassa de loin le seul cadre de l'application de la convention d'armistice franco-allemand et du droit international public en zone occupée. C'est ainsi qu'un juriste français démissionne de ses fonctions après les accords proposés par l'amiral Darlan et visant à des assouplissements des conditions de l'armistice moyennant une assistance apportée aux forces militaires allemandes. En sa qualité de jurisconsulte auprès du ministère des Affaires étrangères, le professeur Jules Basdevant avait pris la plume afin de défendre la position française auprès de la Commission d'armistice. Ses avis sont directement utilisés et cités par la délégation française. Toutefois, cherchant à défendre les intérêts français par l'interprétation, à la lumière du droit international, du seul texte de l'armistice, il se heurte aux conceptions allemandes.

« J'ai l'honneur de vous rappeler que vos prédécesseurs ont bien voulu me désigner pour donner des consultations juridiques au ministère des Affaires étrangères en qualité de jurisconsulte [...]. J'avais pensé alors que la convention d'armistice et les principes du droit international public limitant les obligations de la France à ce qui a été clairement exprimé, il était permis de revendiquer pour elle tout ce qu'elle n'avait pas abandonné. J'avais pensé également que l'intérêt national nous recommandait et que notre honneur nous imposait d'une part de tenir scrupuleusement tous les engagements exprimés dans la convention d'armistice, d'autre part de n'accorder à la puissance avec laquelle elle a été conclue aucune assistance dans la lutte qu'elle poursuit contre notre alliée d'hier⁵² ».

Comme le président de la délégation française⁵³, le juriste profite de l'occasion pour se tirer du borborygme. Son témoignage montre la menace qui pèse sur l'Etat français, auquel la convention d'armistice assure pourtant en droit international public un statut de non-belligérant ; l'expérience du jurisconsulte montre combien les travaux de la Commission d'armistice il est impossible de faire coïncider le droit international public avec le texte de cette convention d'armistice.

Le problème est ici politique autant que juridique. Pour les membres allemands de la Commission, les autorités d'occupation ne s'ingèrent pas dans le cours de la justice française mais exercent légitimement un droit de surveillance. Autiste plus qu'aveugle, la délégation française ne soulève pas vraiment le problème de l'ingérence allemande en 1940-1942. Son attention est retenue par une évolution politique du statut de la France. Ce n'est que le 8 avril 1944 que le ministre de la Justice autorisera de soulever devant la Commission allemande d'armistice les problèmes d'immixtion dans les affaires de ravitaillement et prix.

⁵² On trouvera l'intégralité du texte dans Jacques DE LAUNAY, *Le dossier de Vichy*, Paris, Julliard, 1967, pp. 185-186.

⁵³ Le général Paul Doyen (1881-1974) préside la délégation française auprès de la Commission allemande d'armistice à Wiesbaden, de septembre 1940 (en remplacement du général Huntziger) à juillet 1941. D'abord en accord avec la politique menée à Vichy, son adhésion se dégrade progressivement au cours de l'année 1941. Sa désapprobation des protocoles de Paris comme de la collaboration militaire franco-allemande mise en place par Darlan et son opposition affichée à l'envoi en Afrique du Nord d'une délégation allemande de contrôle lui valent d'être remercié par le gouvernement puis arrêté par les Allemands en mars 1942.

LE ROLE DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE DANS LA RESOLUTION DES CONFLITS ENTRE PEUPLES : DE LA JUSTICE A LA RECONCILIATION

MATHIAS FORTEAU

Professeur de droit international public à l'université Lille II
et à l'Institut d'études politiques de Paris
mathias.forteau@univ-lille2.fr

S'il n'est pas inhabituel que le contemporain sollicite l'historien, il est plus rare que ce soit l'inverse. L'heureux hasard des circonstances me place aujourd'hui dans cette situation inattendue. Je m'en réjouis à plus d'un titre. D'abord, parce que l'historien du droit et l'internationaliste ont beaucoup à partager, l'un comme l'autre ne voyant pas leurs horizons bornés par l'image envahissante du droit interne moderne auquel trop de juristes – et parmi eux, malgré eux... quelques historiens du droit – ont malheureusement tendance, aujourd'hui encore, à réduire un phénomène juridique alors rabougri ; ensuite, parce que ce genre de rencontres offre l'opportunité de nouer un dialogue que je crois d'autant plus fructueux qu'il s'inscrit dans une tendance de plus en plus forte des internationalistes à sonder le passé de leur discipline¹.

Je ne suis pas certain, en tout état de cause, que pour ce qui touche au sujet qui nous préoccupe aujourd'hui – la résolution des conflits internationaux, la démarche historiciste doit faire cavalier seul. La problématique du règlement des différends ne me paraît pas se poser aujourd'hui d'une manière fondamentalement différente d'il y a quelques siècles (au moins si l'on ne s'aventure pas en deçà des traités de Westphalie). L'inquiétude et les obstacles sont toujours demeurés les mêmes dans une société internationale composée de pouvoirs souverains que ne coiffe aucune autorité supranationale universelle, qui serait en mesure de juguler avec une efficacité totale leurs relations conflictuelles. Il me semble pour cette raison que l'on a en réalité affaire à un problème de nature, dont seule la vivacité s'est atténuée au fil des siècles.

Quelle part le droit international prend-il dans la résolution de ces conflits ? Pour qui entend ou espère apporter quelque élément de réflexion utile à ce débat, la première question à se poser est sans nul doute celle de l'attitude à adopter face au défi permanent que la persistance de conflits pose au droit international. Deux attitudes, au moins, me paraissent envisageables à cet égard : la première est de céder au dépit et de ne retenir du droit international que ses échecs, pour s'en désoler, et sombrer alors dans les analyses réalistes des conflits internationaux, à la manière d'un Kissinger², en surdéterminant l'analyse historique et politique et en reléguant les aspects juridiques au rayon de l'inutile et du factice ; la seconde consiste, après avoir pris conscience que ces échecs sont aussi ceux du droit interne³, à s'efforcer de découvrir la part de réussite du droit international dans la gestion de conflits souvent dramatiques, et à

¹ V. notamment G. R. B. GALINDO, « Martti Koskenniemi and the Historiographical Turn in International Law », *European Journal of International Law*, 2005, pp. 539-559.

² H. KISSINGER, *Diplomatie*, Fayard, 1996, 861 p.

³ C'est un point trop souvent négligé. Lorsque, par exemple, malgré l'existence du principe international du non-recours à la force, le territoire d'un Etat subit une invasion militaire, il ne faut pas oublier que l'échec du droit international n'a d'égal ici que la faillite complète du droit interne de l'Etat agressé : sa puissance souveraine et son monopole de la violence légitime ont été impuissants à le protéger de l'occupation étrangère. Ce qui est remarquable, dans le droit international, ce n'est donc pas son échec éventuel, qu'il partage avec le droit interne ; c'est son aptitude à réussir là où le droit interne s'est dérobé (mettre fin à une occupation illicite, à un génocide, etc.). Il y a là une raison majeure, croyons-nous, interdisant de juger la réussite du droit international à l'aune des seuls critères des droits internes.

s'attacher à mettre en lumière les voies particulières qu'elle emprunte. Par souci d'être constructif, mais aussi d'objectivité, c'est cette seconde démarche que je ferai mienne ici.

Permettez-moi, à ce titre, de commencer par apporter quelques éclaircissements à l'intitulé de ma communication, car il se peut que sa formulation – un rien alambiquée, je le concède volontiers – ne le rende pas immédiatement compréhensible pour tous. L'idée qu'il cherche à traduire est pourtant, au fond, assez simple.

La Cour internationale de Justice constitue, selon les termes de l'article 92 de la Charte des Nations Unies, « l'organe judiciaire principal des Nations Unies ». Son Statut lui attribue deux types de fonctions : une fonction contentieuse, qui la conduit à régler des différends entre Etats, par le biais de décisions obligatoires dotées de l'autorité de la chose jugée ; et une fonction consultative, qui l'habilite, sur demande soit d'organes de l'ONU, soit d'institutions spécialisées, à rendre un avis sur toute question juridique qui se poserait dans le cadre de l'activité de ces organes ou de ces institutions.

Si l'on s'en tient à cette présentation rapide, trois éléments méritent l'attention.

Tout d'abord, la Cour occupe une place importante dans le système échafaudé au lendemain de la seconde guerre mondiale dans le domaine du règlement pacifique des différends. Elle constitue à beaucoup d'égards le juge naturel de la communauté internationale, doté d'une légitimité indéniable pour trancher les litiges entre Etats. A ce titre, elle méritait pleinement qu'une place lui soit réservée au sein de nos discussions puisqu'elle apparaît comme le « tiers » par excellence, comme la figure presque parfaite de ce que les organisateurs de notre colloque ont appelé la « résolution imposée » des conflits internationaux.

Ensuite, la Cour est un organe *judiciaire*. C'est donc un organe dont la mission consiste à trancher, en suivant une certaine procédure, des litiges par application de la règle de droit, et d'elle seule. De ce fait, il est en principe interdit à la Cour de s'immiscer sur le terrain de la *réconciliation*, qui relève d'une autre problématique, de nature beaucoup plus politique.

Enfin, à la différence d'autres juridictions⁴, la Cour ne peut être saisie que par des Etats (ou des organisations internationales au plan consultatif, mais elles-mêmes sont généralement composées d'Etats), contre des Etats. L'article 34, paragraphe 1^{er}, du Statut de la Cour est très clair à cet égard, s'agissant de sa compétence contentieuse : « *Seuls les Etats ont qualité pour se présenter devant [elle]* », comme demandeur ou défendeur. Les *peuples*, pas plus que les individus, n'ont donc pas accès au prétoire de cette juridiction. La Cour n'a vocation qu'à s'intéresser aux droits et obligations des Etats, conçus et appréhendés comme des personnes juridiques autonomes, distinctes des groupes et des individus qui les composent⁵.

⁴ Les juridictions pénales internationales par exemple, comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou la Cour pénale internationale, qui jugent des individus, et non des Etats.

⁵ Cette limite est pleinement effective. Ainsi, dans les rares occasions où le droit international protège directement les droits des peuples, ou de minorités, la réalisation judiciaire de cette protection devant la Cour doit nécessairement passer par une intervention étatique, au prix d'un risque de « dépersonnalisation » des entités protégées. Puisque leur protection judiciaire doit transiter par un Etat, les droits de ces populations seront protégés en tant que droits de celui-ci, les peuples (ou les « populations ») étant relégués au rang de simples objets de la norme internationale. V. les précédents, maintenant datés, d'application des traités de protection des minorités par la Cour permanente de Justice internationale (l'ancêtre de la CIJ) dans les affaires des *Ecoles minoritaires en Haute-Silésie, Série A n° 15*, du *Traitement des nationaux polonais à Dantzig, Série A/B n° 44*, et des *Ecoles minoritaires en Albanie, Série A/B n° 64*. V. également l'exemple caractéristique de l'affaire des *Echanges de populations grecques et turques, Série B n° 10*, où la Cour, suivant les prescriptions conventionnelles qu'elle était en charge d'appliquer, « échange » des populations comme on échangerait des marchandises. V. également l'affaire du *Timor oriental*, arrêt du 30 juin 1995, *CIJ Recueil 1995*, p. 90 : même lorsque les droits d'un peuple sont en cause (ici, ceux du peuple timorais, défendu par le Portugal), la compétence de la Cour reste soumise aux contraintes du règlement interétatique (incompétence de la Cour en l'espèce au motif que l'Indonésie, partie indispensable, n'avait pas accepté que ce différend lui soit soumis). Le seul palliatif envisageable est de passer par la voie consultative, mais dans ce cas, la solution prônée par la Cour sera dépourvue d'effet obligatoire (v. les précédents de l'avis du 21 juin 1971 sur la *Namibie* occupée par l'Afrique du sud et de l'avis du 9 juillet 2004 sur le mur israélien construit en territoire palestinien occupé).

Reliés les uns aux autres, ces trois éléments font immédiatement naître une forte déception : un tiers efficace a bien été institué en 1945 dans le cadre de l'ONU, mais dont le rôle se limite à dire le droit, au sujet de différends juridiques entre des Etats, conçus de manière désincarnée comme de simples personnes juridiques. Le progrès que constituerait l'établissement de ce tiers impartial trouverait donc sa limite dans la limitation de son intervention aux seules controverses juridiques opposant les Etats. On serait bien loin, alors, de la *résolution des conflits entre peuples*.

Je souhaiterais aujourd'hui tenter de montrer que la réalité est plus complexe : la dichotomie entre règlement juridique des différends entre Etats d'un côté et résolution des conflits entre peuples de l'autre, entre règlement judiciaire et négociation politique, entre le droit et la (ré)conciliation, entre la « *résolution libre* » et la « *résolution imposée* » des conflits, pour reprendre les termes de la problématique du colloque, n'a pas lieu d'être en effet en droit international, où les frontières entre ces différents mécanismes de règlement des différends sont beaucoup plus poreuses qu'elles ne le sont dans les droits internes. On a affaire en droit international à une alchimie autrement plus subtile que celle des ordres juridiques internes, qui obéissent plus volontiers à ces différentes oppositions auxquelles correspond en général une répartition relativement nette des compétences entre institutions⁶. La pratique de la Cour internationale de Justice est particulièrement révélatrice de cette dynamique en tant qu'elle s'efforce toujours, autant qu'elle le peut, de *parvenir à la réconciliation des peuples lorsqu'elle règle les différends juridiques qui opposent leurs Etats*⁷. C'est à l'étude de cette contribution que je vais maintenant m'essayer, non sans avoir au préalable attiré l'attention sur deux difficultés méthodologiques, ou épistémologiques, qui risquent de biaiser en partie l'analyse.

Parler de « *réconciliation* » tout d'abord, c'est préempter une partie du débat, puisque c'est adopter un postulat cosmopolitiste. La réconciliation implique en effet de rétablir l'« *amitié* » entre personnes brouillées. Or, il faut se souvenir que certains philosophes du droit, dans la plus pure tradition du droit naturel ancien, reprennent le thème aristotélicien de l'amitié comme condition nécessaire de l'existence de la politique et du droit pour en déduire la négation du caractère politique et juridique de la « *société internationale* » (faute d'amitié suffisante entre les Etats et les peuples, l'idée d'un *droit* international ne serait pas concevable)⁸. C'est certes une position très minoritaire en doctrine, mais dont l'impact n'est pas neutre sur l'objet même de nos discussions.

Comme dans toute recherche de ce type (quelle est la *politique judiciaire* de la Cour), qui est avant tout recherche d'*intentions*, on se heurte ensuite au fait que la détermination des véritables motifs des acteurs n'est pas aisée à percer à jour (d'autant qu'ici, le secret du délibéré s'y oppose)⁹. On est souvent confronté au non-dit, et on ne peut donc tabler que sur ce qui peut ressortir le cas échéant de la motivation de la décision et des opinions des juges (le fait que l'on ait retenu devant la Cour la pratique anglo-saxonne des opinions permet à tout le moins cependant de dévoiler une partie du délibéré). S'ajoute à cela le fait qu'il est difficile de parler de la pratique de la Cour de façon indifférenciée, alors qu'elle a pu évoluer au gré de sa composition et des sensibilités personnelles des différents juges qui y ont siégé depuis 1945.

⁶ Même si les droits internes connaissent depuis quelques années un retour à une conception plus immanente que transcendante de la justice, qui tend à brouiller les catégorisations établies (v. J. COMMAILLE, « Formes de justice », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Paris, 2003, p. 745-747).

⁷ Comme elle l'a signifié dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, il lui appartient d'apporter sa « contribution judiciaire au règlement [des] différend[s] » (arrêt du 26 novembre 1984, *CIJ Recueil 1984*, par. 101 – à lire à la lumière des paragraphes 99 et 100).

⁸ V. M. VILLEY, *Philosophie du droit*, Dalloz, Paris, rééd. 2001, pp. 62-64. V. également J. VERHOEVEN, « A propos de la fonction de juger en droit international public », in Ph. GERARD, M. VAN DE KERCHOVE et F. OST (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, Fac. univ. de St-Louis, Bruxelles, 1983, p. 467 : « Il se conçoit à ce titre que la « famille des nations », comme toute autre « famille », ne prise guère un règlement juridictionnel, en tant que son impersonnalité nie l'« intimité » des relations établies entre ses membres tout comme sa logique méconnaît la relativité des intérêts sous-jacents à celles-ci ».

⁹ Sur cette difficulté, v. par ex. O. CORTEN et P. KLEIN, « L'efficacité de la justice internationale au regard des fonctions manifestes et latentes du recours à la CIJ », in IV^e rencontre internationale de la Faculté des sciences juridiques, politiques et sociales de Tunis, *Justice et juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2000, p. 56.

Au bénéfice de ces remarques, je procéderai très simplement, en deux temps, pour dévoiler le « *pouvoir de réconciliation des peuples* » qui me semble se manifester dans la pratique de la Cour. Je mettrai d'abord en lumière les sources de ce pouvoir, avant de revenir sur ce que je crois être ses principales manifestations.

- I -

Ces sources sont nombreuses, et elles se cumulent. On peut, pour en clarifier la présentation, les regrouper en deux catégories : des raisons structurelles, mais aussi des raisons fonctionnelles, permettent d'expliquer que la Cour s'estime tenue de parvenir à cette réconciliation des peuples au-delà (mais à l'occasion) du règlement judiciaire du différend interétatique proprement dit.

- A -

La première des raisons structurelles est propre à toute juridiction. La technique judiciaire ménage toujours, on le sait, une part de discrétionnarité, ou d'opportunité, au profit du juge, qui trouvera là matière à exercer son pouvoir d'appréciation. Ce qui me semble caractériser la Cour cependant, c'est que celle-ci a pleinement *assumé* ce pouvoir en reconnaissant *expressément* la nécessité de faire recours à l'équité *infra legem*. La Cour reconnaît ne pas pouvoir statuer en équité, si les parties ne lui ont pas expressément confié cette mission, mais cela ne lui interdit pas, et même elle s'y sent obligée, d'appliquer le droit en tenant compte de l'impératif d'équité¹⁰. Comme l'a relevé l'un des plus grands spécialistes de la jurisprudence de la Cour,

« [L]a Cour internationale de Justice a pris grand soin – et à cet égard on peut peut-être parler d'une « position » car des questions fondamentales de politique judiciaire sont en jeu – de présenter son recours à l'« équité » non pas comme une « opposition » au « droit », mais comme une façon de donner pleinement effet au droit et, si besoin est, de le compléter »¹¹.

Ainsi, dans l'affaire du *Plateau continental (Tunisie/Libye)*, la Cour, tout en rappelant qu'elle ne peut statuer en équité, ni qu'elle se propose de rendre une « *justice distributive* », dit ceci dans son arrêt du 24 février 1982 :

« L'équité en tant que notion juridique procède directement de l'idée de justice. La Cour, dont la tâche est par définition d'administrer la justice, ne saurait manquer d'en faire application. (...) la notion juridique d'équité est un principe général directement applicable en tant que droit. (...) en appliquant le droit international positif, un tribunal peut choisir entre plusieurs interprétations possibles celle qui lui paraît la plus conforme aux exigences de la justice dans les circonstances de l'espèce. (...) la Cour (...) doit appliquer les principes équitables comme partie intégrante du droit international et peser soigneusement les diverses considérations qu'elle juge pertinentes, de manière à aboutir à un résultat équitable »¹².

On trouve trace de cette affirmation dans de nombreux autres précédents, dans l'affaire du *Plateau continental de la mer du Nord* par exemple (« [q]uel que soit le raisonnement juridique du juge, ses décisions doivent par définition être justes, donc en ce sens équitables »¹³) ou dans l'affaire du *Différend frontalier (Burkina/Mali)* (la Cour

¹⁰ Si l'on suit M. KOSKENNIEMI, ce lien intime entre droit et équité et, plus largement, entre droit et politique, serait consubstantiel au droit international public (et plus exactement à la structure du discours internationaliste) (v. « The Politics of International Law », *European Journal of International Law*, 1990, pp. 1-32 ; traduction en français in *La politique du droit international*, Pedone, Paris, 2007, 51-96). Nous serions plutôt enclin à y voir une caractéristique propre (même si fréquemment voilée) à tout système juridique.

¹¹ S. ROSENNE, « The position of the ICJ on the Foundations of the Principle of Equity in International Law », cité et traduit en français dans l'opinion individuelle du Juge Weeramantry jointe à l'arrêt de la Cour du 14 juin 1993 dans l'affaire *Jan Mayen*, *CIJ Recueil 1993*, p. 234.

¹² *CIJ Recueil 1982*, p. 60, par. 71.

¹³ Arrêt du 20 février 1969, *CIJ Recueil 1969*, p. 48, par. 88.

« prendra en considération l'équité tant qu'elle s'exprime dans son aspect *infra legem*, c'est-à-dire cette forme d'équité qui constitue une méthode d'interprétation du droit et en est l'une des qualités »¹⁴).

Encore faut-il prendre garde à ne pas travestir ce que la Cour veut dire. Celle-ci n'entend nullement contourner le droit en faisant recours à l'équité, ni privilégier des solutions de pure opportunité¹⁵ ou de nature purement transactionnelle¹⁶. Elle entend au contraire concilier tous ces aspects. Comme l'a parfaitement résumé le juge Weeramantry dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour du 14 juin 1993 rendu dans l'affaire *Jan Mayen*,

« *Shabtai Rosenne invoque à juste titre cet aspect de la question pour faire observer que l'union de l'équité avec le droit et la justice doit en conséquence être considérée comme une « monade » équité-droit-justice (ce qui implique l'absence d'opposition entre ces termes), et non comme la « triade » du droit, de la justice et de l'équité envisagée par Sohn* »¹⁷.

Ce pouvoir d'appréciation et d'opportunité que se reconnaît la Cour internationale de Justice s'explique, et en même temps est renforcé, par un certain nombre de particularités de l'ordre juridique international.

En droit international tout d'abord, en tout cas plus fréquemment qu'en droit interne, il existe souvent une relative *indétermination* des règles applicables, c'est-à-dire que le droit international recourt plus volontiers que le droit interne à la technique du *standard* qui, on le sait, amplifie le rôle du juge dans la résolution des litiges (les notions de « *raisonnable* », d'« *absence d'arbitraire* », de « *due diligence* », etc.)¹⁸. Ce phénomène tient à l'existence d'un droit coutumier international, donc moins formalisé que le droit écrit ; il tient également à une moins forte densité normative du droit international, comparé à la situation des droits internes ; il tient aussi au caractère peu formaliste du droit international, où l'intention compte davantage que la forme ou la procédure suivie ; il tient enfin à l'importance fondamentale en droit international de principes comme celui de la bonne foi, mentionné dès l'article 2, paragraphe 2, de la Charte des Nations Unies (les Etats « doivent remplir de bonne foi les obligations qu'ils ont assumées »).

¹⁴ Arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Recueil 1986*, pp. 567-568, par. 28, repris dans l'affaire du *Différend frontalier terrestre, insulaire et maritime (El Salvador/Honduras)*, arrêt du 11 septembre 1992, *CIJ Recueil 1992*, p. 514, par. 262. V. encore, déjà avant 1945, CPJI, *Zones franches de la Haute-Savoie et du pays du Gex, Série A n° 24*, p. 15 : la Cour, qui doit administrer la justice, ne peut pas « se déterminer seulement par des considérations d'opportunité » (*a contrario*) ; opinion individuelle du juge Hudson sous CPJI, *Prises d'eau à la Meuse, Série A/B n° 76*, p. 76 : « Une démarcation nette entre le droit et l'équité, telle que la prévoient certains Etats dans l'administration de la justice, ne doit pas trouver place dans la jurisprudence internationale ».

¹⁵ Sur la distinction entre décision d'opportunité et décision juste, v. la citation de Jimenez de Arechaga à laquelle se réfère le juge Weeramantry dans son opinion individuelle jointe à l'arrêt de la Cour du 14 juin 1993 dans l'affaire *Jan Mayen*, *CIJ Recueil 1993*, p. 246 : « l'équité est réalisée, non pas simplement par une décision de justice singulière, mais par la justice de cette décision singulière ».

¹⁶ Sur l'opposition entre résultat équitable (solution légitime) et transaction (solution contestable), v. l'opinion conjointe des juges Ruda, Bedjaoui et Jimenez de Arechaga sous *Plateau continental (Libye/Malte)*, arrêt du 3 juin 1985, *CIJ Recueil*, pp. 90-91, par. 36-38.

¹⁷ *CIJ Recueil 1993*, pp. 241-242. V. plus généralement, les réflexions de l'ancien Président de la Cour internationale Mohammed Bedjaoui, « L'opportunité dans les décisions de la Cour internationale de Justice », *Mélanges G. Abi-Saab*, Kluwer, 2001, pp. 563-589 ; ainsi que A. PELLET, commentaire de l'article 38 du Statut de la CIJ in A. Zimmermann et al. (dir.), *The Statute of the International Court of Justice. A Commentary*, Oxford University Press, 2006, pp. 723-730, notamment p. 730 : l'équité en droit international « is not a substitute for law » ; « Rather, it is a postulated attribute inherent to it ».

¹⁸ Certaines normes juridiques internationales incorporent expressément d'ailleurs la règle de l'équité (ainsi du droit des délimitations maritimes ; v. également les exemples donnés par le juge Weeramantry dans son opinion individuelle dans l'affaire *Jan Mayen*, *CIJ Recueil 1993*, pp. 234 et s., par. 76 et s.). V. également ce que dit la Cour en 1956 dans l'affaire *Jugements du tribunal administratif de l'OIT sur requêtes contre l'UNESCO*, *CIJ Recueil 1956*, p. 100 : le fait que le TAOIT ait accordé une réparation *ex aequo et bono* n'implique pas une violation du droit, le Tribunal ayant seulement voulu dire par là que, « le calcul du montant de l'indemnité ne pouvant pas être déduit de règles de droit posées à cet effet, il entendait fixer ce que la Cour a, en d'autres circonstances, appelé la juste mesure de la réparation, le chiffre raisonnable de celle-ci » (la Cour se réfère ici à son arrêt de 1949 rendu dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, *CIJ Recueil 1949*, p. 249).

Non seulement le droit international est ainsi assez ouvert, par son contenu, au pouvoir d'appréciation du juge, mais par ailleurs, il entretient un rapport particulier avec le règlement des différends. Dans la mesure où la Cour n'est compétente qu'avec l'accord des parties (il n'y a pas de juridiction obligatoire en droit international¹⁹), la nature de son intervention s'en trouve nécessairement orientée, dans une double direction.

- Là où la saisine du juge interne est en général perçue comme une attaque, un acte inamical, la saisine de la Cour suppose déjà une forme d'accord des parties, et donc que la réconciliation soit déjà en marche ; à tout le moins le fait de porter le litige devant elle se conçoit en général comme un moyen de « *désamorcer* » une crise en indiquant que l'on *préfère* recourir au juge que recourir à la force²⁰. La saisine du juge peut d'ailleurs constituer un moyen pour un Etat de se décharger d'une situation délicate sur autrui. Ainsi le fait de demander à la Cour de tracer une frontière disputée peut permettre aux Etats concernés d'imposer une solution par la voie judiciaire à des populations qui ne l'auraient pas acceptée si celle-ci était venue directement de leurs autorités nationales.

- La Cour répète sans relâche par ailleurs que dans une société d'entités égales en souveraineté, le règlement judiciaire ne peut constituer qu'un « succédané au règlement direct et amiable entre les parties »²¹. Le fait de mettre ainsi en balance l'intervention de la Cour avec le règlement *amiable* du litige montre bien que la Cour ne conçoit pas son rôle comme de nature strictement « juridique » : elle doit ramener le mieux qu'elle le peut les parties au litige vers une solution, sinon consensuelle, du moins admissible²².

Le dernier élément structurel susceptible d'expliquer la propension de la Cour à faire œuvre de réconciliation réside dans sa composition. L'article 9 de son Statut impose que l'élection de ses membres (par l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité des Nations Unies) assure « *la représentation des grandes formes de civilisation et des principaux systèmes juridiques du monde* » (aujourd'hui par exemple, les quinze juges de la Cour se répartissent autour des quinze nationalités suivantes : britannique, jordanienne, malgache, chinoise, sierra léonaise, vénézuélienne, américaine, japonaise, allemande, slovaque, française, néo-zélandaise, mexicaine, marocaine et russe). De ce fait, lorsque la Cour doit rendre une décision, il lui faut déjà réussir à concilier les perspectives potentiellement divergentes de ses membres, qui n'auront pas forcément, ni la même sensibilité culturelle par rapport aux données de l'affaire, ni la même sensibilité culturelle par rapport au rôle qui doit être celui d'une juridiction dans le règlement des litiges. La dynamique de la « *réconciliation* » fait pour cette raison partie intégrante du processus même d'élaboration des décisions de la Cour.

- B -

J'en viens maintenant aux raisons fonctionnelles, ou finalistes, qui sont en réalité indissociables des précédentes. Deux raisons militent très fortement pour que l'on se garde d'analyser la Cour internationale

¹⁹ V. CIJ, affaire de l'Or *monétaire*, 15 juillet 1954, *CIJ Recueil 1954*, p. 32 : « La Cour ne peut exercer sa juridiction à l'égard d'un Etat si ce n'est avec le consentement de ce dernier ».

²⁰ V. G. GUILLAUME, *La Cour internationale de Justice à l'aube du XXIème siècle*, Pedone, Paris, 2003, p. 19 ; J.-M. THOUVENIN, « La Cour internationale de Justice et la sécurité collective », in SFDI, *Les métamorphoses de la sécurité collective*, Pedone, Paris, 2005, p. 110.

²¹ V. sur ce point les réflexions de A. ORAISON, « Réflexions sur l'organe judiciaire principal des Nations Unies' (stratégies globales et sectorielles de la CIJ) », *Revue belge de droit international*, 1995, pp. 432-435.

²² Ce qui, en retour, ouvre la voie à la critique selon laquelle la Cour n'est peut-être pas l'instrument le plus efficace pour régler les différends internationaux, le juge international pouvant être vu au contraire comme un « luxe largement inutile dans la "famille des nations" » dont « la contribution effective (...) au règlement des différends demeure minime » (v. développant cette idée J. Verhoeven, « A propos de la fonction de juger en droit international public », *op. cit.*, pp. 457-459 et 463-468, et la conclusion, p. 468 : « Cela s'explique sans doute par les caractères mêmes d'un droit dont les prescrits demeurent fréquemment trop élémentaires pour n'être pas ou insignifiants ou fondamentaux. L'alternative, brutale, « tue » virtuellement le juge international ». V. également p. 466 : « L'ambiguïté du droit des gens, plaçant le règlement juridictionnel sur le même pied qu'un règlement politique, est à cet égard de laisser entendre que celui-là puisse réellement comme celui-ci mettre fin à une querelle »).

de Justice (sans doute plus largement d'ailleurs, toute juridiction internationale) au seul prisme du modèle du juge interne. En réalité, la fonction judiciaire internationale diverge profondément de ce qu'elle est dans nos systèmes internes, à deux niveaux, je le disais.

En premier lieu, la fonction de la Cour n'est pas à proprement parler de trancher des controverses juridiques, en tout cas sa fonction ne se limite pas à cela. La Cour s'insère dans un ensemble plus général de procédures dont la Charte des Nations Unies précise – c'est l'objet de son Chapitre VI – qu'elles doivent permettre « *le règlement pacifique des différends* ». Or, il est évident qu'il existe un certain écart entre trancher une controverse juridique et *régler* un différend. Cette dernière mission implique une part de volontarisme et impose à la juridiction d'aller voir au-delà du droit, sans remettre en cause pour autant, bien entendu, l'intégrité de ce dernier. Cet équilibre périlleux à réaliser a été rappelé par le juge Kooijmans dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo* récemment tranchée par la Cour, le 19 décembre 2005 :

« *The concept of peaceful dispute settlement is premised on the condition that the parties to a dispute find their particular position and their specific concerns reflected in the settlement suggested to and imposed upon them. That settlement must acknowledge those concerns, even if it fails to satisfy the parties' demands or even censures their conduct* »²³.

L'une des explications que l'on peut avancer pour justifier cette immixtion du juge international dans le *règlement* du litige tient à l'interdépendance très forte en droit international des aspects politique et juridique des différends. Certes, comme elle a eu l'occasion de le préciser, la Cour doit se limiter à connaître de l'aspect juridique des différends qui lui sont soumis, mais dès lors que, selon ses propres termes, « *les différends juridiques entre Etats souverains ont, par leur nature même, toutes chances de surgir dans des contextes politiques et ne représentent souvent qu'un élément d'un différend politique plus vaste et existant de longue date entre les Etats concernés* »²⁴, on imagine difficilement le juge s'enfermer dans sa tour d'ivoire et trancher le problème de droit sans tenir compte de l'impact politique de sa décision.

En second lieu, et de manière non moins cruciale, la Cour est soumise en tant qu'organe des Nations Unies aux buts et principes de cette organisation internationale, parmi lesquels on trouve, au premier rang, le maintien de la paix et de la sécurité internationales²⁵. Il appartient de ce fait à la Cour de concilier l'application du droit avec le maintien de la paix, mieux, de « *participer à l'instauration de la paix par le droit* »²⁶, et donc de s'assurer, au minimum, que les décisions qu'elle rendra ne risqueront pas de miner les relations pacifiques entre les parties, et, si elle le peut, de garantir, par sa décision, le maintien voire l'approfondissement de ces relations pacifiques. Cela suppose de la part de la Cour qu'elle ne s'arrête pas aux seuls droits et obligations des Etats, mais qu'elle lève le voile étatique pour s'intéresser aux incidences de ses décisions sur les peuples des Etats qui sont, en réalité, les premiers concernés²⁷. Cette conciliation de la paix et du droit n'est bien sûr pas évidente à atteindre, puisqu'elle doit naviguer entre deux eaux également troubles : il faut éviter que *summum jus, summa injuria*, mais aussi, réciproquement, qu'une décision trop fortement teintée d'opportunité n'en vienne à ruiner l'effectivité et la crédibilité de la règle de droit qui sont tout aussi indispensables au maintien de relations pacifiques entre Etats.

²³ Par. 13 de son opinion individuelle jointe à l'arrêt (www.icj-cij.org).

²⁴ Arrêt du 24 mai 1980 dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Tébéran*, *CIJ Recueil 1980*, p. 20, par. 37 (italiques ajoutés).

²⁵ V. l'article 1, paragraphe 1, de la Charte : « Les buts des Nations Unies sont les suivants : 1. Maintenir la paix et la sécurité internationales et à cette fin : prendre des mesures collectives efficaces en vue de prévenir et d'écartier les menaces à la paix et de réprimer tout acte d'agression ou autre rupture de la paix, et réaliser, par des moyens pacifiques, conformément aux principes de la justice et du droit international, l'ajustement ou le règlement de différends ou de situations, de caractère international, susceptibles de mener à une rupture de la paix (...) ».

²⁶ Opinion individuelle du juge Mbaye jointe à l'arrêt de la Cour du 10 octobre 2002 dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigeria*, *CIJ Recueil 2002*, p. 523, par. 81.

²⁷ Nous nous permettons de renvoyer sur ce point à l'étude désormais classique d'Alain PELLET, « Le glaive et la balance. Remarques sur le rôle de la CIJ en matière de maintien de la paix et de la sécurité internationales », in *Mélanges Rosenne*, Kluwer, Dordrecht, 1989, pp. 539-566, spécialement pp. 559 et s. où l'auteur met excellemment en lumière cette dynamique.

Venons-en maintenant aux manifestations de ce « pouvoir de réconciliation des peuples ». Celles-ci empruntent principalement deux formes : la volonté de la Cour de régler, *dans l'instant*, le plus justement possible les affaires qui lui sont soumises ; sur un plan plus général, et cette fois-ci *dans la durée*, le désir de la Cour de réconcilier tous les peuples avec un droit international qui a longtemps été monopolisé par les puissances européennes et vécu par les autres peuples comme un instrument de pouvoir exercé à leur détriment.

- A -

La Cour a déployé un nombre varié de techniques aux fins de parvenir « *dans l'instant* », le mieux qu'elle le pouvait, à un règlement satisfaisant des conflits internationaux dont la résolution lui a été confiée²⁸. En voici un inventaire sommaire.

On doit rappeler en premier lieu que la Cour a orienté sa pratique vers une plus grande arbitralisation de la procédure, c'est-à-dire une plus grande attention portée, dans l'organisation du procès, aux préoccupations des parties. Cette tendance, déjà inscrite dans son Statut qui ouvre la possibilité aux parties, dont aucun des juges siégeant au sein de la Cour ne possède la nationalité, de « désigner une personne de [leur] choix pour siéger en qualité de juge » (technique du « juge *ad hoc* »)²⁹, a été renforcée depuis 1945 par la possibilité offerte aux parties de demander la constitution de chambres (en général composées de trois ou cinq juges, au lieu des quinze constituant la formation plénière de la Cour)³⁰, ou par la manière même de rédiger ses décisions. Comme un observateur attentif de sa pratique l'a constaté, on a assisté dans les années quatre-vingt à une évolution sensible sur le plan de la forme. Il existe désormais dans les décisions de la Cour une « *distanciation des liens entre les motifs et le dispositif* » ; la Cour expose de manière neutre les arguments de chaque partie, puis la « *décision tombe soudainement avec peu d'explications* », sans engrenage inexorable du raisonnement, « *ce qui laisse à la Cour une plus grande latitude dans le choix des solutions* ». De même, ses décisions « *reflètent souvent (...) un raisonnement alternatif* (pour donner un minimum de satisfaction à chacune des parties sur certains points ou arguments qu'elle aurait soulevés, surtout à celle qui perdrait le plus dans le raisonnement final ; et pour obtenir la plus large majorité possible de juges non seulement sur le dispositif, mais aussi sur les motifs) »³¹.

²⁸ Précisons cependant à titre préliminaire que cet « instant » est quelque chose d'en réalité très fuyant. Le temps judiciaire international se jouant souvent *lentissimo* (surtout devant la Cour), « l'instant » au moment duquel la Cour rend son arrêt n'a pas nécessairement de rapport direct avec l'objet même du différend, obligeant la Haute juridiction à tenir compte du contexte existant au moment du prononcé de sa décision. Dans l'affaire du *Génocide* bosniaque par exemple (affaire de l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* opposant la Bosnie à la Serbie), la Cour n'a été en mesure de rendre son arrêt au fond qu'en février 2007, soit une quinzaine d'années après la commission des faits poursuivis et l'introduction de l'instance. Or, en 2007, la situation avait changé de nature, la Serbie contemporaine ayant rompu – partiellement en tout cas – avec celle de Milosevic. De même, dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* qui a vu s'opposer l'Iran et les Etats-Unis, la Cour était appelée se pencher sur les actes commis par les Etats-Unis en 1987-1988 au détriment de l'Iran (destruction de deux de ses plates-formes pétrolières), lors de la guerre Iran-Irak, à l'époque où ceux-là soutenaient Saddam Hussein ; mais la Cour n'a été en mesure d'écouter les plaidoiries des parties sur le fond de l'affaire qu'au début de l'année 2003 et a rendu son arrêt en novembre de la même année, soit dans un contexte où cette fois-ci, les Etats-Unis portaient en guerre contre leur ancien allié. Chacun comprendra que l'objectif de règlement du différend en sort nécessairement affecté, dans une mesure plus ou moins grande.

²⁹ Article 31 du Statut de la Cour. Sur la nature particulière du juge *ad hoc* et de son rôle, v. l'opinion du juge Lauterpacht dans l'affaire du *Génocide*, ordonnance du 13 septembre 1993, *CIJ Recueil 1993*, pp. 408-409, par. 4-6.

³⁰ Article 26 du Statut.

³¹ V. G. Abi-Saab, « De l'évolution de la Cour internationale : réflexions sur quelques tendances récentes », *Revue générale de droit international public*, 1992, pp. 291-292. V. dans le même sens l'opinion dissidente commune des juges Bedjaoui, Ranjeva et Koroma dans l'affaire de la *Délimitation maritime et questions territoriales entre Qatar et Bahreïn* (arrêt du 16 mars 2001, *CIJ Recueil 2001*, p. 145). Selon ces juges, la question des îles Hawar, qui étaient disputées entre les parties, était « d'une sensibilité extrême tant pour Bahreïn que pour Qatar » et était « assortie d'une charge émotionnelle et d'une densité affective exceptionnelles dans l'esprit des populations des deux Etats ». Aussi, notaient-ils, « la fonction apaisante et pacificatrice du règlement judiciaire doit remplir plus impérativement que jamais son

Sur le plan des conceptions philosophiques, cette arbitralisation n'a rien de neutre, si l'on veut bien se souvenir des paroles du Stagirite :

« Le fait que le juge est tenu d'agir *infra legem*, alors que l'arbitre échappe à ces contraintes, est mentionné par Aristote dans un passage que cite Grotius : « (...) l'arbitre regarde ce qui est juste, le juge regarde la loi » (*De jure belli ac pacis*, liv. III, Chap. XX, sect. XLVII, ...) »³².

La Cour joue habilement par ailleurs de sa liberté de choisir les motifs de sa décision, ainsi que l'ordre de leur présentation. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* par exemple, dont il a été question plus haut³³, la Cour, désireuse dans le contexte dans lequel son arrêt est intervenu de rappeler l'importance du principe de non-recours à la force, a volontairement inversé l'ordre logique du raisonnement en commençant par examiner si les Etats-Unis pouvaient invoquer l'exception de légitime défense pour justifier leur comportement avant ensuite seulement de déterminer si ce comportement avait en tout état de cause porté atteinte au traité irano-américain de 1955 dont la violation constituait l'objet même de la réclamation iranienne. Cela a permis à la Cour de constater le manquement des Etats-Unis à l'interdiction du recours à la force (l'exception de légitime défense n'était pas admissible en l'espèce), sans pour autant engager leur responsabilité (le traité de 1955 n'ayant de toute manière pas été violé par les Etats-Unis)³⁴.

La Cour prend sur elle également de rappeler dans les motifs de ses arrêts ce que furent les souffrances des véritables victimes d'un conflit dont elle ne peut examiner que les aspects juridiques interétatiques. Dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (RDC/Ouganda)*, la Cour indique ainsi dans son arrêt du 19 décembre 2005 que le conflit a entraîné « beaucoup de souffrance pour la population locale », par ailleurs qu'elle est « consciente de la nécessité de parvenir, du fait des conflits entre factions que connaît la RDC, à un règlement global des problèmes de la région », enfin, et plus explicitement,

« que si elle s'est prononcée sur les violations du droit international relatif aux droits de l'homme et du droit international humanitaire commises par les forces militaires ougandaises sur le territoire congolais, elle observera cependant que les actes commis par les diverses parties à ce conflit complexe que connaît la RDC ont contribué aux immenses souffrances de la population congolaise. La Cour est profondément consciente que de nombreuses atrocités ont été commises au cours du conflit. L'ensemble des protagonistes de ce conflit ont tous le devoir de soutenir le processus de paix en RDC ainsi que d'autres plans de paix dans la région des Grands Lacs, afin que le respect des droits de l'homme y soit garanti »³⁵.

La Cour soulage ici en partie les victimes, en rappelant leurs souffrances, tout en ne perdant pas de vue l'impératif du règlement pacifique du conflit, qui doit permettre le respect des droits fondamentaux des individus.

plein office dans une affaire comme celle-ci, dans laquelle les deux Parties craignent une frustration que chacun d'elle estime injuste d'avoir à subir par l'effet d'un arrêt qui viendrait à lui enlever les Hawar ». Certes, concédaient-ils, la Cour ne pouvait satisfaire les deux parties à la fois, ni statuer en équité. Mais, « en disant le droit, en tranchant exclusivement en conformité au droit international, la Cour se devait toutefois de rechercher, parmi de possibles solutions, celle qui pouvait paraître la plus apaisante, celle qui était susceptible de provoquer le moins d'insatisfaction d'un côté comme de l'autre ».

³² Opinion du juge Weeramantry sous *Jan Mayen*, *CIJ Recueil 1993*, p. 233, note 1. Sur ce phénomène d'arbitralisation, consulter en particulier M. PROST et J. FOURET, « Du rôle de la CIJ : peu neuve ou peu de chagrin ? Quelques réflexions sur l'arbitralisation de la Cour mondiale », *Revue québécoise de droit international*, 2003, pp. 191-233. Les auteurs retiennent toutefois une conception trop restreinte de la notion, en l'assimilant à celle de « justice transactionnelle », évacuant du même coup la contribution judiciaire au règlement des différends et au maintien de la paix, ainsi qu'à la sauvegarde des impératifs fondamentaux de la société internationale, toutes considérations auxquelles la Cour n'a jamais cessé de prêter attention sans pour autant se départir de sa mission judiciaire proprement dite. C'est sans doute une fausse piste en réalité que d'opposer « règlement judiciaire » et « arbitralisation » : ce qui caractérise la Cour, c'est le soin qu'elle met à concilier le règlement judiciaire des différends interétatiques avec le règlement des conflits entre peuples (l'arbitralisation n'étant qu'un moyen, parmi d'autres, utilisé à cette fin).

³³ *Supra*, note 28.

³⁴ Arrêt du 6 novembre 2003, *CIJ Recueil 2003*, p. 161.

³⁵ Par. 26 et par 221 (www.icj-cij.org) ; v. aussi l'opinion du juge Kooijmans, par. 11 et s. (*ibid.*)

Le même procédé est utilisé dans les circonstances où la Cour doit s'estimer incompétente. La Cour s'autorise, dans la décision constatant son incompétence ou l'irrecevabilité de la demande, à rappeler aux parties leurs obligations, ou à rappeler qu'incompétence ne signifie pas irresponsabilité. Ce faisant, la Cour parvient à ne pas laisser le demandeur totalement démuné tout en incitant à l'apaisement des tensions en appelant à la retenue. Dès l'arrêt du 13 mai 1951 rendu dans l'affaire *Haya de la Torre*, la Cour a ainsi appelé les parties à la « courtoisie » et au « bon voisinage ». De même, dans l'affaire ayant opposé la Serbie aux Etats membres de l'OTAN au sujet du Kosovo, le fait que la Cour ait constaté son absence de compétence *prima facie* ne l'a pas empêché d'indiquer ceci :

« Considérant que les Etats, qu'ils acceptent ou non la juridiction de la Cour, demeurent en tout état de cause responsables des actes contraires au droit international, y compris au droit humanitaire, qui leur seraient imputables ; que tout différend relatif à la licéité de tels actes doit être réglé par des moyens pacifiques dont le choix est laissé aux parties conformément à l'article 33 de la Charte ; Considérant que dans ce cadre les parties doivent veiller à ne pas aggraver ni étendre le différend ; Considérant que, lorsqu'un tel différend suscite une menace contre la paix, une rupture de la paix ou un acte d'agression, le Conseil de sécurité est investi de responsabilités spéciales en vertu du chapitre VII de la Charte »³⁶.

La Cour est également attentive à ne pas retenir de qualifications juridiques qui pourraient paraître trop infamantes pour les Etats jugés coupables d'un manquement au droit international (en tout cas dans la mesure où une autre qualification, moins sévère, permet d'aboutir à un résultat équivalent, notamment pour les victimes du manquement au droit international). Notamment, si la Cour a eu plusieurs occasions de condamner des Etats pour manquement au principe de non-recours à la force (dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, en 1949 ; dans l'affaire *Nicaragua*, en 1986 ; dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, en 2003 ; et dans l'affaire *Congo/Ouganda*, en 2005), jamais elle n'a condamné ces Etats pour « agression », très certainement en raison de la nature pénale de cette qualification, l'agression étant souvent présentée comme le « crime des crimes » en droit international. La Cour a considéré – en tout cas, on peut le supposer – qu'une telle qualification aurait pu crispier le défendeur, au détriment du retour à une situation pacifique entre les Etats concernés.

Dans le même registre, la Cour veille, autant que le lui permet sa fonction judiciaire, à éviter les décisions trop unilatérales. Autant que possible (c'est-à-dire sans se départir des règles applicables du droit international), la Cour préférera des solutions équilibrées, de nature à satisfaire les susceptibilités de chacun. Dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des Etats-Unis à Tébéran* par exemple, la Cour a condamné clairement l'Iran pour manquement aux règles du droit diplomatique dans son arrêt du 24 mai 1980, mais elle a nuancé l'effet de sa décision en condamnant également, alors même qu'elle n'avait pas reçu compétence pour trancher cette question, l'action armée menée par les Etats-Unis contre l'Iran pendant le déroulement du procès³⁷. Dans l'affaire *Nicaragua*, cet Etat avait clairement gagné son procès (condamnation des Etats-Unis). Mais la Cour, compte tenu de la non-comparution des Etats-Unis durant l'instance, n'a pas estimé opportun dans son arrêt reconnaissant leur responsabilité d'accorder déjà la réparation provisionnelle demandée par le Nicaragua, au motif que lorsqu'une partie ne comparait pas, il serait superflu de prendre une décision qui risquerait de faire obstacle à un règlement négocié³⁸. C'est la même logique que l'on retrouve dans le domaine du contentieux territorial. Dans l'affaire *Cameroun/Nigeria*, le Nigeria a très clairement perdu, mais la Cour a été soucieuse de « donner » à cet Etat quelques points mineurs tout en utilisant la déclaration à la presse après la lecture de l'arrêt pour insister sur le fait qu'il n'y avait ni perdant ni gagnant. On pourra trouver excessive cette attention prêtée à la susceptibilité des Etats ; il ne faut pas oublier que derrière cela se jouent bien souvent des questions d'honneur national dont l'instrumentalisation interne risquerait d'attiser les braises du conflit³⁹.

La Cour sera également attentive à ce que ses décisions n'aient pas d'impact trop dommageable pour les populations des Etats concernés. Ainsi, en matière de délimitation frontalière fluviale, la Cour peut-elle

³⁶ Ordonnance du 2 juin 1999 dans l'affaire relative à la *Licéité de l'emploi de la force*, *CIJ Recueil 1999*, p. 140, par. 48-50.

³⁷ *CIJ Recueil 1980*, pp. 43-44, par. 93-94.

³⁸ *CIJ Recueil 1986*, pp. 142-143, par. 283-285 ; v. également p. 145, par. 290-291 : la Cour pointe la nécessité de parvenir à une paix stable et définitive.

³⁹ On se permettra de renvoyer ici à (*supra*) la communication de Jean-Jacques BECKER sur « le sentiment national dans l'éclatement de la guerre de 1914 ».

être conduite à atténuer la nature frontalière d'un cours d'eau en garantissant à ses usagers habituels un accès normal à celui-ci. Dans l'affaire de l'*Ile de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, la Cour, après avoir constaté que la frontière des deux Etats passait par le chenal nord du fleuve Chobe, a décidé que

« dans les deux chenaux autour de l'île de Kasikili/Sedudu, les ressortissants et les bateaux battant pavillon de la République du Botswana et de la République de Namibie doivent bénéficier, sur pied d'égalité, du régime du traitement national »⁴⁰.

La Cour n'hésite pas enfin dans le cadre du contentieux de la responsabilité à jouer sur la réparation du dommage en en aménageant d'une façon intéressante les modalités de mise en œuvre. Dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*, où la Slovaquie et la Hongrie étaient en conflit à propos de la construction d'un barrage et d'un système d'écluses sur le Danube, la Cour a fait recours à une réparation de nature « constructive » en décidant que la réparation devait passer par la reprise de la coopération entre les parties et par une gestion équitable et raisonnable des ressources en eau⁴¹. Constatant par ailleurs que chaque partie avait manqué à ses obligations, la Cour proposa que chacune abandonne ses demandes d'indemnisation, sans égard au fait que l'une aurait pu être d'un volume financier plus ample que l'autre⁴². La volonté d'inciter les parties à solder une fois pour toutes leur contentieux est très nette ici. De même, dans l'affaire *Cameroun/Nigéria*, la Cour considère que l'occupation illicite de la presqu'île de Bakassi par le Nigeria depuis de nombreuses années n'appelle pas d'indemnisation particulière, la demande de retrait du territoire adressée au Nigeria suffisant à réparer le dommage causé⁴³. Une nouvelle fois, cette décision vise à faciliter le retour à la paix.

Rien n'empêche bien sûr la Cour de cumuler ces différentes techniques. L'affaire du *Génocide* est tout à fait éclairante à ce propos, en même temps qu'elle révèle les limites de ce que peut faire la Cour. Au terme d'un raisonnement serré, auquel on peut ou non adhérer, mais qui n'en est pas moins juridiquement motivé, celle-ci n'a pas condamné l'Etat serbe pour le génocide commis contre la population bosniaque (au motif que les actes commis par les Serbes de Bosnie ne lui étaient pas attribuables), mais uniquement pour manquement à l'obligation de prévention et de répression de ce crime, et sans estimer nécessaire par ailleurs d'accorder une indemnisation pour les faits commis, mais en prononçant une réparation par simple voie de satisfaction⁴⁴. Nul doute que l'instabilité encore patente de la région des Balkans (problème du Kosovo notamment, problème du retour des réfugiés dans les territoires des anciennes républiques yougoslaves, etc.) ainsi que l'évolution politique de l'ancienne Serbie ont pesé d'un certain poids dans les choix opérés par la Cour, et offriront autant d'angles d'attaque contre ceux-ci. De fait, dès lors que l'enjeu pour la Cour ne peut jamais se réduire à la seule résolution d'une question juridique épurée, les décisions qu'elle prend sont toujours ouvertes à la critique, soit qu'on les juge trop accommodantes pour les Etats, soit au contraire qu'on en condamne le manque de réalisme ou de prudence. En l'espèce, le point d'équilibre à trouver entre le respect dû aux morts et la réconciliation des peuples était rien moins qu'évident à trouver⁴⁵. Le simple fait que la question de l'identification de ce point d'équilibre se pose confirme, quoi qu'il en soit, que le rôle de la Cour ne se limite certainement pas à la mise en œuvre de prescriptions juridiques techniques.

- B -

Compte tenu de la nature de notre rencontre, qui opte pour une approche historique de la résolution des conflits entre peuples, je voudrais montrer enfin quel a été l'apport de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice à la réconciliation, sur le long terme cette fois-ci, des différents peuples, notamment grâce à la relecture opérée par la Cour du problème du colonialisme. Plus précisément, je voudrais montrer comment la Cour s'est efforcée, quand l'occasion s'est présentée à elle, de réconcilier les peuples anciennement colonisés avec un droit international qui a longtemps constitué un instrument de

⁴⁰ Arrêt du 13 décembre 1999, *CIJ Recueil 1999*, p. 1108, par. 104, 3).

⁴¹ Arrêt du 25 septembre 1997, *CIJ Recueil 1997*, p. 80, par. 150.

⁴² *Ibid.*, p. 81, par. 153.

⁴³ *CIJ Recueil 2002*, p. 452, par. 319 ; J.-M. THOUVENIN, *op. cit.*, p. 119.

⁴⁴ Arrêt du 26 février 2007 (www.icj-cij.org).

⁴⁵ V. P.-M. DUPUY, « Crime sans châtement ou mission accomplie ? », *Revue générale de droit international public*, 2007, pp. 243-257, notamment p. 256.

domination exercée à leur encontre par les peuples européens, et plus largement occidentaux – réconciliation avec le droit international qui constitue un pas nécessaire à franchir si l'on veut parvenir à une entente cordiale, et dénuée d'arrière pensées, entre les différentes nations qui peuplent aujourd'hui la société internationale.

C'est essentiellement dans le domaine des contentieux frontaliers hérités par les Etats nouvellement indépendants de leurs anciennes puissances coloniales que la Cour a fait le plus œuvre utile à cet égard. Pourquoi dans ce domaine en particulier ? Parce que celui-ci est soumis au principe de l'application intertemporelle du droit : pour déterminer quelle est, aujourd'hui, la frontière qui sépare deux Etats, l'internationaliste est requis d'appliquer les règles qui étaient en vigueur au moment de la constitution du titre juridique étatique sur le territoire concerné. La difficulté de ce principe tient au fait qu'il conduit bien souvent à faire application aujourd'hui de principes définis dans le passé par les puissances coloniales, à leur seul avantage. On comprendra donc que le juge international ait pu éprouver quelque gêne dans cette application ; aussi la Cour s'est-elle efforcée de concilier le respect de ce principe avec la protection de la dignité des Etats issus de la décolonisation. Elle l'a fait à deux niveaux, quitte à prendre quelques libertés avec l'histoire.

Dans l'affaire *Burkina/Mali*, la Cour a dû faire application du principe dit de *uti possidetis juris*. En vertu de ce principe, les frontières des Etats issus de la décolonisation sont celles qui existaient au moment de la décolonisation, c'est-à-dire celles fixées par le colonisateur. Au moment de leur accession à l'indépendance, les pays nouvellement indépendants pouvaient difficilement remettre en cause cette règle, au risque d'assister à une multiplication des revendications territoriales. L'apport de la Cour a consisté à ce niveau à légitimer l'acceptation de ce principe en *valorisant* le choix fait par les pays anciennement colonisés de s'en tenir à son prescrit. Ainsi d'une contrainte la Cour a-t-elle fait une décision emplie de sagesse :

« On peut cependant se demander comment le principe ancien a pu survivre aux conceptions nouvelles du droit international telles qu'elles se sont exprimées en Afrique où la série des indépendances et l'émergence de jeunes Etats se sont traduites par une certaine contestation du droit international classique. A première vue en effet ce principe en heurte de front un autre, celui du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Mais en réalité le maintien du *statu quo* territorial en Afrique apparaît souvent comme une solution de sagesse visant à préserver les acquis des peuples qui ont lutté pour leur indépendance et à éviter la rupture d'un équilibre qui ferait perdre au continent africain le bénéfice de tant de sacrifices. C'est le besoin vital de stabilité pour survivre, se développer et consolider progressivement leur indépendance dans tous les domaines qui a amené les Etats africains à consentir au respect des frontières coloniales, et à en tenir compte dans l'interprétation du principe de l'autodétermination des peuples »⁴⁶.

De manière plus sensible, le juge international s'est heurté à plusieurs reprises au concept de « territoire sans maître » (*terra nullius*). A l'époque de la colonisation (de l'Amérique, de l'Afrique, de l'Asie), les puissances européennes ont généralement considéré que tout territoire qui n'était pas gouverné par un Etat européen était réputé « sans maître » et était de ce fait ouvert à la conquête et l'occupation, laquelle, à condition d'être effective et réalisée « à titre de souverain », suffisait à conférer un titre de souveraineté sur le territoire en question. Cette conception n'était pas sans sophistication, comme en témoigne la description qui en fut livrée par l'un des participants de la Conférence de Berlin de 1885 : voici comment, selon lui, on raisonnait à l'époque des grandes acquisitions territoriales :

« Les Indiens et les noirs d'Afrique, dans leurs groupements variables, n'offraient pour la plupart aucun des caractères constitutifs de la personnalité juridique. N'eût-il point paru dérisoire de les traiter selon l'équité et la justice, eux qui ignoraient l'équité et la justice, qui n'avaient d'autre droit que celui de la force physique ? Devait-on voir un semblant d'Etat dans des associations plus ou moins accidentelles, sans frontières définies, sans pouvoir stable, guerroyant le plus souvent entre elles et passant alternativement de l'indépendance à l'esclavage ? Etaient-ils réellement propriétaires du sol qu'ils habitaient, ces occupants temporaires qui négligeaient de cultiver ce sol, c'est-à-dire de l'utiliser ? Il n'y avait donc point entre l'homme et la terre le lien par excellence,

⁴⁶ Arrêt du 22 décembre 1986, *CIJ Recueil 1986*, pp. 566-567, par. 25.

celui du travail, qui est au fond la véritable légitimation de la propriété, et la terre ainsi abandonnée à elle-même n'était-elle pas en réalité *res nullius* à la disposition du premier conquérant ? »⁴⁷.

Cette théorie trouva un écho tardif dans la résolution de l'Institut du droit international du 7 septembre 1888 portant « projet de déclaration internationale relative aux occupations de territoires », qui ne conteste pas le droit d'occupation, se contentant d'en protéger les droits fondamentaux des populations indigènes, ou encore dans la sentence arbitrale de 1926 rendue dans l'affaire des Indiens Cayuga qui rappelle que les tribus indiennes n'ont jamais été considérées comme indépendantes au plan international, mais uniquement « treated as under the exclusive protection of the power which by discovery or conquest or cession held the land which they occupied »⁴⁸.

Comment, dans ces conditions, restaurer la dignité politique des peuples anciennement colonisés (dont les structures politiques, pour ne pas correspondre au modèle européen, n'en existaient pas moins) sans se livrer à une contrefaçon de ce qu'a été la réalité historique de la colonisation ? La Cour s'est sortie du piège en adoptant une voie moyenne dans son avis du 16 octobre 1975 relatif au problème du *Sabara occidental*. Celle-ci a consisté à considérer que le titre des puissances européennes sur les territoires qu'elles ont colonisés reposait bien sur l'occupation de ces derniers, mais dont l'effectivité était conditionnée à la conclusion d'accords avec les « chefs locaux » :

« Quelles qu'aient pu être les divergences d'opinions entre les juristes, il ressort de la pratique de la période considérée que les territoires habités par des tribus ou des peuples ayant une organisation sociale et politique n'étaient pas considérés comme *terra nullius*. On estimait plutôt en général que la souveraineté à leur égard ne pouvait s'acquérir unilatéralement par l'occupation de la *terra nullius* en tant que titre originaire, mais au moyen d'accords conclus avec des chefs locaux. Il est vrai que le terme occupation était parfois employé dans un sens non technique, comme désignant simplement l'acquisition de la souveraineté ; cela ne signifiait cependant pas que l'acquisition de la souveraineté par voie d'accords conclus avec les autorités du pays était considérée comme l'occupation d'une *terra nullius* au sens propre de ces termes. Au contraire, on voyait dans ces accords avec les chefs locaux, *interprétés ou non comme opérant une cession effective du territoire*, un mode d'acquisition dérivé et non pas des titres originaires acquis par l'occupation d'une *terra nullius* »⁴⁹.

Ce faisant, la Cour reste au milieu du gué, car elle ne reconnaît pas pour autant à ces peuples colonisés le statut d'entités de droit international (et aux « accords » conclus par eux la véritable qualité de traités internationaux, opérant « cession » des territoires concernés)⁵⁰. Mais la Cour pouvait difficilement aller plus loin sans se livrer à une falsification historique. En revanche, il faut saluer la rupture avec l'ancienne théorie des territoires sans maître, qui a permis de redonner aux peuples colonisés leur dignité politique. Bien sûr, cela paraîtra une goutte d'eau dans l'immensité de l'océan. Mais dans une société par nature conflictuelle comme l'est la société internationale, il est permis de penser que ce sont ces attentions de tous les instants qui ont permis, et permettront encore, à la paix universelle de progresser insensiblement.

⁴⁷ Ed. Engelhardt, « Etude sur la déclaration de la Conférence de Berlin relative aux occupations », *Revue de droit international et de législation comparée*, 1886, p. 577.

⁴⁸ In L.C. GREEN, *International Law Through the Cases*, Third edition, 1970, p. 57.

⁴⁹ *CIJ Recueil* 1975, p. 39, par. 80.

⁵⁰ V. les précisions apportées dans l'affaire *Cameroun/Nigéria*, arrêt du 10 octobre 2002, *CIJ Recueil* 2002, pp. 404 et s., par. 203 et s.

« La résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés »

De nombreuses études, marquées ou non par une inspiration idéologique et/ou politique, ont déjà traité (d'un point de vue juridique, politique ou socio-économique) des conflits qui, de l'Antiquité à nos jours, ont opposé les gouvernants aux gouvernés au sujet de la légitimité de ces gouvernants, du choix des personnes et oligarchies qui exercent le pouvoir ou, plus ponctuellement, d'un rejet partiel ou complet de leurs décisions et choix de société. On s'est surtout intéressé aux différents modes d'expression de ces conflits qui, selon les lieux et les époques, se sont manifestés par des insurrections, des révoltes et révolutions, ou encore des grèves et manifestations. En revanche, on s'est peu intéressé aux modes de résolution de ces conflits et à leurs acteurs.

L'objet de la présente recherche est d'abord de mieux cerner les acteurs de cette résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés (envisagés à titre individuel ou collectif). Pour la période médiévale et les Temps modernes, on peut citer, parmi d'autres exemples, les autorités urbaines (y compris les métiers et corporations), les assemblées représentatives et éventuellement l'Eglise, d'une part, le prince et ses représentants (officiers ou commissaires) comme les seigneurs locaux, d'autre part. Pour l'époque contemporaine, on pensera davantage aux syndicats, collectifs divers, partis politiques et groupes de pression comme interlocuteurs des mandataires élus et autres représentants des autorités publiques, des administrations ou encore des médiateurs.

Au-delà des acteurs, se pose surtout la question des moyens dont ceux-ci disposent pour aplanir et résoudre les conflits. On pourra ainsi s'interroger sur la pertinence des discussions et pourparlers formels ou informels, des concessions et accords oraux et écrits ou encore de l'adaptation des lois existantes ou de la promulgation de nouvelles normes législatives ou réglementaires comme modes extrajudiciaires (ou alternatifs) de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés ; sans oublier de confronter ceux-ci aux possibilités d'un règlement judiciaire de ces mêmes conflits, puisque tant les juridictions civiles qu'administratives ont, depuis la fin du Moyen Age, été appelées à trancher des litiges de ce type.

ANNE ROUSSELET-PIMONT

Professeur à l'Université de Lille 2

anne.pimont@uni-lille2.fr

Le roi commande, les sujets obéissent. Voilà énoncés les nécessaires rapports entre gouvernants et gouvernés dans la structure monarchique française de l'Ancien Régime. Le principe n'est pas en soi nouveau au XVI^e siècle ; il existait en effet déjà depuis au moins le XIV^e tout un arsenal argumentaire propre à fonder la puissance royale. Cependant, l'entrée dans les Temps modernes s'accompagne d'une exaltation de la fonction directive du monarque et d'une pratique de plus en plus autoritaire du pouvoir qui suppose une obéissance totale des sujets¹. Le monarque du début des Temps modernes ne manque, d'ailleurs, pas de voix pour rappeler quelle est la stricte répartition des rôles entre le roi souverain et ses sujets. Et parmi ces voix, je m'appuierai sur celles des chanceliers. Fervents défenseurs de l'institution monarchique de par leurs fonctions, mais aussi de par leurs convictions personnelles, les chanceliers du XVI^e siècle se font les porte-parole du devoir d'obéissance des sujets. « *Nous n'avons qu'un prince, seigneur, qui a puissance de nous commander et nous luy devons obeissance* », assure ainsi Antoine Duprat, premier chancelier de François I^{er}, aux membres du parlement de Paris lors du débat quelque peu agité sur l'enregistrement du Concordat de Bologne². « *C'est raison qu'il soit obey* », leur répète-t-il en 1524³. Admettre une quelconque résistance à l'autorité du roi serait même à ses yeux dénaturer la monarchie⁴. Quelques années plus tard, Michel de L'Hospital, alors chancelier de Charles IX, qui sur d'autres points a eu des positions plus nuancées que son prédécesseur, s'inscrit, lorsqu'il s'agit d'obéissance, dans la continuité de son compatriote auvergnat. Devant les députés des Etats généraux réunis à Orléans en décembre 1560, il insiste ainsi sur le fait que l'« *office et devoir* » des sujets envers le prince « *est de supplier tres humblement et obeir* »⁵. Pour L'Hospital, la soumission des sujets aux commandements du roi est perçue comme étant propre à la condition de l'un et de l'autre. Citant Aristote, L'Hospital rappelle qu'il est de la nature de l'esclave d'obéir et du maître d'être obéi et il en déduit par « *analogie et raison* » qu'il est aussi nécessaire que le roi commande et que le sujet obtempère⁶. La « *vraye obeissance* » du sujet, dit-il encore, est « *de garder vrais et perpetuels commandemens [du roi], c'est-a-dire ses loix, edits et ordonnances* »⁷. Le devoir d'obéissance des sujets s'illustre, en effet, tout particulièrement dans le domaine législatif. Le roi fait la loi et le sujet doit s'y soumettre. Cette répartition des rôles est pour le juriste et l'homme d'Etat qu'est Michel de L'Hospital une exigence nécessaire au bon fonctionnement de toute société politique. « *Les principales maximes des estatz et republicques qu'il y fault observer, sont que l'un commande bien et l'autre obeisse bien* », affirme-t-il cette fois-ci devant les membres du parlement de Paris en novembre 1561⁸. Il y a là une obligation réciproque qui pèse sur le roi et ses sujets. Le premier est tenu de faire de bonnes lois, les seconds de s'y soumettre. Si chacun reste dans son rôle, il n'y aura pas de conflits. Pourtant, les choses ne sont jamais aussi simples. Et le roi comme ses conseillers savent qu'ils

¹ Arlette JOUANNA, *La France du XVI^e siècle*. Paris, PUF, 1996, p. 167-169.

² Réponse aux remontrances du parlement de Paris sur le Concordat, B.N., Ms. Fr. 17591, fol. 179.

³ A.N., X^{1A} 1526, 9 mars 1524, fol. 200.

⁴ Que la cour « *voulut dire, porter ne soutenir que ledit Concordat ne sera publié, ne enregistré car cela ne se pourroit supporter ne soutenir et faudroit dire que ce royaume ne seroit monarchie* », réponse aux remontrances du parlement de Paris sur le Concordat, B.N., Ms. Fr. 17591, fol. 179. Voir R. J. KNECHT, *Un Prince de la Renaissance. François I^{er} et son royaume*. Paris, 1998, p. 59.

⁵ *Discours pour la majorité de Charles IX et trois autres discours*, publiés par R. DESCIMON. Paris, 1993, p. 76.

⁶ « *Car s'il est vray, comme dit Aristote, que, tout ainsi qu'il est bon et utile au seigneur de commander, ainsi est au serf obeir, la mesme proportion ou analogie et raison est du roy au sujet : et toutes et quantes fois que l'un ou l'autre veut sortir de son rang et faire office de l'autre, il luy en est pris et prendra mal ; ce qui est advenu et adviendra toujours quand le sujet voudra passer outre et commander au lieu d'obeir* », *ibid.*, p. 77.

⁷ *Ibid.*, p. 81.

⁸ Discours du 12 novembre 1561, A.N., X^{1A} 1599, fol. 2v^o.

n'emporteront l'adhésion des sujets que s'ils les convainquent de la pertinence du commandement monarchique, de la justesse de la loi royale. C'est là notamment tout l'objet des préambules des ordonnances qui témoignent de la volonté du roi de « se concilier l'opinion avant d'exiger l'obéissance » comme l'écrivait Albert Babeau à la fin du XIX^e siècle⁹. Un sujet bien avisé sera plus obéissant que celui qui ne l'est pas. La lettre de la loi est donc là pour éviter l'apparition d'un éventuel conflit que ferait naître son exécution.

Il ne sera pas question ici de reprendre l'étude en soi des préambules des ordonnances royales, étude ouverte par Albert Babeau et poursuivie récemment encore dans une thèse soutenue en 2004¹⁰. Il s'agira plus modestement de s'intéresser, pour la période des deux premiers tiers du XVI^e siècle¹¹, à un aspect du discours législatif royal à travers l'examen de deux topiques que sont d'une part la mention du conseil et d'autre part celle de la raison et de s'interroger sur la portée réelle de ces mentions dans la lettre de la loi et sur leur rôle pour parer un éventuel conflit entre gouvernants et gouvernés. Cet examen devrait aussi permettre de souligner l'évolution qui se produit au cours du XVI^e siècle quant à la définition de la loi du roi, perçue de plus en plus comme un acte d'autorité et de moins en moins comme une donnée transcendante incarnée par ceux chargés de l'appliquer.

I. LE REMPART DE LA CONCERTATION.

User de conseil est, on le sait, une exigence ancienne. « *Et erit salus ubi multa consilia* » peut-on lire au livre des Proverbes¹². Et cet adage biblique, d'un usage courant au Moyen Âge où le conseil est présenté comme source de sagesse¹³, est toujours utilisé au début des Temps modernes. On le retrouve, notamment, dans la bouche du président du parlement de Paris, Charles Guillart, lors de son fameux discours devant François I^{er}, le 24 juillet 1527¹⁴.

Appliqué au pouvoir normatif royal dès sa renaissance médiévale, l'idéal de la concertation exige que le roi légifère « *par grand conseil* ». Le principe est maintenu au début de l'époque moderne où les auteurs humanistes font toujours du conseil la condition d'un gouvernement réfléchi et ordonné. Rabelais et Ronsard n'imaginent le bon roi que sagement entouré¹⁵ et Budé rêve d'un prince-philosophe qui saurait écouter¹⁶. On a également en mémoire la formule de Claude de Seyssel, selon laquelle le monarque ne doit

⁹ A. BABEAU, « Les préambules des ordonnances royales et l'opinion publique », *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*. Paris, 1896, 56^{ème} année, t. 46, p. 798.

¹⁰ FR. SEIGNALET-MAUHOURET, « *A ces causes...* ». *Essai sur les préambules des ordonnances royales aux XVII^e et XVIII^e siècles*. Toulouse I, 2004. Voir aussi l'article du même auteur, « La valeur juridique des préambules des ordonnances royales », *R.H.D.*, 2006, n^o2, p. 229-258.

¹¹ De l'avènement de François I^{er} à la fin des années 1560. Ce terme *ad quem* a été retenu pour plusieurs raisons. Les années 1570 sont, par un faisceau d'indices, la fin d'une époque. La disgrâce de Michel de L'Hospital en 1568 marque la faillite de la concorde religieuse qui avait jusque là dirigé l'action de la royauté. La Saint-Barthélemy consacre cet échec. Après ce « rêve perdu de la Renaissance », selon l'expression de Denis CROUZET (*La Nuit de la Saint-Barthélemy*. Paris, 1994), le conflit religieux et civil ainsi que les théories politiques se radicalisent. La pensée politique en est durablement transformée. Les écrits des monarchomaques comme la publication de la *République* de Bodin sont les reflets de la dimension nouvelle que prend le discours politique.

¹² *Proverbes*, 24, 6.

¹³ M.-F. RENOUX-ZAGAME, « «Royaume de la loi» : équité et rigueur du droit selon la doctrine des parlements de la monarchie », *Histoire de la Justice*, n^o 11, 1998, p. 54.

¹⁴ A.N., X^{1A} 1530, fol. 355 : « Et selon le saige : là est le salut où sont plusieurs conseilz ».

¹⁵ Dans sa fresque allégorique, Rabelais dépeint, autour de ses géants, le fonctionnement d'un conseil royal jugé indispensable à un sage gouvernement. Ronsard loue Henri II d'être « prompt à croire conseil » et insiste sur le rôle essentiel des conseillers qui entourent le roi. Voir Fr. DUMONT, « La royauté française vue par les auteurs littéraires au XVI^e siècle », *Mélanges Noël Didier*, Paris, 1960, p. 85-86.

¹⁶ Sur cette question du roi-philosophe, voir J. POUJOL, *L'Évolution et l'influence de l'idée absolutiste en France de 1498 à 1559*. Thèse lettres, dactylographiée. Paris, 1955, p. 82-86. L'idéal d'un prince-philosophe constitue également le cœur du *Pourparler du prince* rédigé vers 1559-1560 par PASQUIER. Dans ce dialogue, les quatre orateurs (*l'escolier*, le *curial*, le *philosophe* et le *politico*) s'accordent sur la nécessité pour le roi d'être philosophe, mais il leur reste après à préciser ce que chacun entend par ce terme. Le *Politico* pose ainsi le débat : « Vous estes tous de cest avis, qu'il faut qu'un prince philosophe ; mais vous établissez divers fondemens de ceste philosophie, l'un d'entre vous estimant philosopher n'estre autre chose que s'amuser en la lecture des livres ; l'autre au contennement de ce monde et le

faire « aucune chose par volonté désordonnée ni soudaine, ains use[r] en toutes ses actions mèmement concernant l'Etat, de bon conseil »¹⁷. Et on pourrait dans les années qui suivent multiplier les exemples, tant louer les vertus de la concertation demeure un leitmotiv du discours politique¹⁸. Le gouvernement monarchique n'adopte pas, à première vue, un ton très différent et s'associe volontiers à l'éloge du conseil. Ainsi Michel de L'Hospital affirme qu'« il est bon et honneste que [le roi] face les choses par conseil » et assure que ce n'est diminuer l'autorité des rois que d'user de conseil¹⁹. Dans sa loi, le monarque ne manque d'ailleurs pas de mentionner la consultation de tel ou tel organe.

Mais quelle est la valeur réelle de cette mention ? Ce conseil mentionné dans la loi lie-t-il le roi ou bien n'est-il qu'un argument de plus propre à convaincre des sujets potentiellement récalcitrants d'adhérer à la règle fixée par le roi ?

Au vu de la pratique politique du XVI^e siècle, il convient d'admettre que la portée du conseil diminue. La force contraignante de la concertation tant dans sa forme que dans son résultat, encore importante à la fin du Moyen Âge, s'estompe et la monarchie des Temps modernes s'émancipe de plus en plus de la tradition médiévale d'association à l'édition de la norme²⁰. Certes le roi consulte et écoute, mais comme il le précise aux notables réunis au parlement de Paris en décembre 1527, il le fait pour les « honorer » et non parce qu'il devait le faire²¹. Le roi consulte parce qu'il est « bon et honneste qu'il face les choses par conseil » disait Michel de L'Hospital, mais, ajoute-t-il, il n'est « contraint et nécessité prendre conseil des siens »²². Le gouvernement monarchique refuse désormais de se lier les mains et les choix qu'il opère entre les différents organes de concertation (du conseil étroit jusqu'aux vastes réunions des États généraux) tout comme le choix de ne pas recourir au conseil atteste de cette liberté nouvellement acquise. Refusant d'être lié par la concertation, le roi écarte également toute idée de parallélisme des formes : tel organe de conseil est mentionné comme ayant participé à l'élaboration de la loi ; tel autre sera cité pour en corriger la teneur²³. Dans les années 1560, la législation élaborée par les états généraux fut ainsi modifiée avec le seul concours du conseil du roi auquel on associe parfois quelques conseillers des parlements²⁴. A la même époque, la succession des édits de pacification confirme la liberté du roi de modifier sa législation sans tenir compte des personnes appelées à coopérer à la formulation initiale du texte. L'édit de juillet 1561 fut ainsi rédigé grâce aux conseils du parlement de Paris lors d'une réunion élargie du conseil du roi ; celui de janvier 1562 le fut avec le concours d'une assemblée de notables venus de tout le royaume ; enfin

dernier de vacquer à l'augmentation de son estat, sans autre respect. Ainsi si voz discours tiennent lieu, rendez vous vostre prince ou escolier, ou hermite ou paraventure tyran », *Pourparlers*, publiés par B. Sayhi-Périgot. Paris, 1995, notamment p. 53. Le *Politie*, porte-parole de Pasquier, propose lui un roi-philosophe, respectueux des lois et du peuple et confiant dans les institutions du royaume.

¹⁷ Cl. DE SEYSSEL, *La Monarchie de France* publiée par J. Poujol. Paris, 1961, p. 133-134. L'auteur considère que l'usage du conseil est d'autant plus nécessaire en France pour faire face à la multitude des affaires et à la grandeur du royaume.

¹⁸ Pour plus d'exemples, voir notre travail, *Le chancelier et la loi au XVI^e siècle d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de L'Hospital*. Paris, 2005, p. 85-86.

¹⁹ Discours tenu à l'ouverture des états généraux d'Orléans, 13 décembre 1560, *Discours pour la majorité de Charles IX...*, p. 75. A l'appui de cette dernière idée, il évoque l'exemple de Théopompe, roi de Sparte qui « crea des magistrats qui furent appelez les Ephores et ordonna que les rois ne feroient aucune chose d'importance sans leur conseil. Sa femme le tança, luy disant que c'estoit honte à luy de laisser à ses enfans la puissance royale moindre qu'il ne l'avoit reçue de ses predecesseurs. A quoy respondit Théopompe : “ moindre n'est-elle, mais plus modérée ; et, ores bien qu'elle fust moindre, elle sera par ce moyen de plus longue durée. Car toutes choses violentes ne durent gueres ” ». En février 1566, L'Hospital rappelle encore à Charles IX qu'« il [lui] faut travailler et estudier de faire de bonnes et saintes loix et les reduire toutes a leur entier par un bon conseil de grand nombre de sages et vertueux personnages », *ibid.*, p. 123.

²⁰ K. WEIDENFELD, *Les Origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e-XV^e siècles)*. Paris, 2001, p. 54.

²¹ R. J. KNECHT, *Un Prince de la Renaissance. François I^{er} et son royaume*. Paris, 1998, p. 273.

²² *Discours pour la majorité de Charles IX...*, p. 75.

²³ A. ROUSSELET-PIMONT, *op. cit.*, p. 220-222.

²⁴ C'est le cas en mars 1566 où l'hypothèse d'un remaniement de l'ordonnance d'Orléans de 1561 est évoquée à la requête du syndic des notaires de Provence et pour ce faire, le conseil du roi décide de consulter les parlements du royaume. B.N., Ms. Fr. 18156, Procès-verbaux, rédigés par Jean Camus, sieur de Saint-Bonnet, des séances du Conseil privé sous le règne de Charles IX (25 novembre 1563-24 septembre 1567), fol. 161. Autre exemple, *ibid.*, 26 juillet 1566, fol. 179.

celui d'Amboise de mars 1563 ne fut élaboré qu'après consultation des membres du Conseil du roi²⁵.

On assiste donc à un déclin du poids contraignant de la concertation au cours du XVI^e siècle. Cependant, malgré ce déclin, la force politique du conseil demeure. La référence au conseil est perçue, du moins du côté de la royauté, comme un remède préventif à un éventuel conflit lié à l'application de la loi. Comment en effet s'opposer à une disposition légale si celle-ci est sagement décidée après mûre délibération ? Il est d'ailleurs significatif de remarquer que la mention du conseil, qui n'est pas systématique²⁶, est presque toujours utilisée dans des lois dont on sait, par avance, qu'elles risquent d'être polémiques. La concertation rentre alors pleinement dans le jeu argumentatif du pouvoir royal.

Un examen concret de la législation royale confirme cette place prise par le conseil dans le discours législatif au XVI^e siècle. Bien évidemment, on ne saurait nier la contribution des différents organes de conseil à l'élaboration de la loi. Les avis, les doléances présentés par les bonnes villes, les états provinciaux, les Etats généraux ont été à l'origine de nombreuses dispositions légales tout comme les propositions formulées par les principales cours souveraines du royaume, rôle que les rédacteurs des lois prennent soin de souligner²⁷. Pourtant, il serait trompeur de s'arrêter uniquement à ce que prétendent les textes. Derrière les affirmations flatteuses, il convient d'apprécier la réalité de la concertation. Et l'on constate alors la part de calcul inhérente à la mention du conseil. Par le conseil, le roi cherche à obtenir l'adhésion pour éviter le conflit. Il se sert du conseil quitte à en exagérer l'apport soit parce que la participation n'aboutit qu'à une simple réitération d'une réglementation déjà existante²⁸ ; soit parce que cette même participation est en deçà de ce que laisse entendre la lettre de la loi. Le roi légifère en prenant compte de l'avis de ses sujets, mais il prend soin de bien sélectionner les solutions conseillées. Pour ne prendre qu'un exemple : En 1539, un édit rédigé, après avis des états de Languedoc, affirme donner suite à leur requête alors que seuls quatre articles sur les quatorze présentés sont intégrés dans le corps de la loi et encore avec certaines modifications²⁹.

Le concours des organes consultatifs à l'élaboration de la loi peut se révéler aussi n'être qu'un leurre destiné à renforcer l'autorité de la loi, là encore, pour éviter le conflit, mais sans traduire l'exacte réalité. Au début du règne de François I^{er}, on rencontre ainsi plusieurs ordonnances qui se réfèrent aux avis des bonnes villes notamment des ordonnances consacrées aux réformes financières³⁰. Pourtant à en croire le secrétaire du chancelier Duprat, Jean Barrillon, les propositions faites avec ordre et méthode par les députés des bonnes villes furent souvent « *délaisées* »³¹. Pour certaines, elles furent tout simplement

²⁵ Le préambule de l'édit parle bien des consultations passées : « Ont esté cy devant faites plusieurs assemblées et convocations des plus grands et notables personnages de nostre royaume, et par leur bon conseil et advis fait plusieurs edicts et ordonnances selon le besoin et la necessité qui s'offroit ». La liste des personnes ayant participé à l'élaboration du présent édit est plus courte : la Reine-mère, le cardinal de Bourbon, le prince de Condé, le duc de Montpensier, le prince de la Roche sur Yon, le cardinal de Guise, le duc d'Aumale, le connétable de Montmorency, le duc d'Etampes, les maréchaux de Brissac et de Bourdillon, les sieurs d'Andelot, de Sensac, de Sipierre et « autres bons et grands personnages de nostre Conseil privé », « qui tous ont esté d'advis et trouvé raisonnable, pour le bien public de cestuy nostre royaume, faire et ordonner ce qui s'ensuit », ISAMBERT, t. XIV, p. 135-136.

²⁶ Sur plus de 850 actes, répertoriés tant dans les *Ordonnances* de François I^{er} que par Isambert, seulement un peu plus de 200 mentionnent une délibération ou un avis.

²⁷ Pour plus de détails et d'exemples concrets de cette participation au cours des deux premiers tiers du XVI^e siècle, voir notre étude précitée, p. 105-108.

²⁸ Voir *Ordonnances*, n° 891. Cette déclaration interdisant à quiconque d'entrer, vendre ou acheter dans le royaume et les terres sujettes au roi des draps de Roussillon, de Catalogne, de Sardaigne, de Castille et d'ailleurs, de janvier 1539 est certes rédigée à la demande des états de Languedoc, mais elle ne fait que renouveler des défenses déjà anciennes prises par Charles VIII ou Louis XII et François I^{er} lui-même en 1518.

²⁹ *Ibid.*, n° 911. Voir aussi n° 950.

³⁰ Par exemple : l'ordonnance portant règlement pour le cours et la valeur des monnaies rendue à Amboise le 27 novembre 1516, *Ordonnances*, T. I, n° 95, p. 474 : « ... par l'advis et deliberation de plusieurs gens de nostre Grant conseil, gens de noz comptes, tresoriers de France et generaulx de noz finances, et pareillement des deleguez de plusieurs de noz bonnes villes de nostre royaulme, pour ce de nostre ordonnance assemblez en nostre bonne ville de Paris, afin d'en avoir leur advis, pour obvier aux crimes, mallefices et abbuz, qui le temps passé ont esté faiz ou fait de nosdictes monnoyes ».

³¹ Duprat a bien soumis à l'assemblée des villes réunie en octobre 1516 « le gros desordre qu'il y avoit aux monnois de ce

enfermées dans un grand sac de cuir et oubliées dans un coin sans avoir été examinées³². La royauté adopte parfois la même attitude à l'égard des parlements, admettant la qualité et la pertinence de l'avis donné, mais en ne donnant concrètement aucune suite favorable. La désillusion des Parlements, quant au sort de leurs remontrances, est alors grande comme en témoigne cette lettre du parlement de Paris insérée au registre du 22 décembre 1564, dans laquelle la cour, amère, constate une nouvelle fois que les avis qu'elle a présentés au roi ne sont pas repris et que la déclaration rédigée par Charles IX sur l'ordonnance de Roussillon, si elle vise pourtant dans son préambule l'apport du Parlement, n'en retient rien³³.

Façade toujours que cette référence au conseil lorsque le roi invoque dans sa loi les doléances de diverses institutions du royaume pour justifier certaines mesures dont il sait pertinemment qu'elles n'auront pas leur aval. L'apport du conseil est alors ici plus une couverture qu'une concession. Ainsi François I^{er} assure, dans un édit de 1526 créant un office de président et dix nouveaux offices de conseillers au parlement de Bretagne, qu'il le fait dans le seul but de satisfaire aux doléances des gens des trois états de la province, qui réclament une brève et bonne justice³⁴. Nul intérêt financier avancé, seuls le soulagement et l'écoute des sujets sont pris en compte ! Déjà en janvier 1522, le monarque avait justifié par « *plusieurs plainctes, remonstrances et doleances* », la création d'une troisième chambre des enquêtes au parlement de Paris constituée de vingt nouveaux officiers³⁵.

Mentionner le conseil de telles ou telles personnes dans le texte de la loi est également pour le roi un moyen préventif d'éviter le conflit en associant en amont des institutions qui sont appelées à en apprécier la valeur en aval. Ce sont les parlements qui sont ici principalement visés. L'appel à des parlementaires, notamment dans le cadre d'assemblées de notables, la mention de leur participation dans le corps de la loi permet d'en espérer une réception plus sereine. Le gouvernement monarchique souligne ainsi le large consensus qui a présidé à la formation du texte et en même temps il ébranle les corps constitués, qui peuvent moins facilement au risque de déjuger certains des leurs s'opposer à la réception et à l'application de la loi³⁶.

royaume, la necessité qui estoit de y donner remède et plusieurs autres remonstrances », mais il ajoute : « *Toutesfois, le tout fut délaissé comme il estoit auparavant et lesdictz deleguez retournerent en leurs maisons sans riens faire* », J. Barrillon, *Journal*, 1515-1521, publié par P. de Vaissière. Paris, 1897-1899, t. I, p. 248.

³² C'est le sort qui fut réservé aux avis émis à la suite de l'assemblée de mars 1521. Le secrétaire de Duprat nous apprend encore que « *quelque temps après, chascune ville, qui avoit envoie des depputez, renvoya devers le roy et son Conseil son advis clos et scellé sur lesdictz chappitres qui avoient esté baillez particulièrement à iceulx depputez et quant on apportoyt lesdictz advis, sans les desclorre, on les mettoyt en ung grand sac de cuir, et depuis n'en fut parlé. Ainsy, conclut-il, se despartit ceste assemblée sans riens faire* », *ibid.*, t. I, p. 304. Voir R. J. KNECHT, *op. cit.*, p. 103 ; A. BUISSON, *Le Chancelier Antoine Duprat*. Paris, 1935, p. 124 et 222-225.

³³ A.N., X1A 1611, fol. 152 : « *Nostre souverain seigneur, quant vostre ordonnance pour le fait de vostre justice du mois de janvier dernier nous fut presentee, nous deliberasmes des la fin de mars les remonstrances que vous firent a Troyes maistres René Baillet, president, et Loys d'Erquinvillier, conseiller en ceste vostre court, noz freres, lesquelles en la pluspart furent par vostre dicte majesté trouvees bonnes ainsi qu'il vous pleut nous escrire et que nosdicts deputez nous rapporterent a leur retour. Aians laissé le cayer de ladicte ordonnance pour estre refformee et depuys en aoust suivant sur la fin du Parlement nous fut renvoïee icelle ordonnance en la mesme forme que premierement elle nous avoit esté presentee avec unes lettres de declaration et lettres encloses non signees de vous, nous ne laissasmes toutesfois pource a y delibérer et voyant que la declaration n'estoit que pour cinq articles de la moindre importance et que aux plus grandz articles, noz remonstrances ayans esté par vostre dicte majesté trouvees bonnes, n'estoient suivies, arrestasmes en plaine court que noz remonstrances vous seroient reiterees* ».

³⁴ Ordonnances, n° 435 : « *Savoir faisons que nous, ce considéré, et après que sur ce nous ont esté faictes, par les gens des troys estatiz dudict pays, plusieurs bonnes et grandes remonstrances, desirans traicter noz subgectz d'iceulx pays en bonne justice, sans riens obmettre qui puisse tourner au bien et soullaigement d'iceulx, saichans aussi qu'il n'est riens plus requis ne plus utile a nosdicts subgectz que bonne et briefve justice, ne tant prejudiciabe ne dommageable que la longueur des procès et actentes des expedicions de justice, pour ces causes...* », t. IV, p. 319.

³⁵ *Ibid.*, n° 300, t. III, p. 95.

³⁶ La parade n'est cependant pas parfaite car les parlements prennent soin de rappeler qu'ils demeurent compétents pour vérifier un acte royal même élaboré dans le cadre d'une assemblée de notables associant des parlementaires - Remonstrances faictes au roy de France par messieurs de la court de Parlement de Paris, sur la publication de l'édit du mois de janvier du 12 février 1562, texte imprimé dans B.N., Dupuy 723, fol. Aiii : « *Et pour ce que ladicte court a entendu qu'aucuns ont estimé que lesdictes lettres patentes expediees sur l'avis des princes, seigneurs et officiers pour cest effect assemblez ainsi qu'il est narré en icelles, ne tomboient en deliberation aucune de ladicte court. Plaira audict seigneur entendre que sadicte court n'a faict aucune chose extraordinaire et qui n'ayt accoustumé estre faicte, suyvant le vouloir des roys qui l'ont instituee. Et y adressans leurs edictz, traictez et autres leurs lettres patentes l'ont faict et sont pour auctoriser par deliberations, ce qui est juste et utile seulement. Et ladicte court pour l'importance de la matiere, voulant satisfaire à son devoir, n'a peu plus diligemment y ayant vacqué sans intermission* ».

Le discours législatif s'appuie donc dans ces différents cas sur le conseil pour désamorcer un conflit pressenti quitte à déformer la réalité et la teneur de la concertation. On trouve également dans le discours législatif, un autre argument incontournable lui aussi propre à désamorcer le conflit entre gouvernants et gouvernés : la raison. En couvrant sa loi du voile de la raison, le roi législateur entend éviter que naisse le conflit.

II. LE VOILE DE LA RAISON.

C'est un truisme que de dire que la tradition juridique médiévale associe la loi à la raison. C'est l'opinion de la doctrine savante d'Isidore de Séville à Thomas d'Aquin pour qui, on le sait, la loi est « *un ordre de raison en vue du bien commun, promulgué par celui qui a la charge de la communauté* »³⁷. C'est l'opinion de la doctrine coutumière, d'un Pierre de Fontaines, d'un Philippe de Beaumanoir qui rappelle au roi qu'il ne peut faire une loi que « *par resnable cause et pour le commun proufit* »³⁸. L'exigence d'une *causa rationabilis* est alors au cœur du discours législatif³⁹. Elle le reste pour une bonne partie de la doctrine de l'époque moderne. Et nombreux sont les auteurs comme Louis Charondas le Caron, qui dans son Panagérique au Roy paru en 1567 définit encore la loi comme « *une droicte raison et justice, escripte ou confirmée en l'esprit humain, laquelle commande ce qu'il fault faire ou fuir pour la conservation et prospérité des hommes, qui vivent en une publique société* ».

Cependant, progressivement, la volonté du roi souverain législateur tend à occuper une place de plus en plus importante dans la définition de la loi. La loi devient alors moins l'expression de la raison que celle de la volonté du roi. Certains ont même pu dire que la volonté royale devient en elle-même raison. « *Une grande et juste cause est sa volonté* » écrivait ainsi Accurse dans sa glose ordinaire⁴⁰. On sait là encore ce que cette *pro ratione voluntas* doit à Ulpien et aux commentaires des canonistes médiévaux⁴¹. Il a été également démontré que les théoriciens français du Moyen Âge avaient accueilli avec une certaine prudence cette doctrine et tempéré le rôle dévolu à la volonté du prince par la nécessité du respect de l'utilité publique et des exigences de la raison, tout en laissant au roi, il est vrai, la possibilité de déterminer

Il n'empêche que l'unité de la cour en est nécessairement atteinte comme en atteste les réticences du président René Baillet qui estime ne pas pouvoir assister à la délibération sur l'édit de janvier pour avoir participé à sa mise en forme à Saint-Germain. L'émissaire du roi auprès de la cour, le prince de la Roche sur Yon, ne s'oppose pas à la présence lors de la délibération de la loi, des conseillers qui ont contribué à son établissement, mais le président Baillet, suivi d'Adrien du Drac, de Pierre Grassin et de Jean Texier quittent la salle, les autres conseillers, qui avaient été présents à l'assemblée de Saint-Germain, demeurent, mais n'opinent pas sur le texte. A.N., X1A 1600, 3 mars 1562, fol. 228r°-v°. Le même débat eut lieu à la cour en 1567 à propos d'un édit portant règlement sur les bois et forêts du royaume. Ce texte qui comprend plus de trois cents articles a été élaboré avec le concours de certains membres du Parlement et le jour de la lecture du texte, apparaît une « *difficulté faicte par messire Christofle de Thou, chevalier, premier president et aultres conseillers de assister à la verification dudict edict pour avoir par eulx donné leur advys sur chacun article d'icelle et partant ne devoir en estre juges ne deliberer sur icelluy* ». Mais la cour décide que les conseillers en cause participeront à la délibération, A.N., X1A 1620, 4 janvier 1567, fol. 253. Le Parlement prétend, dans les cas qui viennent d'être évoqués, rester libre de discuter le texte dans sa formation plénière, en présence même des conseillers qui auraient participé à titre individuel à la création du texte et malgré les réticences de ceux-ci. En revanche, on voit la cour refuser de donner son avis, en corps, au roi avant l'établissement d'un texte au motif qu'elle ne peut être juge et partie. En janvier 1562, le roi transmet au Parlement une requête des docteurs régents de la faculté du décret de Paris tendant à avoir la permission d'enseigner le droit civil comme les autres universités du royaume et lui demande son avis sur cette question. La cour ne veut donner suite et répond : « *Ce jour en delibérant par la court sur la requeste des docteurs regens en la faculté de decret presentee au roy et renvoyee par ledict seigneur en ladicte court pour donner son advys, a esté arresté et ordonné que maistre Philippe Hurault rapporteur de ladicte requeste, monstrera à messire Michel de L'Hospital, chevalier, chancelier de France, que la court n'a acoustumé de donner advys au roy parce qu'elle seroit juge de l'advys, mais s'il plaist au roy avoir advys particulièrement de quelques presidens ou conseiller de ceste sa court, il sera obey* », A.N., X1A 1599, fol. 405.

³⁷ Cité par S. PETIT-RENAUD, « *Faire loy* » au royaume de France de Philippe VI à Charles V (1328-1380). Paris, 2003, p. 119.

³⁸ Ph. DE BEAUMANOIR, *Costume de Beauvaisis*, édition d'A. Salmon. Paris, 1970, t. II, ch. 49, p. 264.

³⁹ Sur cette question voir, S. PETIT-RENAUD, *op. cit.*, p. 61 et suivantes.

⁴⁰ Gl. sur D. 48, 19, 4 : « *Ex aliqua causa. Magna et justa causa eius voluntas* ».

⁴¹ Voir sur cette question, S. PETIT-RENAUD, *op. cit.*, p. 112-119.

ce qu'est une *causa rationabilis*. C'est la *pro ratione voluntas* contre la *voluntas ratione regulata*⁴². A partir du XVI^e siècle, la volonté royale devient plus ouvertement la justification essentielle de la capacité normative du roi. La multiplication des définitions volontaristes de la loi en sont la preuve. Pour Michel de L'Hospital, « l'ordonnance est » ainsi « le commandement du roy »⁴³. « Tout ce qu'il dit est estimé comme une loi et venant de l'oracle d'un autre Appollo[n] », affirme également à la même époque Vincent de La Loupe⁴⁴. A la fin du siècle, Jean Bodin définira encore la loi comme le commandement de la puissance souveraine⁴⁵.

L'importance de la volonté royale, comme élément constitutif de la règle légale, n'est pas soulignée par les seules définitions théoriques. La lettre de la loi royale fournit également une illustration du volontarisme ambiant, à travers l'usage généralisé de la formule « *car tel est notre plaisir* ». Encore peu utilisée au Moyen Âge⁴⁶, cette formule figure de plus en plus habituellement dans les actes royaux du XVI^e siècle. On a même attribué, certes, à tort, au premier des Valois-Angoulême la paternité de l'aphorisme, « *car tel est notre bon plaisir* »⁴⁷. Si la formule comme telle est inconnue de la chancellerie royale, si François I^{er} n'est pas le premier à ponctuer ses actes par une référence au placitum romain, il emploie, cependant, de manière croissante cette expression diplomatique de manifestation de volonté⁴⁸. Et ses successeurs l'imiteront sur ce point⁴⁹. Sans être une règle absolue, la fréquence de l'emploi de la clause fait désormais apparaître son absence comme une exception⁵⁰. On constate également que la formule gagne en autonomie, signe important de sa primauté sur la finalité de la loi. Alors qu'elle était associée, au Moyen Âge, à une référence au bien commun⁵¹, elle s'impose dorénavant comme indépendante et suffisante. Le

⁴² *Ibid.*, p. 119-132.

⁴³ Discours au parlement de Rouen, 17 août 1563, *Discours pour la majorité de Charles IX...*, p. 107.

⁴⁴ V. DE LA LOUPE, *Premier et second livre des dignitez, magistrats et offices du royaume de France, ausquels est de nouveau adjousté le tiers livre de ceste matiere outre la reveue et augmentation d'iceux*. Paris, 1564, publié par F. Danjou, *Archives curieuses de l'histoire de France depuis Louis XI jusqu'à Louis XVIII*. Paris, 1835-1838, 2^{ème} série, t. 4, p. 380.

⁴⁵ D'après BODIN, « la loi n'est autre chose que le commandement du souverain, usant de sa puissance », *la République*, I, 8, p. 221.

⁴⁶ S. PETIT-RENAUD a recensé une centaine de textes se référant au *placuit* royal dans les actes des premiers Valois. Si ce nombre augmente par rapport à ce qu'il était sous les Capétiens, il demeure encore faible. Moins de 6% des actes en font mention, *op. cit.*, p. 125.

⁴⁷ L. de Mas Latrie, « De la formule "car tel est notre plaisir" dans la chancellerie française », *B.E.C.*, t. 42, 1881, p. 560. L'auteur rappelle que l'expression « *car tel est notre bon plaisir* » n'a jamais été utilisée dans les lettres patentes et que dès le règne de Charles VIII, la formule figure dans les actes royaux. Voir également G. Demante, « Observation sur la formule Car tel est notre plaisir dans la chancellerie française », *B.E.C.*, t. 54, 1893, p. 86-97 et A. Rigaudière qui précise que l'usage du verbe *placere* dans les ordonnances royales est avéré dès le XIII^e siècle, « Législation royale et construction de l'Etat dans la France du XIII^e siècle », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Montpellier, 1988, repris dans *id.*, *Penser et construire l'Etat dans la France du Moyen-Âge (XIII^e-XV^e siècle)*. Paris, 2003, p. 210.

⁴⁸ L. DE MAS LATRIE, *loc. cit.*, p. 562-563. Sur les 695 actes répertoriés dans les *Ordonnances de François I^{er}* et rendus sous le ministère d'Antoine Duprat, 222 comportent la mention, « car tel est nostre plaisir », auxquels il faut ajouter près de 180 textes où figurent des formules similaires : « car ainsi nous plaist il estre fait », « voulons et nous plaist » ou « soubz nostre bon vouloir et plaisir ». On notera que parmi les actes, réunis au titre des *Ordonnances*, tous ne sont pas des lois au sens strict. Ainsi, par exemple, on y trouve environ 80 textes qui sont des documents d'ordre purement diplomatique et non de véritables lois. Durant le passage de Guillaume Poyet à la chancellerie, la fréquence des occurrences augmente. Sur la centaine d'actes répertoriés pour les années 1538 et 1539 dans le catalogue des *Ordonnances*, près de 90 renferment la formule « car tel est nostre plaisir », « car tel est nostre vouloir et plaisir » ou « car ainsi nous plaist il estre fait ».

⁴⁹ Les recueils traditionnels, comme ceux de Fontanon ou d'Isambert, ne donnent que rarement le texte complet des ordonnances. Et celui-ci est bien souvent amputé de la clause finale. Il n'est donc pas possible d'apprécier la fréquence des mentions de la clause, « car tel est notre plaisir », à travers ces ouvrages. Pour pallier cette imperfection, on peut se référer aux registres des parlements qui conservent les lettres patentes enregistrées par la cour. On constate ainsi que la formule, « car tel est notre plaisir » est devenue dans la seconde moitié du siècle quasi automatique dans les lettres patentes conservées par les cours souveraines. A titre d'exemple, on notera que dans le recueil coté X^{1A} 8624, qui rassemble près de 220 actes enregistrés entre le 19 décembre 1560 et le 7 avril 1563 au parlement de Paris et dont près de 200 ont été rédigés alors que Michel de L'Hospital était chancelier, plus de 175 portent la mention, « car tel est nostre plaisir ». On relève encore quatre cas où la formule voisine, « car ainsi nous plaist il estre fait » est employée.

⁵⁰ H. MICHAUD, *La Grande chancellerie et les écritures royales au seizième siècle (1515-1589)*. Paris, 1967, p. 216.

⁵¹ En 1248, saint Louis attribue à sa mère les pleins pouvoirs « *quos sibi placuerit* ». Cependant il ajoute « *secundum quod ipse videbatur bonum esse* ». Un siècle plus tard, Philippe VI affirme rétablir la commune dans la ville de Laon,

roi ordonne l'exécution de ses édits ou ordonnances, « *car tel est son plaisir* », « *car ainsi lui plaît-il être fait* ».

Qu'advient-il alors de la raison ? Est-ce à dire que toute référence à la raison disparaît du discours législatif royal ? Bien sûr que non. Mais la portée de cette mention évolue. Tout d'abord, la formule générale « *pour ces causes et autres considérations à ce nous mouvans* » devient de plus en plus fréquente dans la rédaction des actes royaux. En outre, si la raison demeure évoquée, elle a de moins en moins besoin d'être explicitée. Je m'appuierai là encore sur le discours des chanceliers car il témoigne d'une position doctrinale qui n'est certes pas une position unanime, mais qui a le mérite d'être celle des rédacteurs de la loi royale. Chez les chanceliers du XVI^e siècle, il existe une utilisation particulière de la raison : alors que beaucoup de leurs contemporains, notamment parmi ceux qui peuplent les cours souveraines du royaume, subordonnent encore la volonté royale aux exigences explicites de la raison, les chanceliers préfèrent privilégier la volonté du monarque au nom de la raison : « *il est roy et maistre ainsi que la raison veult* » disait Antoine Duprat à propos de François I^{er}⁵². Il est raisonnable d'obéir à la loi du roi car le roi manifeste ainsi sa volonté. Puisque le sujet doit obéir au commandement du roi, il doit se soumettre à sa loi. Ce n'est pas aux sujets ni aux juges à « *récalcitrer* » les commandements royaux, rappelle encore Duprat. Le Parlement ne peut discuter la loi royale, car « *ce seroit vouloir contrefaire le Sénat de Rome et faire rendre compte au roy de ce qu'il feroit* »⁵³.

Il est d'autant plus raisonnable que le sujet se soumette à la loi du roi que ce dernier sait ce qui est juste et raisonnable. Pour étayer ce principe, les chanceliers insistent sur la qualité de l'information royale. Le roi, même s'il n'est pas infaillible, sait mieux que quiconque ce qui est bon pour la chose publique. L'éventail des organes de consultation dont il dispose lui assure une connaissance générale des réalités et des besoins du royaume⁵⁴.

Cette connaissance qu'a le roi du juste, de ce qui est raisonnable et profitable à l'utilité publique du royaume, repose également sur une présomption selon laquelle le roi ne peut mal faire. Comme l'affirme Duprat, « *Falloit avoir telle presumption et imagination de luy qu'il n'eust voulu faire chose que par le devoir de son estat ne deust estre faicte* »⁵⁵. La raison ainsi invoquée, n'a pas à être prouvée. Certes l'action législative royale doit

« toutesfoiz que il nous plaira ». Cependant, il précise, « et que il nous semblera prouffiz de faire ». Ces exemples sont empruntés à S. PETIT-RENAUD, *op. cit.*, p. 126.

⁵² A.N., X^{1A} 1526, 9 mars 1524, fol. 200.

⁵³ Réponse aux remontrances du parlement de Paris sur le Concordat, B.N., Ms. Fr. 17591, fol. 179^r°-v°.

Voir R. DOUCET, *Etude sur le gouvernement de François I^{er} dans ses rapports avec le parlement de Paris, 1515-1527*. Paris, 1921-1926, t. I, p. 49.

⁵⁴ On recense ainsi plusieurs déclarations des chanceliers, directes ou indirectes, par lesquelles ils affirment cette supériorité royale. Par des lettres adressées au parlement de Toulouse, Antoine Duprat défend, au nom du roi, le bien-fondé de son ordonnance sur les eaux et forêts de mars 1516. La cour n'opposerait aucune résistance si elle avait « eu bon regard et consideration aux choses qui nous ont meu d'icelles faire », A.D.H.G., B 1901, fol. 45^v°-46. De même, dans le mémoire qu'il rédige pour défendre le Concordat, il assure que si les détracteurs du texte avaient eu connaissance « de la peyne, soing et dilligence » du roi ainsi que des nécessités diplomatiques qui justifient l'adoption du texte, ils n'auraient pas opposé une telle résistance à sa réception, « Ce sont les causes et raisons qui ont meu le roy très chrétien, nostre souverain et naturel seigneur, de faire les Concordatz ... », J. BARRILLON, *op. cit.*, t. II, p. 24. Le chancelier insiste également sur le fait que cette information n'est pas nécessairement accessible à tous car certaines questions politiques ne doivent être discutées « en grosses compaignies, ains estre tenues secretes », *ibid.*, p. 24. Michel de L'Hospital remarque aussi que les parlements n'ont pas connaissance de tous les faits et raisons qui ont conduit le roi à légiférer. Dans la sévère critique qu'il adresse au président de Thou et à Guillaume Viole, venus au Conseil présenter les remontrances de la cour sur l'édit de janvier 1562, le chancelier insiste sur cette faiblesse du Parlement qui invalide les reproches qu'il formule contre la loi. « Ceulx de ceste compaignye n'entendoient pas les choses ainsi comme elles alloient, n'avoient les advertissemens telz que le roy, la royne ne messieurs de son Conseil avoient chacun jour de toutes partz ». L'Hospital en conclut que si le Parlement avait accès à l'information dont disposent le roi et ses conseillers, il ne s'opposerait pas à l'édit : « ... S'ilz sçavoient lesdites choses ainsi qu'elles sont a la verité, tant s'en fault qu'ilz fissent les difficultez qu'ilz font ; que au contraire, ilz poursuivroient eulx mesmes la publication dudit edict et que l'on avoit prins et choisy la voye qui avoit semblé estre la plus prompte et plus expediente et la plus douce de toutes les opinions qui avoient couru en l'assemblée », A.N., X^{1A} 1600, 16 février 1562, fol. 109.

⁵⁵ Réponse aux remontrances du parlement de Paris sur le Concordat, B.N., Ms. Fr. 17591, fol. 178^v°.

répondre aux exigences de la raison et être en adéquation avec l'utilité publique⁵⁶, mais le roi n'a pas à se justifier. Il n'est alors pas rare de trouver dans le discours royal un refus de motivation. Telle décision a été prise « pour aucunes causes et considerations qui a ce nous ont meu et meuvent », mais ajoute le roi « desquelles nous ne voullons pour le present vous faire autre declaracion ». Le roi agit « pour bonnes considerations ... lesquelles ne se pouvoient declairer a tous »⁵⁷. Il importe seulement de savoir que le roi agit « pour le bien du royaume »⁵⁸. « Y a quelques choses, lesquelles veritablement ont apparence d'estrangeté et, neantmoins, elles sont faictes a bonne raison que on ne peut declarer » rappelle aussi Michel de L'Hospital qui ajoute qu'il prie la cour de « se contenter que ce qui a esté fait a esté scienter et prudenter factum »⁵⁹. Lorsque le roi a choisi une voie, celle-ci est nécessairement la bonne. La « certaine science » du roi s'est exprimée⁶⁰. « Le roi décide parce qu'il sait, parce qu'il sait mieux »⁶¹. La certaine science royale suppose la connaissance du juste.

Cette perception de la cause juste et raisonnable s'explique notamment par la mise en avant de la relation unique qui unit le roi à Dieu, par la sacralisation du roi, directement investi par Dieu. Image de Dieu sur terre selon Budé⁶², « portrait de Dieu » selon Ronsard⁶³, le roi ne tient son royaume et sa couronne que de Dieu. Mais une partie de la doctrine du XVI^e va plus loin. Elle entend faire du roi l'unique vecteur entre Dieu et les hommes grâce à ce Marie-France Renoux-Zagamé qualifie de « captation du divin au profit de la seule médiation du roi »⁶⁴. Seul médiateur entre Dieu et les hommes, le roi est alors seul responsable devant Dieu ; il est également seul interprète des volontés divines. Cette sacralisation du roi renforce l'autorité même de sa loi⁶⁵. Affirmer l'origine divine du pouvoir royal et rejeter l'idée de toute autre relation directe entre le ciel et la terre permet au gouvernement monarchique du début des temps modernes de justifier la valeur de la législation royale et d'enlever aux sujets la possibilité de la censurer. La loi est l'expression de la volonté du roi, unique pouvoir directement institué par Dieu. Elle ne saurait, de par la qualité de son auteur, faire l'objet de critiques. En outre, le lien unique qui unit le roi à Dieu laisse également supposer que l'objet de la loi est en conformité avec la volonté divine⁶⁶. Dans une ordonnance du 9 juillet 1534, François I^{er}, n'affirmait-il pas avoir agi « plus par inspiration et volonté divine que autrement »⁶⁷. C'est cette même inspiration divine à laquelle se réfère Michel de L'Hospital en 1561 pour expliquer le comportement des rois⁶⁸.

⁵⁶ On trouve de très fréquentes mentions chez les chanceliers du XVI^e siècle de cette exigence déjà rappelée dans le serment prêté par Antoine Duprat lors de son entrée en fonction dans lequel il jure de ne sceller aucune lettre « si elle n'est de justice et de raison », J. BARRILLON, *op. cit.*, t. I, p. 8.

⁵⁷ B.N.F., N.A.F. 8542 : Recueil de lettres originales, notamment de François I^{er} au parlement de Paris, fol. 155 – lettre du 13 janvier 1521.

⁵⁸ Propos d'Antoine Duprat devant le parlement de Paris le 18 avril 1515, A.N., X^{1A} 1517, fol. 139.

⁵⁹ Discours du 7 septembre 1560, *Discours pour la majorité de Charles IX...*, p. 56. Sur cet épisode, voir L. PETRIS, « “Causas belli praecidere eloquio, pietate”. L'éloquence de Michel de L'Hospital dans ses discours de 1560 à 1562 », *De Michel de L'Hospital à l'édit de Nantes. Politique et religion face aux Eglises*. Actes du colloque de Clermont-Ferrand, 18-20 juin 1998, publiés sous la direction de Thierry Wanegffelen. Clermont-Ferrand, 2002, p. 265.

⁶⁰ Voir l'article J. KRYNEN, « “De nostre certaine science ...” : remarques sur l'absolutisme législatif de la monarchie médiévale française », *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'Etat*, Montpellier, 1988, p. 131-144.

⁶¹ R. DESCIMON et A. GUERY, *Histoire de France. La Longue durée de l'Etat*, sous la direction d'A. Burguière et de J. Revel. Paris, 2000, p. 219.

⁶² « *Princeps ipse imago est dei* » écrit Guillaume Budé dans ses Annotations, cité par W. F. CHURCH, *Constitutional thought in sixteenth-century France. A study in the evolution of ideas*. Cambridge, 1941, p. 62.

⁶³ F. DUMONT, *loc. cit.*, p. 63.

⁶⁴ M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'Etat dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes », *Le Droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris, 1997, p. 184. Voir aussi sur l'opposition entre les positions des magistrats des cours souveraines et des conseillers du roi sur cette question du lien à Dieu, notre étude précitée, p. 545 et suivantes.

⁶⁵ L'importance de la sacralisation du droit est soulignée par J.-L. THIREAU dans son article « Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e siècle », *Le Droit entre laïcisation et néo-sacralisation*. Paris, 1997, p. 109-141. Mais elle devait nécessairement s'accompagner d'une sacralisation des autorités séculières chargées de l'appliquer. La doctrine du XVI^e siècle, selon cet auteur, « aspirait bien à la théocratie, elle voulait une théocratie sans Eglise, une théocratie laïque, en prenant ce qualificatif comme antonyme non de religieux, mais d'ecclésiastique. En conséquence, à la sacralisation du droit a répondu la sacralisation des autorités séculières », p. 113.

⁶⁶ Sur ces théories, voir M.-F. RENOUX-ZAGAME, « Du juge-prêtre au roi-idole », p. 184-186.

⁶⁷ *Ordonnances*, n° 374, t. IV, p. 32-33.

⁶⁸ « Et voit on souventesfois qu'ilz [les rois] font et disent beaucoup de choses sans les avoir pensees ny premeditees,

Il existe donc toute une série d'arguments, trop rapidement présentés ici, développés par les plus proches conseillers du roi et propres à fonder une conception subjective de la raison de la loi. Cependant, malgré cette liberté dorénavant reconnue au roi, par certains, d'être seul juge de la raison de la loi, il est des domaines où la royauté exprime encore le besoin d'expliquer les causes qui l'ont conduit à agir. A titre d'exemple, je prendrai le cas des lois relatives à la création d'offices de judicature. Il y a là un sujet brûlant au XVI^e siècle tant les vagues de créations apparaissent comme étant la solution miracle aux problèmes financiers chroniques de la monarchie et un sujet sur lequel le roi estime nécessaire de s'expliquer. On trouve, il est vrai, quelques édits de création d'office dans lesquels le roi se dispense d'exposer les causes qui l'ont conduit à légiférer⁶⁹. Mais dans la grande majorité des cas, le roi considère qu'il est préférable de donner les raisons de sa loi. Cela signifie-t-il que les rédacteurs des lois sont atteints de schizophrénie, défendant d'un côté un discours volontariste s'appuyant une conception subjective de la raison de la loi et d'un autre laissant apparaître dans la lettre de la loi la nécessité d'en objectiver la *causa rationabilis* en l'expliquant concrètement ? Récemment encore en étudiant les préambules des ordonnances royales, certains ont pu dire que la motivation explicite de la loi, au-delà du débat sur la véracité des arguments invoqués, suffisait à elle seule à démontrer le rejet des thèses volontaristes et l'attachement indéfectible de la royauté jusqu'à la fin de l'Ancien Régime à la tradition médiévale qui contraignait le roi à démontrer la justesse de sa loi⁷⁰. Il nous semble plutôt que le discours législatif ne peut jamais totalement s'inscrire dans la pure logique théorique. Que vaut en effet une loi non appliquée écartée de l'ordonnancement juridique par des sujets et notamment des juges qui estiment eux devoir apprécier la « civilité » de la loi ? Que vaut la puissance royale, aussi fondée soit-elle si elle reste sans effet ? Ne trouve-t-on pas dans ce décalage apparent entre la lettre de la loi et sa portée révélée par les débats qui accompagnent la production législative, l'objet même du thème de notre journée : le règlement des conflits entre gouvernants et gouvernés ? Avoir le droit de faire ne suppose pas d'en user sans réserve. Le discours législatif au XVI^e siècle montre alors dans sa complexité qu'il utilise parfois des moyens prônés par d'autres pour désamorcer un éventuel conflit. La permanence du discours ne traduit pas alors nécessairement une permanence des principes. Le discours conserve une certaine similitude, mais sa portée a changé. L'utilisation dans la loi royale du conseil ou de la notion de raison montre cette évolution. Il s'agit moins de fonder que de convaincre car s'il reste une vérité intangible, c'est que la loi royale ne vaut que si elle est appliquée.

contre leur gré et volonté, poulcez seulement de quelque inspiration divine », discours du 31 juillet 1561 prononcé devant l'assemblée de Poissy cité par Loris PETRIS, *op. cit.*, p. 421.

⁶⁹ On peut citer un édit de juillet 1524 portant création de deux notaires au parlement de Bordeaux dans lequel le roi assure s'inspirer du modèle parisien et se contente ensuite pour justifier sa décision d'affirmer qu'elle a été prise « pour certaines justes et raisonnables causes a ce nous mouvans et par bonne, grande et meure deliberation de conseil », *Ordonnances*, n° 376, t.IV, p. 38.

⁷⁰ Voir en ce sens la démonstration de Fr. SEIGNALET-MAUHOURAT dans l'article précité.

RENAUD LIMELETTE

Ingénieur d'étude au Centre d'Histoire Judiciaire (UMR 8025), Université de Lille II.

Assistant à l'Université libre de Bruxelles

renaud.limelette@univ-lille2.fr

« *La réforme est conduite dans l'intérêt du justiciable, et donc des Français. Elle est inspirée de deux principes : la qualité de la justice et la réalité du territoire* ». A la lecture de cet extrait du discours du Garde des Sceaux, Madame Rachida Dati, prononcé à la préfecture de Lille le 12 octobre dernier¹ rien ne semble avoir changé depuis l'Ancien Régime. C'est d'abord le justiciable qui est au cœur de toute réforme judiciaire. Car la justice poursuit d'abord un but, une finalité, avant de s'incarner dans des magistrats et des tribunaux. Ce but est de rendre aux justiciables une solution au litige qui les oppose. Viennent ensuite d'autres objectifs en corollaires : la qualité de la justice et l'appréhension du territoire judiciaire, le tout pouvant être rassemblé dans la bonne administration de la justice. Tous ces objectifs ne sont pas nouveaux, ces questions sont posées chaque fois qu'une réforme de la justice est en chantier. Ainsi durant les deux derniers siècles de l'Ancien Régime, alors que les limites septentrionales du royaume de France ne cessaient d'évoluer², le roi de France et ses conseillers ont dû concevoir une nouvelle carte judiciaire. C'est dans la construction et l'évolution de cette carte judiciaire que le couple Gouvernant/Gouverné trouve une résonance particulière. La figure du gouvernant est ici celle du roi, fontaine de justice, celle des gouvernés s'incarne dans les justiciables du ressort de la cour souveraine de Tournai, puis du parlement de Flandre. Dans cette optique, la justice, les juges et les tribunaux sont les points d'achoppement du roi et de ses sujets. Car le roi, source de toute justice, doit garantir à ses sujets une justice bien administrée³, et ses édits et ordonnances ne manquent pas de le rappeler. Notons de suite que les conflits entre le roi et ses sujets à propos de la justice sont parfois brutaux parfois larvés, c'est ce que cache le terme « *administré* » dans l'expression « *justice administrée* », car il exprime tour à tour soit le commandement du roi, comme on gouverne la justice, soit le service que rend le roi dans l'exercice de son ministère royal, comme on donne justice⁴. Les difficultés liées à la justice administrée se sont manifestées dès la création du ressort de la cour souveraine, car celui-ci ne s'est pas créé *ex abrupto*, sa délimitation géographique a connu des vicissitudes (I). C'était aussi dans l'exercice de la justice que des conflits surgissaient, car la diversité des compétences juridictionnelles dans ce ressort comportait intrinsèquement les germes de multiples conflits (II).

¹ L'intégralité du discours est disponible sur le site du ministère de la justice : <http://www.carte-judiciaire.justice.gouv.fr/index.php?rubrique=10353&ssrubrique=10543&article=13384>.

² Pour saisir rapidement l'évolution de cette frontière on se reportera à la carte annexée à la fin de cet article.

³ SIX ET PLOUVAIN, *Recueil des Edits, Déclarations, Lettres-Patentes etc... enregistrés au parlement de Flandres, des arrêts du Conseil d'Etat particuliers à son ressort ; ensemble des réglemens rendus par cette cour depuis son érection en conseil souverain à Tournay*, t. 3, pp. 353-356, édit d'avril 1704 portant création et établissement d'un siège présidial et d'une chancellerie dans les ville d'Ypres et de Valenciennes : « *Nous avons une attention continuelle à ce que la justice soit administrée dans toutes les Provinces qui sont soumises à notre obéissance* ».

⁴ J.-B. LA CURNE DE SAINTE-PALAYE, *Dictionnaire historique de l'ancien langage françois ou glossaire de la langue française depuis son origine jusqu'au siècle de Louis XIV*, t. 1, Paris, Champion, 1875, p. 107, col. 1, au mot « administrer ».

I. LES VICISSITUDES DE L'ÉTENDUE DU RESSORT.

Le ressort⁵ du conseil souverain de Tournai⁶, établi en avril 1668, puis du parlement de Tournai⁷, érigé en février 1686 et transféré à Cambrai en 1709⁸, et enfin du parlement de Flandre transféré à Douai⁹, a connu de nombreuses vicissitudes. Ces changements sont liés directement aux guerres menées au cours du XVII^e et du XVIII^e siècle le long de la frontière septentrionale¹⁰. Dès lors, selon l'avancée ou le recul des troupes du roi de France le long de cette frontière et des traités passés pour la fixer¹¹, les justiciables, établis le long de celle-ci, ressortaient ou non de la cour souveraine ou du parlement de Flandre. De ces situations naissait une confusion¹² dont le roi avait pleinement conscience¹³.

A. Un établissement nécessaire au soulagement des peuples.

Avant même l'établissement du conseil souverain de Tournai, une ordonnance de décembre 1667 prévoyait que les jugements des juridictions subalternes dans les pays nouvellement conquis, dont les appels se faisaient ordinairement au conseil provincial de Flandre à Gand puis au Grand Conseil de Malines, seraient exécutés par provision¹⁴. Ces dispositions transitoires ont sans doute troublé les ressortissants de ces juridictions soumises au conseil de Gand, car le roi ne manqua pas d'ajouter, lors de l'établissement du conseil souverain de Tournai, que la nouvelle juridiction les soulagerait¹⁵. Pourtant dix ans plus tard la situation n'était pas encore réglée puisqu'une lettre du roi du sept mai 1678 ordonnait de porter les appels du conseil de Flandre de Gand au conseil souverain de Tournai¹⁶. L'année suivante, un édit marquait une nouvelle fois que les projets du roi sur l'administration de la justice dans ces territoires n'étaient toujours pas effectifs. Ce fut suite à la signature du Traité de Nimègue¹⁷, où l'Espagne

⁵ Sur les fluctuations du ressort de la cour souveraine et du parlement de Tournai, voir également J. LORGNIER, « Cour souveraine et parlement de Tournai, pièces maîtresse de l'ordre judiciaire français dans les anciens Pays-Bas », dans J. POUMAREDE et J. THOMAS, *Les parlements de province, pouvoirs, justice et société du XV^e au XVIII^e siècle*, Toulouse, Framespa, 1996, pp. 141-164.

⁶ SIX ET PLOUVAIN, *Recueil des Edits ...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 1 à 4, édit d'avril 1668 portant établissement du conseil souverain de Tournai, conformément aux capitulations.

⁷ *Id.*, t. 1, pp. 677 et 678, lettres patentes en forme d'édit de février 1686 qui donne au conseil souverain de Tournai le titre de parlement.

⁸ *Id.*, t. 4, pp. 25 et 26, ordonnance du vingt août 1709 pour la translation du parlement de Flandre en la ville de Cambrai. Voir également pour cette période cambrésienne, J.-J. TAISNES, « Cambrai, éphémère capitale judiciaire de Flandres », dans *Etudes cambrésiennes*, n° 12, juin 1989, pp. 3-20.

⁹ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 4, pp. 178-183, édit de décembre 1713 portant établissement du parlement de Flandre en la ville de Douai.

¹⁰ BUFQUIN, *Le Parlement de Flandres, la cour d'appel de Douai, le barreau*, opuscule édité pour le 250^e anniversaire de la cour, p. 11.

¹¹ Pour une vue complète de la question, voir N. GIRARD D'ALBISSIN, *Genèse de la frontière franco-belge : les variations des limites septentrionales de la France de 1659 à 1789*, Paris, A. et J. Picard, 1970.

¹² G.-M.-L. PILLOT, *Histoire du parlement de Flandres*, Douai, Adam d'Aubers, 1849, t. 2, p. 7.

¹³ Selon l'édit d'avril 1668, cité en note 1, le roi justifie l'établissement du conseil souverain par les considérations suivantes : « *Nous avons toujours pris grand soin, ..., d'établir promptement des tribunaux remplis de personnes de capacité et d'intégrité reconnues pour leur administrer la justice, et dissiper, par ce moyen et par le bon ordre qu'elle apporte avec elle, la confusion que la guerre avoit introduit parmi eux.* »

¹⁴ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 1, p. 2, l'édit d'avril 1668, portant établissement du conseil souverain de Tournai, rappelait que les jugements « *seroient exécutés par provision, nonobstant lesdites appellations, et ce, en attendant que Nous eussions établis des Juges pour juger des lesdites appellations souverainement et en dernier ressort.* »

¹⁵ *Ibid.*, « *et ne voulant pas différer plus longtemps un établissement si nécessaire au soulagement de ces peuples.* »

¹⁶ *Id.*, t. 1, p. 192, lettre du roi du sept mai 1678, qui ordonne que les appellations du conseil de Flandres à Gand seront portées au Conseil souverain de Tournai.

¹⁷ Traité signé entre la France et les Provinces-Unies des Pays-Bas le dix août 1678 et entre la France et l'Espagne le dix-sept septembre de la même année. Voir, SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 219 et suiv., les lettres patentes du vingt-cinq janvier 1679 pour l'enregistrement au conseil de Tournai du Traité de paix entre la France et l'Espagne, dit de Nimègue, du dix-sept septembre 1678, les lettres patentes du premier mars 1679 pour faire enregistrer au conseil souverain de Tournai les articles V et VI du Traité de paix fait et conclu entre Sa Majesté et les Etats-Généraux des Provinces-Unies des Pays-Bas, le dix août 1678, et les articles XXI, XXII et XXIII du Traité de paix, aussi fait et conclu entre Sa Majesté et le Roi Catholique, le treize septembre de la même année et les

reconnaissait formellement à la France les possessions conquises depuis 1668, que Louis XIV réaffirma le rattachement des habitants des villes de Valenciennes, de Bouchain, de Condé, de Cambrai, d'Ypres, de Cassel, de Bailleul, de Poperinge, de Warneton, de Wervik, de Bavay et de Maubeuge au ressort du conseil souverain de Tournai¹⁸. Ainsi pendant plus de dix ans les habitants de ces nouvelles possessions françaises étaient dans l'incertitude quant à l'autorité des décisions juridictionnelles qu'ils obtenaient. Afin de mettre fin à toutes contestations, le roi par le même édit confirma tous les jugements et les arrêts rendus par le conseil souverain de Tournai et leur donna plein et entier effet¹⁹. Afin que cette situation fâcheuse ne se reproduise plus dans l'avenir le roi donna compétence au conseil souverain de Tournai pour exercer sa juridiction sur ces villes.

Dans d'autres cas le roi modifia ses premiers plans. Il inscrivit dans le ressort du conseil souverain de Tournai des villes qu'il avait jusqu'alors fait ressortir à une autre cour. Ce fut le cas pour les villes du Hainaut devenues françaises par le Traité des Pyrénées²⁰, qui dépendaient en appel du parlement de Metz²¹ et qui, par l'édit d'août 1678, en furent distraites pour ressortir au conseil souverain de Tournai²². C'est dans un souci de bonne administration de la justice que le roi opéra ces changements²³. En effet les hennuyers des villes d'Avesnes, de Philippeville, de Mariembourg, de Landrecies et du Quesnoy subissaient l'éloignement de leur cour de parlement²⁴, et depuis le Traité d'Aix-la-Chapelle une autre partie du Hainaut avait rejoint la France mais dépendait du conseil souverain de Tournai. Ainsi deux cours se partageaient les villes du Hainaut, ce qui n'était pas raisonnable. C'est pourquoi, le roi décida de faire ressortir tout le Hainaut français au conseil souverain de Tournai afin que les hennuyers aient dans leur ensemble plus de facilité pour porter leur appel²⁵.

Pour Dinant, dès que les serments furent prêtés au roi, ce qui distrayait les habitants de la ville et du détroit de Dinant de la juridiction de Liège, le roi les rattacha au parlement de Tournai par une lettre du vingt-deux juin 1689²⁶. Ici encore la lettre faisait mention de la commodité et de la proximité pour les dinantais de ressortir au parlement de Tournai contre toute autre cour supérieure française²⁷.

Dans les cas ci-dessus le roi a su tenir compte, dans la définition du ressort du parlement de Flandre, de la proximité nécessaire entre le juge et le justiciable, afin d'assurer une bonne administration de la justice. Mais parfois le roi n'avait rien prévu, par provision ou autre, alors même que le territoire était conquis depuis un certain temps, dès lors l'intérêt du justiciable était oublié, et il fallait après coup réparer le préjudice, voire l'injustice.

extraits susmentionnés qui suivent.

¹⁸ *Id.*, t. 1, pp. 225-228, édit du mois de mars 1679 portant attribution de juridiction au conseil souverain de Tournai dans les villes et lieux de Valenciennes, Cambrai et autres qui ont été cédés à Sa Majesté par le Traité de Nimègue.

¹⁹ *Id.*, p. 226 : « *tous les jugements et arrêts rendus par les Gens tenant notredit Conseil Souverain établi à Tournay, dans les instances, causes, et procès concernans nos Sujets et Habitants desdites villes ... , depuis que lesdites villes et lieux ont été soumis à notre obéissance, sortent leur plein et entier effet, et soient exécutés comme si Nous avions dès lors attribué à notredit conseil souverain de Tournai, par Lettres-Patentes scellées de notre grand Sceau, la Jurisdiction qu'il a exercé en vertu de nos ordres dans tous lesdits lieux* ».

²⁰ ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, Paris, Belin-Leprieur, 1829, t. 17, p. 373, Traité des Pyrénées du sept novembre 1659.

²¹ *Id.*, t. 18, p. 12, édit de novembre 1661 concernant le ressort du parlement de Metz.

²² SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 194-196, édit d'août 1678, portant que les villes d'Avesnes, Philippeville, Mariembourg, Landrecies, le Quesnoy et autres lieux, seront distraites du parlement de Metz, et ressortiront à l'avenir du conseil souverain de Tournai.

²³ *Ibid.*, « *l'application continuelle que Nous donnons à ce que la Justice soit bien administrée dans toute l'étendue de notre Royaume, Pays et Terres de notre obéissance, Nous donne lieu de reconnaître de temps en temps les changements qu'il convient y apporter pour parvenir à cette fin* ».

²⁴ *Ibid.*, « *l'exécution duquel Edit doit être de peu de considérations à notre Cour de Parlement, et fort à charge à nos Sujets, ayant plus de trente lieues de distance de la plus proche desdites Villes jusqu'à celle de Metz* ».

²⁵ *Ibid.*, « *ensorte que pour la commodité de nos Sujets, et pour y maintenir le repos et la tranquillité, Nous avons jugé à propos de réunir le tout sous un même ressort* ».

²⁶ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 1, p. 738, lettre du roi, portant attribution de juridiction de la ville de Dinant au parlement de Tournai.

²⁷ *Ibid.*, « *sachant d'ailleurs qu'il sera plus commode pour les Peuples dudit Dinant d'être du ressort du Parlement de Tournai, que de toute autre Cour Supérieure de l'obéissance de Sa Majesté* ».

B. Réparer l'injustice : déni de justice et rationalité du ressort.

Parfois les habitants étaient dépourvus de tous recours, ce qui les plaçait dans la condition fâcheuse du déni de justice.

Ce fut le cas pour les habitants de Charleroi qui durent solliciter un arrêt du conseil, qui fut rendu le vingt-six septembre 1670²⁸. On y apprend que pendant le temps qui a suivi la cession de la place de Charleroi²⁹, le deux mai 1668, et la date de l'arrêt aucun juge n'a été établi³⁰ « pour terminer ou juger les procès et différens qui surviennent journellement entre les anciens Habitans et les personnes qui s'y sont venus habiter ». De fait, les habitants de Charleroi « ne trouvaient aucune Justice, ne sachant où la demander ». Cette situation ne gênait pas seulement les habitants de Charleroi : leurs voisins, également nouveaux sujets du roi de France, et les étrangers, qui étaient en affaire avec eux ne pouvaient aussi recourir à la justice en cas de contentieux³¹. Pour mettre fin à ces désordres, le roi attribua au juge royal et ordinaire, civil et criminel de la ville et prévôté de Binche la compétence en première instance, et au conseil souverain de Tournai la compétence en appel, pour les affaires des habitants de Charleroi.

Le sort réservé aux habitants d'Agimont fut semblable. Depuis une déclaration royale du quatorze août 1684, les habitants d'Agimont devaient porter l'appel des décisions rendues par leur prévôt devant le conseil provincial de Luxembourg, puis devant le parlement de Metz³². Plus tard, une déclaration du premier décembre 1688 fit dépendre la prévôté d'Agimont du parlement de Tournai³³. La justification inscrite dans la déclaration était la commodité, car d'une part, les habitants d'Agimont étaient deux fois plus éloignés de Metz que de Tournai, et d'autre part, par l'application de cette déclaration les habitants d'Agimont n'avaient plus que deux degrés de juridiction et non trois comme auparavant³⁴. Mais cette commodité, corrélative à une bonne administration de la justice, certains habitants d'Agimont n'avaient pas attendu qu'elle fût sanctionnée par le droit. En effet, ils avaient déjà pris l'habitude de porter leur appel devant le parlement de Tournai en dehors de toute législation, et le parlement accueillait volontiers leurs affaires³⁵. Il semble ici que les difficultés liées à l'étendue du ressort furent surmontées par les gouvernés eux-mêmes, et que le roi dans cette affaire ne fit que légitimer un état de fait, même si la justification première qu'il donna développait une thèse, plus conforme à la manifestation de son autorité³⁶. Près de

²⁸ *Id.*, t. 1, pp. 89 et 90, arrêt du conseil d'Etat du roi, qui attribue la juridiction, sur les habitants de Charleroi, en première instance, au juge de Binche, et par appel au conseil souverain de Tournai.

²⁹ Traité signé entre le roi de France et le roi d'Espagne le deux mai 1668.

³⁰ Pourtant le roi avait dès le mois d'août 1668 accordé des privilèges à tous ceux qui voulaient habiter la place de Charleroi notamment des exemptions « de tailles, taillon, subvention, gabelles, droit d'entrée et de sortie, soit de bestiaux, vins, grains et denrées de toutes sortes d'étoffes, marchandises et autres sortes généralement quelconques, comme aussi de faire guet et garde et de toutes autres charges », voir, SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, t. 1, pp. 7-9. Mais ces lettres patentes ne disaient mot de la compétence juridictionnelle à la tête du pays d'entre Sambre et Meuse.

³¹ *Id.*, t. 1, p. 89, arrêt du conseil d'Etat du roi, qui attribue la juridiction, sur les habitants de Charleroi, en première instance, au juge de Binche, et par appel au conseil souverain de Tournai : « ce qui leur fait un grand préjudice, même aux autres Sujets de Sa Majesté, leurs voisins, et aux étrangers qui font commerce et trafic avec lesdits Habitans ».

³² Avant que la prévôté passe sous la domination française, l'appel se faisait devant le conseil de Luxembourg, puis devant le Grand Conseil de Malines.

³³ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 725 et 726, déclaration du premier décembre 1688, portant que les habitants d'Agimont ressortiront désormais au parlement de Tournai, au lieu du conseil provincial de Luxembourg et du parlement de Metz.

³⁴ *Ibid.*, « il seroit plus commode et avantageux aux Habitans de la Prévôté d'Agimont de ressortir audit Parlement de Tournay, qu'audit Conseil de Luxembourg, et par appel audit Parlement de Metz, non seulement à cause de la proximité de la dite Prévôté d'Agimont dudit Tournay, qui n'est éloignée que de 25 lieues, y en ayant plus de 50 jusqu'à Metz ; mais aussi parce que de cette sorte ils n'auront que deux degrés de Jurisdiction au lieu de trois ».

³⁵ Cette pratique des habitants d'Agimont n'est pas ignorée du roi, mais il ne semble pas à ses yeux qu'elle justifie à elle seule l'incorporation de la prévôté d'Agimont dans le ressort du parlement de Tournai, car s'il ne l'occulte pas dans les motifs exposés au début de la déclaration il la fait figurer à la fin de ceux-ci, *ibid.*, « et que d'ailleurs les Habitans de ladite Prévôté d'Agimont ayant eu jusqu'ici recours audit Parlement de Tournay, ledit Parlement se trouve déjà en possession de connaître de leurs affaires et procès ».

³⁶ C'est le prévôt d'Agimont qui a fait valoir au roi les avantages du rattachement de la prévôté d'Agimont au ressort du parlement de Tournai, v. G.-M.-L. PILLOT, *Histoire du parlement de Flandres*, *op. cit.*, t. 1, p. 21.

soixante ans plus tard, lors de la Guerre de succession d'Espagne, le roi par deux déclarations valida tous les jugements intervenus depuis que les nouveaux pays et lieux conquis, compris dans le ressort du Grand Conseil de Malines, étaient sous la domination française³⁷.

Indépendamment de la délimitation du ressort du parlement, les justiciables avaient d'autres difficultés à surmonter. En effet ils devaient, pour voir leur recours aboutir, saisir le juge compétent. Là encore dans cette matière, la diversité des juridictions et la hiérarchie des appels engendraient des complications.

II. LA DIVERSITE DES COMPETENCES JURIDICTIONNELLES.

Les complications trouvaient souvent leur origine dans les capitulations consenties par le roi. En effet dès la reddition des villes le roi avait accordé le maintien des usages locaux notamment en matière juridictionnelle³⁸. Ainsi sur ce sujet subsistait, dans les Pays-Bas méridionaux, le droit ancien de n'être jugé que par ses pairs³⁹. Cette particularité était à l'origine de la diversité des juridictions dans le ressort du parlement de Flandre. Trois sortes de juridictions se présentaient devant les justiciables : les échevinages, les tribunaux royaux et les juges féodaux. Aussi, cette diversité engendrait différents types de conflits.

A. Les conflits de compétence juridictionnelle.

Sans entrer dans le détail de la compétence de chacune de ces juridictions, tant dans cette matière la diversité est grande dans le ressort du parlement de Flandre, une esquisse des points de contacts entre ces différentes juridictions fait apparaître les difficultés que devaient surmonter les justiciables pour introduire correctement leur recours.

Les échevinages marquaient l'affranchissement des communes de la domination féodale avec l'appui du pouvoir royal. La plupart des échevinages des Pays-Bas concentraient la basse, la moyenne et la haute justice, ils étaient considérés comme des juges ordinaires⁴⁰. Mais si le litige portait sur un fief, la compétence revenait alors aux officiers des seigneurs locaux⁴¹, et s'il portait sur un cas royal⁴², il était soumis au juge royal⁴³ du lieu. De surcroît, dans les villages les échevins ne pouvaient connaître d'aucune affaire criminelle et leur juridiction en matière civile était limitée⁴⁴. Toutefois les villes du Hainaut telles qu'Avesnes, Landrecies et Le Quesnoy, à l'exception remarquable de Valenciennes, se rapprochaient des autres municipalités du royaume⁴⁵, où l'ordonnance de février 1566 sur la réforme de la justice leur

³⁷ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits ...*, *op.cit.*, t. 6, pp. 163-166, déclaration du sept juin 1746, pour l'administration de la justice dans les pays nouvellement soumis à l'obéissance du roi, et qui ont fait partie du ressort du Grand-Conseil de Malines et pp. 188-190, déclaration du deux novembre 1746, concernant l'administration de la justice, par le conseil provincial de Namur et les juridiction de son ressort.

³⁸ Les capitulations des villes du ressort du parlement sont principalement contenues dans SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits ...*, *op. cit.*, t. 9 aux pages suivantes par ordre chronologique des capitulations: pour la place de Condé pp. 8 et 9, pour la place de Landrecies pp. 9 et 10, pour la ville et châtellenie de Bergues-Saint-Winoc pp. 22-34, pour la ville de Douai pp. 35-37, pour la ville de Lille pp. 51-62, pour la ville de Valenciennes pp. 258-269, pour le chapitre métropolitain, la cité et duché et la ville de Cambrai pp. 270-284 et pour la ville et le district de Gand pp. 284-299.

³⁹ G.-M.-L. PILLOT, *Histoire du parlement de Flandres*, *op. cit.*, t. 1, p. 26.

⁴⁰ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, t. 6, au mot « échevins », p. 610, col. 1 et 2.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² L'ordonnance de 1670 énumère les cas considérés comme royaux : « le crime de lèse-majesté en tous ses chefs ; le sacrilège avec effraction ; la rébellion aux mandemens du roi et de ses officiers ; la police pour le port d'armes ; les assemblées illicites, les séditions, émotions populaires et force publique ; la fabrication, l'altération ou l'exposition de fausse monnaie ; la correction des officiers, les malversations par eux commises dans leurs charges ; le crime d'hérésie ; le trouble public fait au service divin ; le rapt et l'enlèvement des personnes par force et violence ... ».

⁴³ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. 6, p. 611, col. 1.

⁴⁴ En matière civile leur juridiction est bornée aux affaires personnelles et aux biens cottiers ou mains-fermes, *id.*, au mot « échevins », p. 609, col. 2.

⁴⁵ *Id.*, pp. 609, col. 2 et 610, col. 1, à propos des villes du Hainaut et particulièrement des villes d'Avesnes, de

interdisait déjà, en son article 71, la connaissance des causes civiles⁴⁶ en la transférant aux juges royaux, mais leur laissait la compétence au criminel en matière de police. Dès lors, dans les limites établies ci-dessus, les échevins défendaient tout empiètement de leur compétence acquise par le passé⁴⁷.

Parmi ces empiètements, le droit de prévention donnait l'occasion de délimiter les compétences de la justice échevinale par rapport aux autres justices. Ce droit de prévention permettait aux juges saisis les premiers de garder la connaissance de l'affaire au détriment des autres juges. La prévention avait pour conséquence de faire ressortir la supériorité de la justice royale⁴⁸.

Ainsi dans le Hainaut la prévention à l'égard des échevins ne pouvait avoir lieu sur les causes réelles comme le confirma implicitement un arrêt du parlement de Flandre rendu le dix-neuf novembre 1736⁴⁹. Sur les causes personnelles, la prévention ne pouvait exister qu'entre les baillis seigneuriaux et les officiers de la justice royale⁵⁰, puisque cette compétence échappait aux échevins, sauf pour l'échevinage de Valenciennes. Ainsi à Valenciennes les échevins, qui étaient compétent en matière personnelle, ne pouvaient dans ces actions être prévenus. C'est pourquoi les officiers de la prévôté de Valenciennes, appelée prévôté-le-comte, ne pouvaient empiéter sur la juridiction échevinale, comme en atteste un arrêt du conseil de 1724⁵¹.

Pour Lille et Douai, les gouvernances pouvaient user de leur droit de prévention sur les échevinages compris dans leur ressort respectif, tant en matière personnelle qu'en matière réelle. Mais si les justiciables ajournés le désiraient, ils pouvaient demander le renvoi de l'affaire devant leur échevinage⁵². Ces règles générales de prévention ne valaient pas pour les échevinages particuliers de Lille et de Douai. A Lille, la prévention de la gouvernance sur l'échevinage était encadrée par un arrêt du conseil d'Etat du roi du vingt-sept août 1706, qui ordonnait l'exécution de lettres patentes de Charles Quint d'avril 1521⁵³, celles-ci limitaient la prévention à certains cas délimités. A Douai, la compétence juridictionnelle entre les échevins et la gouvernance était réglée par un concordat, daté du trente et un mars 1546 : les échevins de Douai connaissaient des actions personnelles en deçà d'un certain prix⁵⁴, au-delà de ce prix la prévention était possible pour la gouvernance, mais les justiciables ajournés pouvaient toujours demander le renvoi devant les échevins.

On le voit la prévention était une source de difficultés pour les justiciables tant les distinctions étaient grandes dans le ressort concerné. Mais la complexité ne s'arrêtait pas seulement à la prévention, car dans certains cas le conseil souverain puis le parlement évoquaient l'affaire directement devant eux. Ainsi les juges subalternes, officiers royaux, magistrats des villes ou seigneurs hauts justiciers devaient défendre leur compétence face aux empiètements répétés du conseil souverain puis du parlement, qui agissaient par évocation. Devant la multiplication des plaintes, le roi devait trancher par une déclaration du vingt-six mai

Landrecies et du Quesnoy, et G.-M.-L. PILLOT, *Histoire du Parlement de Flandres*, *op. cit.*, t. 1, pp. 30 et 31.

⁴⁶ ISAMBERT *et alii*, *Recueil général des anciennes lois françaises...*, *op. cit.*, t. 14, p. 208 : « continueront ci-après seulement l'exercice du criminel et de la police, à quoi leur enjoignons vaquer incessamment et diligemment, sans pouvoir d'oresnavant s'entremettre de la connaissance des instances civiles entre les parties ».

⁴⁷ G.-M.-L. PILLOT, *Histoire du Parlement de Flandres*, *op. cit.*, t. 1, pp. 26 et 27.

⁴⁸ *Id.*, t. 1, p. 36.

⁴⁹ GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. 6, p. 612, col. 1: l'espèce ne concernait pas les échevins mais les officiers de la prévôté de Bavay et le bailli du seigneur des terres de Quarte, de Pont et de Varguies, la prévention fut accordée aux officiers pour la connaissance des obligations et des matières de haute justice.

⁵⁰ *Ibid.*, deux arrêts du conseil sont relevés et étayent cette solution, déjà insérée dans les chartes générales, ceux du dix-huit juin 1703 et du douze septembre 1725.

⁵¹ Voir les dispositions des articles 3 et 4 de l'arrêt du conseil de 1724 qui définissent les cas de préventions entre le juge royal de la prévôté-le-comte, les juges des seigneurs hauts justiciers et l'échevinage de Valenciennes, cité dans GUYOT, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. 6, p. 612, col. 2.

⁵² *Ibid.*, voir la coutume de la châtellenie de Lille, titre premier, articles 23 et 24, et celle de la châtellenie de Douai, chapitre 25, articles 3 et 4.

⁵³ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 3, pp. 568-572 pour l'arrêt du conseil et pp. 572-578 pour les lettres patentes. Le droit de prévention était accordé, sous condition, à la gouvernance de Lille dans certains cas comme : la complainte, les contrats usuraires et les cessions.

⁵⁴ GUYOT, *Répertoire universelle et raisonné de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. 6, p. 612, col. 2, la somme était fixée à vingt-deux livres parisis.

1686⁵⁵. A la lecture de la déclaration royale la solution apportée était pour le moins équivoque. En effet si le roi reconnaissait que le parlement jugeait parfois directement en première instance ou par évocation, il s'empressait de préciser que, selon les informations requises, l'attitude du parlement était conforme à la jurisprudence des conseils jadis compétents, comme ceux de Gand et de Mons. Cela signifiait que la compétence en première instance du parlement en certaines matières ne discordait pas avec les usages locaux, et que par conséquent les juges subalternes ne pouvaient se plaindre, car le parlement se conformait au droit de la province. Pour autant, le roi se garda bien de donner la liste des cas où le parlement se conformait aux usages locaux, bien que les juges subalternes fussent en droit d'attendre une répartition des compétences en première instance. Mais donner une telle répartition revenait à fixer la compétence de chacun et le roi se borna à rester évasif⁵⁶.

Après avoir relevé la complexité de la compétence juridictionnelle en première instance, la compétence en appel était, elle aussi, loin d'être uniforme dans l'ensemble du ressort du parlement.

En matière criminelle, la plupart des échevinages des Pays-Bas jugeaient en dernier ressort, ce qui ne pouvait s'inscrire dans le schéma général français prescrit par l'ordonnance criminelle d'août 1670⁵⁷, notamment en son titre vingt-six⁵⁸ qui imposait l'appel. Une fois la paix retrouvée après le traité de Nimègue, le roi envoya en mars 1679 une lettre au conseil souverain de Tournai pour faire enregistrer l'ordonnance criminelle afin de faire appliquer celle-ci dans toute l'étendue du ressort. On remarque de nouveau une période d'une petite dizaine d'années entre la promulgation de l'ordonnance criminelle et son enregistrement au conseil souverain, alors que le conseil était déjà établi en 1670 depuis plus de deux ans⁵⁹.

En matière civile l'appel dépendait une fois encore du lieu où avait été prononcée la décision. En Hainaut, l'appel se faisait directement devant la cour de Tournai puis devant le parlement, à l'exception des échevinages inscrits dans les bailliages du Quesnoy et d'Avesnes où l'appel se faisait devant le bailliage correspondant.

Dans la châtellenie de Lille, l'appel des sentences des échevins se faisait devant la gouvernance, sauf l'appel des sentences des échevins de Lille qui se faisait devant la cour souveraine puis le parlement.

Autour de Douai l'appel se faisait également devant la gouvernance. Cette compétence fut étendue jusqu'aux échevinages de Saint-Amand et de Mortagne par un édit de juillet 1777⁶⁰.

En Flandre, l'appel des sentences des échevins de Bergues, de Bailleul et d'Hondschoote se faisait au présidial de Bailleul.

Ainsi en matière civile la cour souveraine puis le parlement formaient parfois un troisième degré de juridiction.

⁵⁵ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 1, pp. 686 et 687, déclaration du roi du vingt-six mai 1686, portant que les juges subalternes du ressort du parlement de Tournai, soit royaux ou des seigneurs, connaîtront des procès dont ils ont droit de connaître en première instance par leur institution.

⁵⁶ Pour un exemple des difficultés d'application de la déclaration du vingt-six mai 1686, *id.*, t. 9, pp. 351-353, arrêt du conseil d'Etat du roi du quatre mai 1687 au sujet d'un conflit de compétence entre le parlement de Tournai et la gouvernance de Douai à propos de malversations commises par le procureur d'office de Marchiennes.

⁵⁷ *Id.*, pp. 228-285, ordonnance du roi pour les matières criminelles d'août 1670.

⁵⁸ *Ibid.*, « Toutes appellations de Sentences préparatoires, interlocutoires et définitives, de quelque qualité qu'elles soient, seront directement portées en nos Cours, chacune à son égard, dans les accusations pour crimes qui méritent peine afflictive ; et pour les autres crimes, à nos Cours, ou à nos Baillis et Sénéchaux, au choix et option des accusés. »

⁵⁹ *A contrario* voir, GUYOT, *Répertoire universelle de jurisprudence...*, *op. cit.*, t. 6, p. 613, col. 1, où il est fait mention que dès 1670 l'ordonnance criminelle s'est appliquée dans le ressort de la cour souveraine de Tournai.

⁶⁰ SIX et PLOUVAIN, *Recueil des Edits...*, *op. cit.*, t. 8, pp. 116-118, édit de juillet 1777 qui donne à la gouvernance de Douai la juridiction sur les cantons situés à portée de son territoire, qui ont été cédés par la convention de limites de 1769 sur les terres de Saint-Amand et Mortagne, laissées à la France par le Traité d'Utrecht, et enfin, sur les terres franches, dite Empire, de Lallaing, Bruille, Ecaillon et Pecquencourt. On se reportera également à la déclaration du roi du huit août 1713 qui attribuait au parlement de Flandre la compétence en appel pour la terre dite contentieuse de Saint-Amand, dont les ressortissants jusque là interjetaient appel devant le bailliage de Tournai, soustrait à la domination française, v. *id.*, t. 4, pp. 157-160, déclaration du roi du huit août 1713 pour la juridiction de Saint-Amand.

Enfin et pour terminer, une autre variété de conflits est typique du rattachement des Pays-Bas méridionaux à la couronne de France, dont l'objet est l'application du privilège de *non evocando* consenti aux justiciables du ressort du parlement de Flandre.

B. Du privilège de ne pouvoir être distrait hors de la province.

Selon ce privilège les gouvernés du ressort du parlement de Flandre, pour reprendre la terminologie de ce colloque, ne pouvaient être traduits en dehors des juridictions où ils étaient domiciliés, et en appel devant le conseil souverain puis après devant le parlement. Or ce privilège, dont l'application n'entraînait pas d'ordinaire de complications, s'accommodait mal de la concurrence du privilège de *committimus* que possédaient les commensaux du roi. En effet ces derniers pouvaient grâce à ce privilège évoquer leur affaire directement devant le parlement de Paris ou devant le parlement de province dont ils ressortissaient, selon que leur privilège était au grand ou au petit sceau.

Pour les commensaux, dont le privilège était au grand sceau, ce fut un édit de novembre 1671 qui régla la contradiction en ordonnant que les différents seraient jugés devant le conseil souverain de Tournai⁶¹. Mais une déclaration du douze juin 1681 vint troubler la répartition des compétences juridictionnelles jusqu'alors posée. La déclaration intéressait les officiers de la chancellerie de Tournai, elle autorisait ceux-ci, en vertu de leur privilège de *committimus* au grand sceau, à régler leur différent devant le Grand-Conseil⁶². Cette déclaration revenait donc sur l'édit de novembre 1671. Cependant différents arrêts du conseil d'Etat du roi postérieurs à la déclaration sont revenus ponctuellement à la règle énoncée dans l'édit de novembre 1671⁶³.

⁶¹ *Id.*, t. 1, pp. 134-136, édit de novembre 1671, qui ordonne que toutes les causes en actions personnelle, réelle, par saisie ou arrêt, comme aussi pour le possessoire des bénéfiques situés dans le ressort, seront jugées en conseil souverain, sans que les sujets puissent être traduits en aucune autre juridiction, pour quelque cause que ce soit, non pas même sous prétexte de *committimus* expédiés en la grande chancellerie.

⁶² *Id.*, t. 1, pp. 479-482, déclaration du douze juin 1681 pour la chancellerie de Tournai.

⁶³ *Id.* t. 9, pp. 346 et 347, arrêt du conseil d'Etat du roi du vingt-quatre octobre 1686, par lequel Sa Majesté ne voulant pas que ses sujets du pays conquis puissent être traduits par-devant des juges extraordinaires, les décharge des assignations données au Grand-Conseil, à la requête de deux secrétaires du roi ; pp. 358 et 359, arrêt du conseil d'Etat du roi du trente septembre 1688, qui casse un arrêt rendu au Grand-Conseil, en faveur des secrétaires du roi, leur défend de s'y pourvoir, pour raison de leurs privilèges, et audit Grand-Conseil d'en connaître, à peine de nullité ; pp. 372 et 373, arrêt du conseil d'Etat du roi du huit janvier 1693, qui, conformément aux privilèges des habitants de Flandre, décharge le procureur-fiscal de Tournai des assignations à lui données au Grand-Conseil, à la requête d'un référendaire de la chancellerie ; pp. 391 et 392, arrêt du conseil d'Etat du roi du douze juillet 1694, qui décharge le Magistrat de Lille, conformément aux privilèges du pays, de l'assignation qui lui a été donnée au Grand-Conseil, à la requête des officiers de la chancellerie ; pp. 421-427, arrêt du conseil d'Etat du roi du vingt-six août 1695, portant règlement de juges entre les requêtes du palais à Paris, et le bailli de Lille, par lequel, conformément aux privilèges du pays, où les *committimus* ne peuvent avoir lieu, Sa Majesté renvoie les parties par-devant le bailli de Lille, et par appel au parlement de Tournai ; pp. 361 et 362, arrêt du conseil d'Etat du roi du vingt-deux mars 1689, contre les distractions du ressort par-devant des juges extraordinaires et les *committimus* ; par lequel Sa Majesté, sans avoir égard aux lettres de règlement de juges, obtenues par le sous-fermier des domaines de Flandre, ni à tout ce qui avait été fait à sa requête à la cour des aides à Paris, contre le nommé Hubert de la Vallée, bourgeois de la ville de Lille, renvoie les parties en la cour de parlement de Tournai, pour leur faire droit, avec défense de se pourvoir ailleurs, à peine de 1500 livres d'amende, nullité, cassation des procédures et des dépens, dommages et intérêts ; pp. 558-570, arrêt du conseil d'Etat du roi du vingt-cinq février 1701, qui déboute les secrétaires de Sa Majesté en la chancellerie établie près le parlement de Tournai, et leurs lettres en règlement de juges, et les renvoie à la gouvernance de Lille ; pp. 729 et 730, arrêt du conseil d'Etat du roi du douze juillet 1714, qui décharge le Magistrat de Lille de l'assignation à lui donnée au Grand-Conseil, et ordonne aux parties de procéder devant ledit Magistrat, et par appel au Parlement de Flandre. Ce fut enfin par un édit de décembre 1715 que ces contestations portées par les officiers de chancellerie furent combattus notamment dans l'article 12 qui énonçait « *les nouveaux officiers ne peuvent jouir du droit de committimus devant d'autres juges que ceux de la cour ou conseil près lesquels la chancellerie dont ils sont officiers sera établie* », *id.*, t. 4, pp. 387-394, et voir également la déclaration du vingt mars 1717, servant de règlement pour les privilèges des enfants des secrétaires des chancelleries décédés revêtus de leurs offices, *id.*, pp. 535-541.

Pour les commensaux, dont le privilège était au petit sceau, diverses décisions du conseil d'Etat du roi ont imposé que les litiges fussent réglés devant les juges naturellement compétents en première instance conformément au privilège de *non evocando*⁶⁴.

Pour les ecclésiastiques qui s'étaient vus reconnaître des privilèges de juridictions, leur sort était quelque peu différent. Ils devaient respecter strictement le privilège de *non evocando*. Ainsi en dépit de leurs privilèges, obtenus par des Lettres-Patentes de décembre 1711 et mars 1719, les clercs de l'ordre de Cîteaux ne pouvaient distraire les justiciables de leurs juges naturels en évoquant l'affaire au Grand-Conseil⁶⁵. De même, un cardinal⁶⁶ ou un archevêque⁶⁷ ne pouvait interjeter appel devant le Grand-Conseil malgré des lettres d'évocation générale.

Petit à petit ce particularisme local des flamands, pourtant rappelé et accordé dans les capitulations, fut combattu âprement dans diverses affaires et la jurisprudence en la matière évolua au détriment du privilège⁶⁸.

⁶⁴ Pour quelques exemples de concurrence entre les privilèges de *committimus* au petit sceau et de *non evocando*, *id.*, t. 9, pp. 354 et 355, arrêt du conseil d'Etat du roi du dix-neuf janvier 1688, qui casse les procédures faites au Parlement de Paris, contre deux habitants de Lille, les décharges des assignations à eux données audit parlement ; pp. 737-739, arrêt du conseil d'Etat du roi du quatre juin 1715, qui décharge les gens de Loi de la paroisse d'Allennes, de l'assignation à eux donnée au Grand-Conseil, sur le fait de l'exécution des tailles pour une veuve de conseiller-secrétaire du roi, sauf aux parties à se pourvoir devant les juges du pays.

⁶⁵ *Id.*, t. 5, pp. 372-374, arrêt du conseil d'Etat du roi du trente mars 1726, qui maintient les sujets du ressort du parlement de Flandre dans le privilège de ne pouvoir être distraits de leur juges naturels, ni évoqués au Grand-Conseil en vertu de lettres de privilèges de l'Ordre de Cîteaux.

⁶⁶ *Id.*, pp. 421-423, arrêt du conseil d'Etat du roi du huit novembre 1727, qui maintient les sujets du ressort du parlement de Flandre, dans le privilège de ne pouvoir être distraits de leurs juges naturels, ni évoqués au Grand-Conseil en vertu des lettres d'évocation générale des cardinaux.

⁶⁷ *Id.*, pp. 573 et 574, arrêt du conseil d'Etat du roi du douze septembre 1733, qui sur les représentations du procureur du parlement de Flandre, révoque les lettres d'évocation générale qui avaient été accordées à Mgr. l'archevêque de Cambrai. Dans cette affaire, l'archevêque de Cambrai n'a pas attendu la décision du conseil d'Etat, car il s'est désisté en cours d'instance.

⁶⁸ L'application du privilège de *non evocando*, notamment à travers les évocations de grâce, la cassation et les évocations politiques, est fort bien présentée dans V. DEMARS, *Quelques aspects du privilège flamand de non evocando*, mémoire de D.E.A. de sciences criminelles, Lille II, 1977, non publié.

GRACE ET POLITIQUE. LA GRACE DES CONDAMNÉS DE LA COMMISSION MIXTE DU
DEPARTEMENT DE L'HERAULT : 1852-1859

ERIC DE MARI

Professeur à l'Université Montpellier I
ericdemari@botmail.com

La grâce peut-elle contribuer à la résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés ? C'est à cette question que tente de répondre cette contribution. Elle fait le choix de son contexte institutionnel, celui de la justice politique ; de ses limites chronologiques, celles du second Empire dans sa phase dite autoritaire, de 1852 à 1859 ; enfin de son contour géographique, celui du « *Midi Rouge* » et plus précisément du département de l'Hérault.

Administrée par Louis-Napoléon Bonaparte la grâce concerne ici ceux qui se sont révoltés contre le coup d'Etat du 2 décembre 1851. Dans les départements qui se sont soulevés contre la prise du pouvoir illégitime du Prince-Président, les émeutiers ont été condamnés par des juridictions politiques : les commissions mixtes. Celles-ci ont prononcé en moins de trois mois, de février à avril 1852, plus de 20 000 condamnations allant de la mise sous surveillance de haute police à la déportation dans une enceinte fortifiée : soit la plus massive et la plus expéditive des purges répressives de toute l'histoire de la justice politique française.

Le département de l'Hérault a été particulièrement touché par cette justice singulière, à la fois politique et administrative¹. Les décisions des commissions mixtes ont été approximativement assimilées à des jugements bien que ce qualificatif ait été contesté². Les préfets, procureurs, colonels de gendarmerie furent juges. Les accusés ne comparurent pas devant la commission, les décisions ayant été rendues sur la foi des dossiers constitués par les autorités de police. Cette « *justice* » a examiné 26 884 affaires pour l'ensemble du territoire et 2668 pour l'Hérault sans que par ailleurs la moindre défense n'ait été possible. La répression fut massive. Pour le seul département de l'Hérault 1574 déportations, des centaines de mesures d'éloignement momentané du territoire, d'expulsions définitives, d'internement et de mise sous surveillance furent prononcées en près de 70 jours d'audience du 1er février au 10 avril 1852.

Frappant une population très majoritairement composée d'artisans, d'ouvriers et de cultivateurs et marginalement de rentiers, de propriétaires et de commerçants aisés, cette répression avait, semblait-il, réussi son objectif initial : « frapper les esprits ». « *Serrés dans la main de la justice* »³, les émeutiers furent d'abord vaincus par les forces de gendarmerie dans les campagnes et celles de la police dans les villes avant que d'être condamnés par des juges d'occasion incarnant le parti de l'ordre ou, autrement dit, celui « *des honnêtes gens* ».

Pour autant ces juges qui ont prétendu appliquer les injonctions du pouvoir, « *agir avec célérité... accomplir le bien* »⁴, ont-ils accompli leur mission avec autant d'application que celle que réclamaient les circulaires venues de la capitale et de ses ministères ?

¹ Sur la répression dans l'Hérault cf. notre article « Des juges sans figure » : la commission mixte du département de l'Hérault », *Mélanges Jean-Pierre Royer, Figures de justice*, 2004, p. 503-517.

² Cf. le jugement du Tribunal civil de Poitiers du 13 janvier 1874 : « les commissions... n'ont exercé à proprement parler, aucune sorte de judicature », *Recueil Dalloz*, 1883, p. 611.

³ L'expression est utilisée par le colonel Dillon dans une correspondance adressée au général de Rostolan le 2 février 1852, Archives départementales de l'Hérault (ADH), 7 U 5 51.

⁴ Selon la circulaire du Ministère de la guerre du 19 janvier 1852, ADH, 7 U 5 22.

La réponse à cette question est toute relative selon qu'on s'en tienne soit aux préoccupations des acteurs locaux de la répression, soit à celles des autorités centrales. Du côté des acteurs locaux la tranquillité publique paraît assurée par l'intensité de la répression. Celle-ci aussi bien par sa dureté que par son amplitude a largement débordé les faits relatifs aux émeutes pour se consacrer plutôt à la lutte contre le socialisme ou le républicanisme sans respecter exactement les textes répressifs. Le danger « *rouge* » paraît écarté et c'est là l'essentiel.

Du côté des autorités centrales le rétablissement de la tranquillité publique par la répression conduite contre les « *rouges* » n'est pas aussi satisfaisant. Dès l'origine les circulaires ministérielles trahissaient une hésitation entre deux politiques. D'une part, la volonté répressive et la sévérité étaient mises en avant lorsqu'il était envisagé de s'en remettre à la liberté d'appréciation des juges. D'autre part la modération, la volonté de ne pas confondre « *la foule imitatrice ignorante et mobile* » avec « *les meneurs et les conspirateurs invétérés* »⁵, étaient encouragées. Dès lors, après la répression une constatation immédiate s'impose : la politique de modération a été sacrifiée au profit de la pratique répressive. De surcroît ce sacrifice est passé par une trop grande liberté laissée aux autorités locales qui ont agi de manière arbitraire, voire imaginaire. Par conséquent la tranquillité publique, ou une nouvelle politique de remise au pas de la population comme de l'administration exigent la fin d'un paradoxe : celui de l'existence de nouveaux désordres consécutifs à une pratique de maintien de l'ordre considérée comme trop approximative. Ce qui compte est la soumission de tous : des émeutiers aux autorités administratives et telle est désormais la condition de la véritable tranquillité.

Dans de telles circonstances une nouvelle politique s'amorce : celle qui consiste à obtenir la soumission non par la répression, mais par la clémence. Et cela sans que soit accordée, en principe, la moindre initiative à ses acteurs. Cette nouvelle politique prend une forme originale : celle de la grâce accordée sous condition de la soumission du condamné.

L'histoire de l'administration de la grâce est en France mal connue. L'on en rappelle cependant quelques principes utiles à notre contribution. En 1852 le droit de grâce est bien établi. Remis en cause par la Révolution française, qui l'a supprimé, rétabli par Napoléon Bonaparte en l'an X, ce droit est une prérogative personnelle du chef de l'Etat qui s'inscrit dans une tradition remontant à celle de l'indulgence de l'empereur romain, perpétuée par la miséricorde royale. Depuis Louis XVIII son usage est devenu fréquent⁶. Louis-Philippe, surtout, en a systématisé l'utilisation en faisant en sorte que la grâce des condamnés à mort soit examinée sans que soit obligatoire la procédure du recours. « *Attribut essentiel* » de souveraineté, « *la plus précieuse des prérogatives de la couronne* »⁷, la grâce est alors utilisée à de multiples occasions (mariage, décès, anniversaires etc...) tout en devenant un des modes d'administration du gouvernement.

Son emploi par Louis-Napoléon Bonaparte s'inscrit donc dans un mouvement continu d'extension de son utilisation. De surcroît, elle participe d'une politique pénale transfigurée depuis la Révolution Française qui met en avant les thèmes du rachat, de la réhabilitation et de la réinsertion.

Or, c'est justement ce que souhaite le pouvoir après la répression de 1852 : la réinsertion implicite des condamnés, comme de l'administration, dans l'appareil gouvernemental du nouveau régime, réinsertion qualifiée explicitement par ce régime autoritaire de soumission. Sans que soit très claire encore la technique de la grâce, bien que certaines de ses caractéristiques soient déjà évidentes (non-effacement de la condamnation, dispense entière ou partielle de la condamnation...) la grâce des individus condamnés par les commissions mixtes soulignera à la fois la faveur du Prince-Président puis de l'Empereur tout en faisant prévaloir son autorité dispensée avec discernement. Telle sera la nouvelle version de la tranquillité publique : celle d'une société bénéficiaire de la clémence de son chef, de son autorité bienveillante et précise.

⁵ Cf. ADH, 7 U 5 48. Le texte de cette circulaire peut être aussi consulté in ADH, 7 U 5 51.

⁶ À propos des grâces, sur le rôle de Louis-Philippe cf. G. ANTONETTI, *Louis-Philippe*, Fayard, 1994, p. 682-688.

⁷ Cf. G. ANTONETTI, *op. cit.*, p. 683.

C'est du moins ce que nous nous attacherons à vérifier en utilisant les sources que constituent d'une part, les 2665 dossiers des individus jugés par la commission mixte du département de l'Hérault qui mentionnent systématiquement les mesures de grâce dont ils ont été bénéficiaires et d'autre part, les dossiers de correspondance concernant les demandes de grâce, déposés aux archives départementales de l'Hérault.

Ce faisant et même s'il n'a pas été possible, faute de temps, de produire de larges conclusions nombre de repères apparaissent qui tiennent à la procédure de la grâce (I) ainsi qu'au choix des graciés (II).

I. LA PROCEDURE DE LA GRACE.

« Je reconnais le gouvernement de sa majesté l'Empereur Napoléon et je m'y sou mets avec dévouement. Je renonce de manière absolue à tous les partis politiques. Je déclare également sur l'honneur qu'à l'avenir je ne m'occuperai que du bien-être de ma famille et du travail qui sut me faire vivre »⁸. Adoptées très tôt, précisées par circulaire ministérielle, les formules de soumission ouvrent une procédure qui privilégie un objectif politique : la reconnaissance du nouveau régime, la soumission à celui-ci, la renonciation à toute activité politique. Le corollaire de la réinsertion par la grâce passe paradoxalement par une mise à l'écart.

Pour autant la procédure de la grâce est administrative comme le fut la répression : d'emblée l'analogie entre répression et grâce apparaît. Le Ministère de la Justice ne tient dans cette procédure qu'un rôle marginal⁹ au contraire du Ministère de l'Intérieur et plus accessoirement du Ministère de la Police générale.

La grâce des condamnés des commissions mixtes sera tout aussi singulière que leur répression.

La procédure de grâce est en effet au service d'une centralisation rigoureuse où la longue chaîne de l'administration, d'anneau en anneau autrement dit d'administration en administration, pèse toute entière sur le demandeur de la grâce et sur ceux qui le soutiennent. Une différence essentielle existe entre la procédure judiciaire ordinaire de la grâce et cette procédure administrative : ici la demande de grâce doit être formulée pour qu'elle puisse être accordée alors que cette demande n'est pas obligatoire en matière ordinaire. La singularité de la procédure se conjugue avec une sorte de pédagogie de la centralisation. De la demande du condamné au centre du pouvoir, du centre du pouvoir vers le condamné, l'espérance et l'attente de l'auteur de la demande comme de ses proches passeront par l'appréhension et la compréhension de tout le système administratif d'un régime qui s'évertue à faire de l'espace local une périphérie.

Toutefois la procédure administrative repose sur une institution principale : les préfets. Les préfets, et non les juges au premier rang, sur l'ordre du Ministre de l'Intérieur, organisent la procédure. Les préfets lui confèrent sa dimension bureaucratique et font agir leurs auxiliaires : les maires surtout, et une infinité d'autres : juges, procureurs, commissaires. Le gracié ou celui qui sollicite et espère la grâce se soumet à tous jusqu'à l'Empereur.

Cette mécanique « réglée » de la faveur administrée qui dispense des grâces « légalisées »¹⁰ (A) contraste cependant avec une pratique plus nuancée, plus vivante où s'expriment d'autres ressorts plus aléatoires (B).

⁸ Pour les formules de soumission, cf. M. HENAUX, *Les victimes de décembre 1851 dans l'Hérault, devenir des inculpés et des condamnés*, Mémoire de maîtrise, Université Montpellier 3, 1987, 192 p.

⁹ Le rôle du ministère de la justice n'est secondaire que pour ce qui concerne la procédure locale de la grâce que nous examinons. Il reste à étudier pour tout ce qui relève de la procédure au centre du pouvoir.

¹⁰ Selon l'expression d'un employé de la préfecture de l'Hérault, sans précision : ADH, 7 U 5 48.

A. Une procédure administrée.

A partir de nos sources essentiellement locales il ne convient d'évoquer qu'une partie de la procédure : celle qui concerne le traitement local de la grâce. Elle s'effectue en deux étapes : la première intéresse l'élaboration de la demande tandis que la seconde porte sur l'examen de cette demande par le préfet.

La demande de grâce doit en principe être réalisée par le condamné. Elle comprend la plupart du temps la formule de soumission, obligatoire on l'a vu, ainsi qu'une justification des actes du condamné. Celui-ci sait en effet que lors de la seconde étape de la procédure des avis seront formulés, et qu'il en sera tenu compte.

La plupart des demandes ne prennent pas en compte des considérations politiques. Elles consistent plutôt en des supplications fondées sur des difficultés matérielles. « *Mon préfet... j'ai ma mère, une épouse et un enfant à la mamelle qui ont besoin de moi pour ne pas souffrir (sic)* »¹¹. La remarque est fréquente. Plus rares sont les repentirs politiques tels que celui de ce « *partisan du suffrage universel* » qui, dès novembre 1852, reconnaît avoir cru que « *Bonaparte allait le supprimer* » et s'avoue « *aujourd'hui... revenu de son erreur ayant acquis la preuve du contraire* »¹². Bien que la demande soit personnelle l'administration admet parfois qu'elle lui soit adressée par des proches du condamné. Les épouses demandent pour leur mari et font ainsi varier le style des soumissions. Louis-Napoléon Bonaparte est alors qualifié d'« *espoir de toute la France, [d'] aurore de Bonheur, [de] soleil bienfaisant pour tout ce qui a le cœur vraiment français* »¹³ tandis qu'ailleurs une demanderesse se jette aux pieds de l'Empereur : « *Sachant combien votre grand cœur s'intéresse à tout ce qui souffre je viens en toute confiance Prince me jeter à vos pieds* »¹⁴. Le père agit pour son fils, l'oncle pour son neveu...

A qui convient-il d'adresser la demande ? Exclusivement au préfet. Dès lors toute demande qui serait transmise vers la capitale sans avoir été au préalable adressée au préfet est systématiquement rejetée, le préfet veillant lui-même au strict respect de son autorité¹⁵.

Une fois réalisée, la demande de grâce est examinée. L'examen de la demande, soit la seconde étape de la procédure, est l'occasion pour l'administration de formuler des avis. L'administration s'applique alors à vérifier l'intégrité de la demande, soit, à distinguer le véritable « *repentir des agitateurs... de l'hypocrisie et du calcul* »¹⁶. Cette distinction, remarque-t-on avec un sens aigu de l'évidence, est la « *première nécessité politique de l'époque* » puisqu'il s'agit de « *ramener la confiance dans les esprits* »¹⁷.

Pour faire passer cette ambition dans la réalité le préfet use d'une méthode déjà éprouvée lors de la répression : l'utilisation de classements systématiques et le recours à des informateurs.

« *Le travail ira vite* » dit un administrateur : les dossiers « *sont admirablement bien classés* »¹⁸. La bureaucratie est parée de ses avantages. Dès novembre 1852, en application d'une circulaire ministérielle adressée à tous les préfets par le ministre de la police générale, des listes sont établies. Elles distinguent

¹¹ Lettre de soumission d'Etienne Pierre Gau du 31 mai 1853, ADH, 7 U 5 48.

¹² Lettre de soumission de Prosper Depaule du 29 novembre 1852. Il ajoute : « déjà le vote national a donné par deux fois raison à l'Empereur à l'encontre des pétitions républicaines. En présence d'aussi unanimes consécration du droit réel on serait mal venu de protester contre la volonté unanime de la France », ADH, 7 U 5 48.

¹³ Demande de grâce de « Mme Génieis pour son mari Jean Pierre Bader » du 9 novembre 1852. Bader a été condamné à la peine de déportation simple (A-), ADH, 7 U 5 47.

¹⁴ Demande de grâce du 19 septembre 1852, ADH, 7 U 5 48.

¹⁵ Ainsi les demandes de grâce adressées directement par le maire de Clermont-l'Hérault à Paris ne sont pas examinées. Le préfet exige que le maire fasse faire aux condamnés un « nouveau recours », qu'il transmette celui-ci au sous-préfet de Lodève assorti d'un « avis favorable ». Le sous-préfet, rappelle le préfet au maire, transmettra les recours à la préfecture avant qu'ils soient soumis au ministre « avec recommandation spéciale », Lettre du préfet du 12 mars 1853, ADH, 7 U 5 48.

¹⁶ Circulaire ministérielle du 9 novembre 1852, ADH, 7 U 5 1.

¹⁷ Cf. ADH, 7 U 5 48.

¹⁸ Préfecture de l'Hérault, 17 novembre 1852, ADH, 7 U 5 51.

des catégories : celle des « *individus dont le retour serait un réel danger pour la tranquillité publique* », celle « *des condamnés qui peuvent être l'objet de mesures de clémence* »¹⁹.

Le caractère occasionnel, circonstanciel de la grâce lié aux événements choisis pour la faveur du Prince ne dérange en rien l'approche bureaucratique de l'examen des demandes. Les listes sont toujours soigneusement préparées et vérifiées par les auxiliaires du préfet.

Ils sont fort nombreux. Au premier rang, les maires qui furent en leur temps à la pointe de la répression sont particulièrement actifs. Ils ont contribué à « *faire* » la condamnation par leurs notes de police, ils contribuent à en réduire les effets par les avis qu'ils formulent à propos des demandes de grâce. Il en va de même des juges de paix²⁰, des membres du parquet, des commissaires de police sollicités par le préfet, comme ils le furent déjà lors de la répression.

Chaque auxiliaire remplit son devoir et formule son avis, qu'il soit positif ou négatif, approximatif ou précis. Un condamné est considéré comme la « *victime de son goût particulier pour la lecture* » et « *c'est là ce qui a exalté son imagination* »²¹. Un autre « *ne mérite aucune indulgence et au lieu de l'Afrique, il serait mieux placé chez les antropophages (sic)* »²².

L'avis reste tel et seul le préfet discrétionnairement peut le faire suivre vers la capitale avec ou sans son approbation. Si l'avis du préfet s'avère négatif, le préfet prend soin de cultiver son argumentation. « *Nous avons un moyen très simple dans la circonstance d'apprécier la sincérité du pétitionnaire* » souligne le préfet de l'Hérault. « *En 1852 le père du condamné a le 4 février dernier refusé de prêter serment à l'Empereur attendu qu'il avait prêté serment au Président de la République* » : la demande est regardée comme « *non advenue* »²³. La venue à la Préfecture de l'Hérault en 1853 d'un inspecteur spécial²⁴ du ministre de la police générale ne modifie pas de telles attitudes qui, par ailleurs, ne sont pas systématiques.

L'attention portée à l'opportunité de la grâce accompagne une pratique plus aléatoire que ne le laissait présager le caractère administratif de la procédure.

B. Une pratique aléatoire.

La pratique de la grâce politique implique l'adaptation continue de l'administration. Les atavismes d'une société toujours holiste se manifestent dans le flot des interventions qui assaille les administrateurs. Ce faisant, l'administration en vient à considérer la grâce non seulement comme une mesure administrative mais comme un mode d'administration du département lui-même inclus dans un mode de gouvernement. Sans que la cohérence soit parfaite entre les besoins des administrés, ceux de l'administration et ceux du gouvernement, se met en place une sorte de temporalité de la grâce, un rythme administratif ponctué par les mesures de grâce.

Les interventions en faveur de l'obtention d'une mesure de grâce sont le plus souvent d'origine familiale. Nombre d'entre elles se fondent sur le passé politique de l'intervenant ou de ses proches. Le père d'un condamné rappelle dans son intervention qu'un de ses oncles a été guillotiné « *à la suite d'une condamnation prononcée* » par la cour prévôtale » du département de l'Hérault « *par suite de son dévouement à*

¹⁹ Cf. par exemple les tableaux et états de la sous-préfecture de Lodève du 24 novembre 1852, ADH, 7 U 5 47. Les listes ont été préparées à Lodève « *de concert avec le procureur de la République* ». Cf. aussi les tableaux adressés par le procureur de Montpellier au préfet le 29 novembre 1852, ADH, 7 U 5 48.

²⁰ Cf. par exemple l'avis du juge de paix de Mèze en faveur de Vital Boulet. Celui-ci a été condamné pour avoir à l'église ... menacé le curé après que celui-ci ait (sic) refusé de baptiser (sic) le fils de Boulet sous le prénom de Ledru-Rollin », ADH, 7 U 5 45.

²¹ Avis en faveur de Paul Tessier de Lunel, transporté en Algérie, ADH, 7 U 5 45.

²² Selon le commissaire central de Montpellier dans son avis du 14 novembre 1852 à propos de Jacques Sicard, boucher, ADH, 7 U 5 51.

²³ La remarque est datée du 22 avril 1853, ADH, 7 U 5 48.

²⁴ Sur ce point, cf. ADH, 7 U 5 47. La mission est effectuée en janvier 1853. Elle porte pour l'essentiel sur les grâces des condamnés contumaces.

l'Empereur»²⁵. Un autre souligne qu'un membre de sa famille s'est suicidé pour échapper aux poursuites conduites contre lui lors de la Restauration. Il écrit par conséquent pour que soit évité « *un autre holocauste de la même famille* »²⁶.

Le souvenir du Premier Empire est encore exploité par un père qui se présente comme « *un vieux débris de la grande armée qui a servi son pays avec honneur* »²⁷. Le moindre détail est rappelé. Dans son intervention une épouse souligne qu'elle et son mari (le condamné) ont reçu « *Joseph Bonaparte* » dans leur auberge en 1811. D'autres arguments prétendent porter : l'aisance matérielle du condamné qui va de pair avec le paiement d'impôts élevés²⁸, l'existence d'un contentieux entre le condamné et un auxiliaire du préfet sollicité lors de l'instruction, avec au premier rang comme toujours, la question des relations du condamné avec le maire²⁹.

L'imaginaire des intervenant tente de rejoindre celui des administrateurs. De proche en proche le retentissement de la grâce dessine peu à peu les contours d'une sorte de substrat idéologique. Cette France des familles n'est pas la seule à intervenir. Tout ce qui compte ou croit compter dans le département prend la plume pour intervenir auprès du préfet. Dans cette intermédiation les curés joignent à leur demande leurs prières³⁰, les maires sortent de leur fonction d'auxiliaires pour devenir les défenseurs de leurs administrés³¹ à l'instar de juges de paix³² et de procureurs³³.

L'administration saisit l'occasion de la grâce pour conforter son autorité tandis que chacun s'efforce de prouver sa capacité à obtenir une faveur. Pour un favorisé par la grâce, le condamné, combien sont nombreux les auteurs de celle-ci qui se retrouvent à leur mesure eux aussi les bénéficiaires de la grâce ! A ce titre un intervenant se contente de rappeler au préfet leur séjour commun et leur aimable rencontre « *dans la Creuse* ». Un autre se prévaut de sa qualité de « *cousin du garde des sceaux* »³⁴. Un conseiller général passe plus de temps à énumérer ses multiples qualités d'« *ex-officier du génie... décoré et retraité par suite de blessures reçues au service* »³⁵ qu'à évoquer les actes ou les sentiments du condamné en faveur duquel il intervient.

Ces interventions, d'une grande efficacité, perturbent et confortent à la fois l'administration de la grâce. Elles la perturbent car elles ne sont jamais intégrées dans la procédure. Elles s'y insinuent et vont d'elles-mêmes. Elles la confortent car la grâce s'avère un tel succès auprès de la population que cette administration de la faveur se transforme.

La grâce devient alors un expédient et, comme il en fut de tout expédient sous l'« *Ancien Régime* », un mode de gouvernement. Alors que des maires se disent assaillis de trop de demandes de grâce, étant

²⁵ Cf. ADH, 7 U 5 7.

²⁶ Cf. ADH, 7 U 5 7.

²⁷ Le fils de l'intervenant sera gracié le 3 février 1853, ADH, 7 U 5 10.

²⁸ Dossier Martial Baille. Le frère du condamné précise que celui-ci « est capitaliste », n'a point de dettes et paye à lui seul 2000 F de contribution, ADH, 7 U 5 4.

²⁹ Le conflit entre le maire et le condamné a donné lieu à des « procès civils et correctionnels ».

³⁰ Par exemple les prières du curé d'Autignac en faveur de Jacques Fournier, ADH, 7 U 5 47.

³¹ Cf. l'intervention du maire de Béziers en faveur d'Henri Lunes. Ce cultivateur, déporté dans une enceinte fortifiée est placé sous surveillance en 1854 après l'intervention du maire en 1853, ADH, 7 U 5 12. Cf. également l'intervention du maire de Bédarieux en faveur de Mathieu Lafeuille. Déporté dans une enceinte fortifiée il est gracié en 1854 et mis sous surveillance. L'intervention est réalisée en novembre 1853, ADH, 7 U 5 48. Cf. enfin l'intervention du maire de Lézigan la Cèbe en faveur de Charles Soulignac. Déporté dans une enceinte fortifiée, il est gracié en 1854 et mis sous surveillance. Le maire intervient à deux reprises en 1853 et en 1854, ADH, 7 U 5 7.

³² Cf. l'intervention du juge de paix d'Olonzac en faveur du contumace Rouanet, ADH, 7 U 5 45 ; également l'intervention du juge de paix de Lunel en faveur de « Coulondres, fils de Coulondres banquier à Montpellier. Il précise : « la mise en liberté de ce jeune homme attacherait au gouvernement par les liens d'une vive reconnaissance une famille influente dans le canton ». Coulondres fils voit sa peine d'expulsion commuée en peine d'internement le 18 septembre 1852, ADH, 7 U 5 7.

³³ Cf. par exemple le procureur de Lodève, ADH 7 U 5 7 ; le procureur général de la cour d'appel de Montpellier en faveur d'Auguste Bonnet et de Célestin Cauquil, ADH, 7 U 5 23.

³⁴ Intervention en faveur de Marius Gayet. Celui-ci est gracié en mai 1853, ADH, 7 U 5 45.

³⁵ Intervention du colonel de Guérin en faveur de « Fesquet Dessaix », ADH, 7 U 5 48.

« pris à partie et rendus responsables par des familles désespérées », d'autres réclament plus de graciés afin d'obtenir de « bons résultats aux élections ». Un juge de paix fait remarquer au préfet « qu'il a engagé sa parole pour la liberté ou la grâce des transports si le vote (celui pour le rétablissement de l'Empire) était bon » dans son chef-lieu de canton. Il insiste : « sur la foi de cet engagement... les ouvriers se sont pressés autour du scrutin ». Le vote a été bon³⁶, dès lors sa parole ne saurait rester en « souffrance ». En outre, de manière fort prosaïque, un maire remarque à l'appui de ses demandes de grâce que leur obtention « serait un moyen péremptoire de fermer toutes les bouches »³⁷.

La procédure de la grâce déborde l'usage de l'écrit. « C'est ma parole engagée » qu'invoque un ministre pour soutenir, et obtenir, une grâce³⁸. C'est sur la foi d'une autre parole, celle d'un évêque, qu'un contumace se constitue prisonnier dans l'attente de sa grâce. La grâce fluidifie et facilite les relations sociales jusqu'à rendre plus aisé le fonctionnement même de la police. Un commissaire de police, qui fut d'une grande sévérité lors de la répression, note à propos d'une demande de grâce que si celle-ci est accordée, « cette mesure de clémence sera un moyen³⁹ de découragement pour les hommes qui lui sont encore un peu hostiles »⁴⁰.

De son côté le préfet n'hésite pas à exploiter à la fois administrativement et politiquement la grâce en demandant à son ministre de faire en sorte que coïncide une annonce de grâces effectives avec la tournée « qu'il se prépare à effectuer dans le département »⁴¹. La distribution des grâces n'avait-elle pas été utilisée comme un argument de campagne par le Prince-Président lors de son passage dans les villes du Midi, en septembre 1852⁴², pour préparer le rétablissement de l'Empire ?

Ressort de la tranquillité publique, administrée au gré de la volonté du prince comme de son administration, la grâce des condamnés des commissions souligne le réalisme d'un régime autoritaire. Celui-ci parvient ainsi à accorder les à-coups des mesures de grâce avec la constance de la politique de retour à l'ordre. Sept mouvements de grâce sont réalisés en 1852 : six en 1853⁴³, deux en 1854, un en 1855, deux en 1856 jusqu'à ce que dans l'Hérault tout au moins, 2500 mesures de grâce soient prononcées et que le reste des condamnés bénéficie d'un dernier décret de grâce le 16 août 1859.

Néanmoins cette habile conjugaison de continuité, de persévérance dans la volonté politique et de saccades circonstancielles, dont le liant est le système administratif du régime, ne met pas en valeur une réalité uniforme. Comme le fut la répression, mais sur d'autres bases et dans un mouvement inversé, la grâce est profondément discriminatoire.

II. LE CHOIX DES GRACIES.

A l'instar de la répression, la grâce des individus condamnés par la commission mixte du département de l'Hérault ne repose pas toujours sur des motivations fixées par les circulaires ministérielles qui sont à l'origine de sa mise en œuvre. Une sélection des graciés s'opère. Impulsée par le gouvernement, la grâce distingue des bénéficiaires ou des non-bénéficiaires selon un critère général à la fois déterminé et flou : le retour à l'ordre. Ce critère passe par une régulation qui permet de fixer à peu près deux groupes de graciés, selon qu'ils bénéficient tôt, en 1852 ou 1853, d'une mesure de grâce ou qu'ils en bénéficient tard, à partir de 1855. L'on sépare d'un côté les condamnés qui sont graciés par préférence (A) et de l'autre, ceux qui sont écartés, délaissés puis tardivement récupérés (B).

³⁶ Il s'agit du juge de paix du canton de Mèze qui s'adresse au préfet le 23 novembre 1852, ADH, 7 U 5 47.

³⁷ Cf. la correspondance du maire de Clermont l'Hérault, ADH, 7 U 5 48.

³⁸ Lettre du ministre de l'instruction publique et des cultes au préfet de l'Hérault du 31 août 1852, ADH, 7 U 5 23.

³⁹ Souligné dans le texte.

⁴⁰ Lettre du commissaire de police de Mauguio au préfet de l'Hérault du 11 avril 1853, ADH, 7 U 5 48.

⁴¹ Cf. ADH, 7 U 5 48.

⁴² Cf. ADH, 7 U 5 45.

⁴³ Le moniteur du 31 janvier 1853 précise qu'à l'occasion de son mariage l'Empereur a prononcé plus de 3000 grâces concernant des individus frappés de « mesures de sûreté générale », ADH, 7 U 5 48.

A. Les condamnés graciés par préférence.

La préférence de l'administration comme celle du gouvernement, du Prince puis de l'Empereur, n'est pas uniforme. Là encore deux groupes de condamnés- graciés apparaissent. Le premier concerne les individus dont la condamnation repose sur une motivation arbitraire et imaginaire, soit un bon quart des dossiers ainsi que nous l'avions évalué⁴⁴. La grâce a pour fonction de réparer les formes de la répression, considérées comme excessives, et de ramener ce faisant les acteurs de la répression à plus de prudence tout en les contrôlant habilement. Le second groupe est composé de manière plus approximative de tous ceux que le régime considère, à tort ou à raison, comme utiles à sa perpétuation.

Les graciés du premier groupe sont essentiellement des victimes des débordements de la répression. En effet, la commission mixte du département de l'Hérault ne s'est pas contentée, on l'a vu, de réprimer les seuls participants aux émeutes fomentées contre le coup d'Etat. En l'absence de textes répressifs elle a condamné nombre de socialistes locaux ou de « déviants », du moins ceux qu'elle a estimés comme tels. Il en fut ainsi de déportés sur le seul fondement de leur « *mauvaise moralité* »⁴⁵, de leur activité de « *socialiste propagateur* »⁴⁶, de leur état d'« *exalté au suprême degré* »⁴⁷, d'« *instigateur audacieux* » mais aussi de repris de justice, de « *pareseux* » ou de supposés débauchés⁴⁸.

Au cours de la procédure de grâce, les dossiers sont examinés à nouveau et nombre d'errements sont constatés bien qu'ils n'aient pas, en leur temps, arrêté les juges. La réparation de la répression par la grâce concerne les excès les plus manifestes : par exemple la mise sous surveillance d'un individu sans aucune preuve⁴⁹, ou la déportation d'un autre insurgé supposé alors que « *le fait insurrectionnel n'est pas bien prouvé* »⁵⁰. Au défaut de preuve s'ajoute le cas des condamnés repris de justice. Ainsi dès octobre 1852 un individu déporté dans une enceinte fortifiée sur le simple motif de sa condamnation à dix jours de prison pour coups et blessures, bénéficie d'une commutation de sa peine en mise sous surveillance de haute police⁵¹. Les auteurs de « *bruit et tapage nocturne* »⁵², d'actes de braconnage⁵³, de vols⁵⁴ bénéficient aussi très tôt de leur grâce comme ce condamné par « *deux fois en police correctionnelle* » placé lui aussi sous surveillance en 1853 après avoir dû subir une déportation. L'on relève cependant à propos des repris de justice que les commutations de peine s'avèrent beaucoup plus fréquentes que les grâces entières.

La fonction de la grâce consiste non seulement à rectifier la répression mais aussi à en contrôler les acteurs qui sont à peu de choses près les mêmes qui agissent dans la procédure. Ramener la répression à la mesure d'une partie des aspirations initiales du pouvoir, la modération, permet de rétablir l'ordre au sein de l'administration, corrigée et modérée elle aussi. Cependant l'arbitraire et l'imaginaire de l'administration sont persistants.

Ce phénomène est particulièrement éclairant à propos du deuxième groupe de bénéficiaires de grâces rapides. Dès l'automne 1852 les individus condamnés malgré leur « bonne moralité » jouissent enfin de leurs qualités. Ce qui ne fut pas un avantage lors de la répression le devient à l'heure de la grâce. De surcroît la référence à la « *bonne moralité* » est très largement utilisée qu'elle soit seulement « *privée* »⁵⁵,

44 Cf. notre article, *op. cit.*, p. 513.

45 Le registre de la commission, qui ne mentionne pas le nom du condamné à propos de Ferdinand, menuisier à cette, ADH, 7 U 5 52.

46 Cf. ADH, 7 U 5 48.

47 A propos de Louis dit Toutou, roulier à Roujan, ADH, 7 U 5 52.

48 Cf. notre article, *op. cit.*

49 A propos du tonnelier Joseph d'Alignan du vent, ADH, 7 U 5 52.

50 A propos de Jacques Martin dit brigadier, ADH, 7 U 5 13.

51 Dossier Martial Laplanche. Déporté dans une enceinte fortifiée il est mis sous surveillance en 1852, ADH, 7 U 5 12.

52 Ce tourneur de Montpellier prénommé Pierre bénéficie d'une grâce entière le 19 octobre 1852, ADH, 7 U 5 52.

53 Il s'agit de Marc dit Bombance « braconnier de profession », ADH, 7 U 5 48.

54 Cf. par exemple Joseph dit Carnot, ADH, 7 U 5 48 ; et Yves cultivateur à Florensac, gracié le 3 février 1853, ADH, 7 U 5 48.

55 Ainsi Edmy, propriétaire à Bessan, déporté dans une enceinte fortifiée est mis sous surveillance le 8 juin 1853, ADH, 7 U 5 48.

peu connue⁵⁶ ou tempérée par des désignations médiocres : une moralité « *assez bonne* » ou « *pas mauvaise* »⁵⁷ exonèrera tout de même de la peine.

Une sociologie rudimentaire s'esquisse. Les grâces rapides concernent particulièrement les jeunes, les cafetiers, les bonapartistes et par dessus tout les riches. La jeunesse des condamnés estompe leur participation manifeste aux émeutes. Si les condamnés n'excèdent pas l'âge de 21 ans, soit celui de la majorité légale, bien que cela ne soit jamais précisé, ils bénéficient de grâces très promptes où il est rappelé qu'ils ont été « *entraînés* »⁵⁸.

De leur côté, les cafetiers sont distingués pour leur activité sociale dans cette culture de « l'entre-soi » qui est celle de populations la plupart villageoises. Retourner l'opinion, du moins l'apaiser, faire du café non « *un lieu de réunion des démagogues* » ou « *l'asile de plusieurs réunions socialistes* » mais plutôt un point de rencontre apolitique, devient un objectif de l'administration. Dans le même sens, les bonapartistes égarés sont remis dans le droit chemin du pouvoir, qu'ils doivent leur supposée attirance pour le bonapartisme à leur famille⁵⁹ ou à leur ancienne fonction de maire⁶⁰.

Surtout les individus condamnés malgré leur aisance matérielle retrouvent lors de la procédure de grâce les avantages dus à leur fortune. A l'image des bénéficiaires de l'appréciation de « *bonne moralité* », qui n'avaient pas profité de celle-ci lors de la répression mais qui en profitent lors de la grâce, les « *riches* »⁶¹, autrefois condamnés sans discrimination, sont prioritairement graciés. La richesse efface les plus graves accusations : celle d'avoir été « *un initiateur ardent, très actif, très influent, membre de société secrète et très dévoué à son parti* »⁶², comme celle d'avoir été « *très exalté* » et « *extrêmement dangereux* ». En effet comment désormais être à la fois riche et dangereux⁶³ ? « *Sa famille est une des plus aisées du pays* »⁶⁴ note un maire à propos d'un condamné dans un dossier de grâce alors que ce même maire lors de la répression faisait la même remarque tout en soulignant les accusations de participation à l'insurrection. Le phénomène est si frappant qu'ailleurs, et toujours pour le bien de la tranquillité publique, un autre édile observe que « *jusqu'ici les quelques grâces obtenues... ne l'ont été pour la plupart que pour des gens aisés et tenant un certain rang* » alors que d'autres condamnés « *bien moins coupables et bien moins compromis qu'eux* » pourraient en bénéficier⁶⁵.

Le retour à une discrimination sociale traditionnelle, autrefois perturbée par la répression, est en marche. Elle repousse par conséquent tous ceux qui sont au contraire délaissés par la grâce.

B. Les condamnés délaissés par la grâce.

Sur la base d'un rapide sondage effectué à propos des grâces accordées au cours de l'année 1855 des catégories apparaissent. La plus nombreuse est celle des humbles, c'est-à-dire d'individus issus de milieux ouvriers, paysans, à l'exclusion des propriétaires, de petits commerçants ou d'employés modestes. Le florilège est très vaste : du balayeur de rue au cultivateur, au boulanger et au matelassier : ceux-ci ne bénéficient pas, à l'exact inverse des « *riches* », de mesures de grâce entière. Ils doivent se contenter de

⁵⁶ Benjamin, cultivateur à Bessan, déporté dans une enceinte fortifiée et mis sous surveillance le 26 juin 1852, ADH, 7 U 5 48.

⁵⁷ Bernard, cultivateur à Marseillan et bénéficiaire d'une grâce entière le 26 juin 1852, ADH, 7 U 5 48.

⁵⁸ Cf. par exemple Isidore, cultivateur à Claret, âgé de 20 ans au moment des faits. Il est gracié le 19 janvier 1853, ADH, 7 U 5.

⁵⁹ Cf. la lettre de soumission de la femme d'un déporté, Simon Chauvard. Cette lettre est accompagnée du général Raindres. Il indique que « la pétitionnaire est fille d'un vieux brave auquel l'Empereur vient d'accorder un secours pur une blessure grave reçue à la bataille de Wagram ». Le transporté est gracié en 1853. La lettre est datée du 25 janvier 1853, ADH, 7 U 5 48.

⁶⁰ Il s'agit de l'ancien maire de Capestang, Etienne Saisset, ADH, 7 U 5 17.

⁶¹ C'est cette désignation qui est le plus souvent utilisée par l'administration.

⁶² A propos de Jean-Pierre, propriétaire (« riche ») de la Livinière, ADH, 7 U 552.

⁶³ Un condamné est présenté comme la victime d'« envieux » en raison de sa fortune. Il souligne « la démagogie, le socialisme, le désordre peuvent-ils s'allier à une telle position ? Le bon sens repousse cette idée. Vous la repousserez aussi », ADH, 7 U 5 4.

⁶⁴ Cf. l'intervention du maire de Marsillargues en faveur d'Isaac Encoute, ADH, 7 U 5 45.

⁶⁵ Lettre du 20 janvier 1853 du maire de Saint-Thibéry au sous-préfet de Béziers, ADH, 7 U 5 48.

commutations de peine alors que dans l'ensemble ils ont été condamnés aux peines les plus lourdes, des déportations dans une enceinte fortifiée pour l'essentiel. Dans les dossiers de grâce les accusations présentes dans le dossier de condamnation sont systématiquement rappelées alors que tel n'a pas été toujours le cas pour les individus plus fortunés. Une attention particulière est accordée à leur ancienne fonction de « chef »⁶⁶, à leur « responsabilité dans le mouvement » ou à leurs actes singuliers comme celui de ce bourrelier, l'« homme le plus dangereux de sa commune » qui avait « arboré le drapeau rouge »⁶⁷.

Cette fois la dangerosité de l'individu condamné et pauvre reste prégnante même après une grâce tardive. Un dessinateur « homme de discorde et d'action, meneur ardent, organisateur » et membre d'une « société secrète »⁶⁸ est certes bénéficiaire d'une mesure de grâce en 1855 mais sera cependant interné. Un maçon « très dangereux, méchant, chef principal » après sa grâce est placé sous surveillance⁶⁹ de même qu'un fileur « très ardent, insubordonné et paresseux »⁷⁰.

L'administration conserve sous sa coupe ces individus dont elle a ralenti la grâce et qu'elle peut toujours après la grâce frapper à nouveau⁷¹.

A propos d'un cultivateur déporté en 1852, bénéficiaire de la commutation de sa peine en internement en 1854, puis en mise sous surveillance en 1855, un sous-préfet remarque : « les autorités locales ne trouvent pas sa conduite assez satisfaisante pour qu'il soit exonéré de la surveillance, peine d'ailleurs fort douce »⁷². Il attend donc « plus de repentir et de meilleures dispositions » pour que soit accordée la grâce entière qui est sollicitée. Un autre informe le préfet que la mesure de commutation dont vient de bénéficier un charretier ne doit « pas être rendue publique par voie de journaux »⁷³. Grâce ne signifie donc pas relâchement du contrôle exercé par l'administration des individus qu'elle estime dangereux et dont elle échelonne soigneusement le destin. Contre les faibles la grâce entière n'exclut pas d'ailleurs le renouvellement de la répression comme en témoigne le cas de ce boucher gracié en 1852 et « replacé en surveillance ».

En 1852, au-delà de ces constatations, il est difficile de pousser plus loin l'analyse. Certes l'on relève qu'à l'évidence les contumaces sont graciés plus tardivement que les non-contumaces. Mais la plupart du temps c'est l'oubli⁷⁴, le décès des condamnés en déportation, la pauvreté des relations sociales comme la pauvreté matérielle qui sont déterminants. Ces facteurs balayaient les tentatives faites pour retrouver les traces d'individus, écartés par leur fragilité. Sans doute une étude plus sûre pourrait-elle être conduite sur ce point à partir des dossiers de demandes de pension remplis par deux fois en 1881 et en 1882, dossiers où ressortent par ailleurs les annotations tenaces de l'administration quand il s'agit d'apprécier la moralité des victimes ou leur dignité politique⁷⁵. Comme si le temps de la régulation des conflits passait ici par trois étapes successives : celle de la répression, de la grâce et enfin des pensions, étapes corrigées par l'oubli et la médiocrité de toute mémoire.

⁶⁶ Par exemple Philippe, cordonnier à Cette, « sous-chef du parti », ADH, 7 U 5 52.

⁶⁷ Il s'agit d'Hyppolite, bourrelier à Quarante. Il est placé sous surveillance le 13 janvier 1855 après avoir été déporté dans une enceinte fortifiée, ADH, 7 U 5 48.

⁶⁸ Dessinateur à Saint-Géniès, Louis, déporté dans une enceinte fortifiée est interné le 16 avril 1855, ADH, 7 U 5 48.

⁶⁹ Jules de Castelnau de Guez, après avoir été déporté dans une enceinte fortifiée, ADH, 7 U 5 48.

⁷⁰ Cf. le dossier de procédure de Fulcrand Lauthier, fileur à Bédarieux, déporté dans une enceinte fortifiée et mis sous surveillance le 13 janvier 1855, ADH, 7 U 5 12.

⁷¹ Une des lettres de Boyer, « condamné politique » gracié, a été intercepté. Il y indiquait n'avoir effectué sa soumission que sous la contrainte. Par ordre du ministre de la police générale il est mis sous surveillance le 18 juillet 1853 après avoir été gracié en 1852, ADH, 7 U 5 46.

⁷² A propos du recours en grâce entière de Jean Montoulier, cultivateur à Capeatang. La lettre du sous-préfet de Béziers date du 20 janvier 1857, ADH, 7 U 5 50.

⁷³ Cf. ADH, 7 U 5 48 à propos de Joseph Mouls, charretier à Puissaguier.

⁷⁴ L'oubli concerne parfois les graciés eux-mêmes comme ce Charles Victor Pracié d'Abeilhan, déporté, gracié en août 1842 et non encore libéré en mars 1853 « par la faute d'oublis administratifs », ADH, 7 U 5 45. Il se dit « accablé par les fièvres, l'ennui et le chagrin ».

⁷⁵ Cf. sur ce point les remarques et notes de M. Hénaux, *op. cit.*, p. 113.

ENTRE EXHORTATIONS DOCTRINALES ET RESISTANCES JUDICIAIRES : LA LABORIEUSE CREATION DU CONSEIL D'ETAT BELGE (1831-1946)*

FRANÇOISE MULLER

Aspirante au Fonds Nationale de la recherche scientifique
francoise.muller@uclouvain.be

INTRODUCTION¹

Institution emblématique de la résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés, le Conseil d'État est en Belgique le fruit d'un long processus de gestation, amorcé dès 1831 et jalonné de revirements parfois spectaculaires. Ces revirements et les retards qu'ils ont engendrés expliquent, en partie, pourquoi le Conseil d'État n'a vu le jour qu'en 1946².

L'institution, finalement conçue sur le modèle français, ne se profile comme telle qu'à partir de 1936. Auparavant, l'expression « Conseil d'État » fait référence à une problématique, englobant tantôt une dimension législative³, tantôt une dimension contentieuse⁴, parfois les deux. Ainsi, il n'est pas rare que des personnes favorables à une extension des compétences du pouvoir judiciaire au contentieux administratif évoquent la création d'un « Conseil d'État ».

La thématique du présent ouvrage invite à nous pencher tout particulièrement sur la matière du contentieux d'indemnité qui est historiquement, en Belgique, à l'origine du mouvement en faveur d'une haute juridiction administrative⁵. Nous nous intéressons ici au terreau dans lequel ce mouvement a pris naissance, à la manière dont il s'est développé et aux résistances auxquelles il a été confronté. Nous nous centrerons en conséquence sur la période 1840-1920 et nous ne ferons que retracer succinctement la période 1920-1946⁶.

* Cette publication a été rédigée avec le soutien de la Politique scientifique fédérale belge (Pôle d'Attraction Interuniversitaire P6/01 « Justice et Société : histoire sociopolitique de la justice en Belgique (1795-2005) »).

¹ Nous entendons les expressions « doctrine » et « milieu doctrinal » dans un sens restreint c'est-à-dire comme l'ensemble des commentateurs du droit – qu'ils soient des théoriciens et/ou des praticiens du droit – ayant, dans leurs publications, traité de la question du Conseil d'État, à l'exception des magistrats qui développeront une conception particulière de l'institution.

² Loi du 23 décembre 1946 portant création d'un Conseil d'État, *M.B.*, 9 janvier 1947.

³ Nécessité de remédier à la « confection vicieuse des lois », selon l'expression popularisée par Edmond Picard (E. PICARD, *De la confection vicieuse des lois en Belgique et des moyens d'y remédier*, dans *Pandectes belges*, t. VI, Bruxelles, 1881, Introduction).

⁴ Principalement l'absence de recours juridictionnel en matière de contentieux d'indemnité (dit également de pleine juridiction) et de contentieux d'annulation.

⁵ Nous ne traiterons pas ici des tentatives réalisées de 1831 à 1857 par le monde parlementaire pour créer un Conseil d'État. Il s'agissait essentiellement de l'institution envisagée dans sa dimension « d'auxiliaire législatif ». Il n'était pas encore question, à cette époque, d'une véritable juridiction administrative. Ces tentatives sont les suivantes : 1) Projet de loi de Muelenaere en 1831. 2) Proposition de loi déposée au Sénat par de Gorge-Legend en 1832. 3) Projet de loi de Ch. Rogier en 1833. 4) Proposition de loi déposée au Sénat par le comte Duval de Beaulieu en 1834. 5) Second projet de loi Rogier en 1853. 6) Proposition de loi déposée au Sénat par le baron d'Anethan en 1855.

⁶ Pour de plus amples développements sur cette seconde période, voir : F. MULLER, « Henri Velge, l'artisan du Conseil d'État belge », dans *Revue belge d'histoire contemporaine*, n°1-2, 2007, p. 143-174.

I. L'ÉQUILIBRE DES POUVOIRS AUX TERMES DE LA CONSTITUTION BELGE.

En réaction aux abus des régimes précédents, la Constitution belge du 7 février 1831 réserve une place de choix au pouvoir judiciaire⁷. Celui-ci, placé sur un pied d'égalité par rapport aux deux autres pouvoirs⁸, est entouré de garanties importantes destinées à assurer son indépendance. Ainsi, la magistrature assise est nommée à vie, jouit de l'inamovibilité et ses membres ne peuvent être destitués que par un jugement⁹. La désignation aux plus hautes fonctions du siège se fait par une élection interne à l'ordre judiciaire¹⁰. En termes de compétences, le pouvoir judiciaire est exclusivement habilité à connaître des affaires portant sur des droits civils ; il est également le juge ordinaire des droits politiques, sauf les exceptions prévues par la loi¹¹. Les conflits d'attribution ne sont plus confiés à l'exécutif mais à la Cour de cassation¹². Enfin, l'article 107 de la Constitution fait un devoir aux cours et tribunaux de refuser l'application d'un acte administratif illégal. Le pouvoir judiciaire n'a pas un pouvoir d'annulation *erga omnes* de l'acte de l'exécutif entaché d'illégalité ; cette dernière doit être soulevée et prouvée dans chaque cause portée devant les tribunaux.

La Constitution, comme ses travaux préparatoires, sont muets sur la question d'un Conseil d'État. Comment s'en étonner ? Cette institution rappelait aux Constituants les abus de l'exécutif sous les régimes antérieurs, que l'organisation du pouvoir judiciaire devait précisément empêcher. Le Conseil d'État est également perçu en Belgique comme un outil de centralisation, contraire aux tendances nationales d'autonomie communale et provinciale. Enfin, il convient de ne pas perdre de vue qu'au moment où la Constitution belge est élaborée, l'existence du Conseil d'État était remise en cause dans son pays d'origine¹³.

II. LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION ET SES CONSEQUENCES SUR LES GOUVERNES.

Durant les premières années de l'indépendance, la jurisprudence reflète les principes constitutionnels précités. Ainsi, en témoignent deux arrêts de la Cour de cassation portant respectivement sur l'interprétation des articles 92 et 107 de la Constitution : « *Attendu que cette action [celle d'un particulier dont des arbres lui appartenant avaient été abattus par l'autorité communale] avait évidemment pour but le maintien des droits civils du demandeur et la réparation des dommages qu'il prétendait qu'on lui avait occasionnés ; que, dès lors, la connaissance de cette affaire était exclusivement du ressort des tribunaux aux termes de l'article 92 de la Constitution* »¹⁴ et « *le principe consacré par l'article 107 de la Constitution, qui soumet aux Cours et tribunaux l'appréciation de la légalité de tout arrêté de l'autorité administrative qu'ils peuvent avoir à appliquer* »¹⁵.

Deux arrêts de la juridiction suprême, rendus à deux mois d'intervalle dans le courant de l'année 1840, orientent brusquement la jurisprudence dans une toute autre direction et déterminent la compétence du pouvoir judiciaire pour les quatre-vingts années à venir¹⁶. Dans le premier arrêt s'ébauche la théorie de la dualité de l'État. L'État puissance publique est le dépositaire de la souveraineté nationale ; le pouvoir judiciaire ne saurait le condamner à réparer la lésion causée à un particulier sans transgresser le principe de la séparation des pouvoirs. En revanche, le pouvoir judiciaire reconnaît sa compétence lorsque l'État personne civile est attiré devant lui par un citoyen pour une faute ou une négligence ayant entraîné la violation d'un droit civil ou politique. L'État, dépouillé de ses attributs de puissance souveraine, se trouve

⁷ Toutes les références, faites dans le présent article, à des dispositions constitutionnelles renvoient au texte du 7 février 1831.

⁸ « *Tous les pouvoirs émanent de la nation* » (Const., art. 25).

⁹ Const., art. 100.

¹⁰ Const., art. 99§6.

¹¹ Const., art. 92 pour les droits civils et art. 93 pour les droits politiques.

¹² Const., art. 106.

¹³ Voir l'excellente synthèse historique d'Albert Van Zuylen (« De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique », dans *Bel. Jud.*, 1880, n°11-12, col. 185).

¹⁴ Cass., 11 novembre 1835, *Pas.*, 1835, I, p. 155.

¹⁵ Cass., 14 octobre 1837, *Pas.*, 1837, I, p. 142 (nous soulignons).

¹⁶ Cass., 24 avril 1840, *Pas.*, 1840, I et Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, 1840, I.

alors dans un rapport d'égal à égal avec le particulier, les principes de la responsabilité civile lui sont applicables. L'arrêt du 24 avril 1840 traduit ces idées dans les termes suivants : « *Attendu [...] que le Code civil, traitant exclusivement de l'intérêt privé et du droit civil des citoyens, les dispositions de ce Code ne peuvent concerner que les personnes régies par le droit civil, et les actes appartenant par leur nature et leurs effets à la vie civile [...] et sont par là évidemment inapplicables aux charges et fonctions publiques nées des lois et règlements qui intéressent l'ordre public et la bonne administration de l'État* »¹⁷. En contradiction avec l'arrêt précité d'octobre 1837, celui du 25 juin 1840 inaugure une interprétation restrictive de l'article 107 de la Constitution : « *On ne saurait donner à cet article [107] une portée telle qu'il conférerait aux tribunaux un droit illimité de se livrer à l'appréciation de tous les actes administratifs indistinctement, quel que soit leur objet, et d'en refuser l'application ou l'exécution lorsqu'ils ne les trouveraient pas conformes à la loi, mais que ce droit doit être limité à ceux de ces actes qui statuent sur des objets qui rentrent dans la compétence des tribunaux ; qu'aller au-delà, ce serait détruire la séparation et l'indépendance des pouvoirs consacrées par la Constitution elle-même* »¹⁸.

Cette jurisprudence, qui se développe donc à partir de 1840, marque le début d'un phénomène demeurant encore largement mystérieux aujourd'hui et qualifié par le professeur Van Compernelle « d'automutilation du pouvoir judiciaire »¹⁹. L'explication classique de cette « autorestriction » par le pouvoir judiciaire de son champ de compétence est celle de l'influence française, en particulier celle du célèbre juriste et magistrat Henrion de Pansey, qui aurait conduit les juristes, en l'absence d'études doctrinales belges, à adopter le principe français de la séparation des pouvoirs²⁰.

La justification habituelle de ce revirement de jurisprudence ne résiste cependant pas, selon nous, à la critique. La première interrogation qu'elle suscite est celle de la date. Pourquoi l'influence française ne s'est-elle pas exercée plus tôt ?²¹ Comment expliquer en particulier l'arrêt d'octobre 1837 ? On ne le peut guère et l'argumentation avancée par la Cour de cassation pour voiler cette contrariété est plutôt alambiquée²². La seconde incohérence qui résulte de la théorie de l'influence française se rencontre lors de l'examen du profil des magistrats qui rendent ces décisions. On avance que les magistrats ont petit à petit perdu de vue les principes posés par les Constituants. Or, la Cour de cassation se composait alors de plusieurs anciens membres du Congrès national²³. On oublie que c'est Pierre Van Meenen, membre du comité de Constitution, qui présidait les chambres ayant rendu les deux arrêts contradictoires relativement

¹⁷ Cass., 24 avril 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 377. Les faits de la cause étaient les suivants : en guidant un navire dans le port d'Ostende en août 1836, un pilote employé par la régence d'Ostende avait échoué le bateau. Le propriétaire de celui-ci avait poursuivi la régence en dommages et intérêts en se fondant sur l'article 1384 du Code civil. La Cour de cassation cantonna les dispositions de ce Code aux rapports entre particuliers.

¹⁸ Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 418.

¹⁹ Cité par Jean-Pierre NANDRIN, « Justice, magistrature et politique aux premiers temps de l'indépendance de la Belgique », dans *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 6^e série, t. VIII, 1997, p. 91.

²⁰ « *Le changement des idées [en 1830] est trop brusque pour qu'il soit compris immédiatement. Aussi, les magistrats, souvent abandonnés à eux-mêmes, continuent d'appliquer les principes d'autrefois qu'ils connaissent bien et qu'ils retrouvent d'ailleurs nettement exprimés dans les articles de lois [français] rappelés plus haut* » (Guy DEBEYRE & Paul DUEZ, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique. L'influence d'une juridiction administrative sur son développement*, Paris, Sirey, 1936, p. 37). Voir également, entre autres, (dans l'ordre de publication) : Maurice BOURQUIN, *La protection des droits individuels contre les abus de pouvoir de l'autorité administrative en Belgique*, Bruxelles, Bruylant, 1912, p. 17 et 89 ; Louis WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration et la responsabilité des services publics en Belgique*, Bruxelles, Ed. Maurice Lamertin, 1920, p. 96-97 ; Paul LECLERCQ, « Propos constitutionnels », dans *Bel. Jud.*, n°6, 15 mars 1929, col. 176 ; Henri VELGE, *L'institution d'un Conseil d'État en Belgique. Préparation des lois, responsabilité des autorités publiques, recours contre les excès de pouvoir*, Louvain, Éditions de la Société d'études morales, sociales et juridiques, 1930, p. 236 ; François PERIN & Paul LEWALLE, *Le Conseil d'État*, Bruxelles, CRISP, 1984, n°1055, p. 6 ; Michel FROMONT, « Evolution comparée du recours en annulation en France et en Belgique », dans *Le Conseil d'État de Belgique 50 ans après sa création (1946-1996). Actes du colloque organisé les 19 et 20 décembre 1996 à la mémoire de Monsieur Paul Tapie, premier président du Conseil d'État et président du Centre de droit public*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 15.

²¹ Les trois éditions de *L'autorité judiciaire en France* d'Henrion de Pansey sont respectivement publiées en 1810, en 1818 et en 1827.

²² Voir Alfred GIRON, *Du contentieux administratif en Belgique*, Bruxelles, Weissenbruch, 1857, 142 p. Ce spécialiste du droit administratif belge, qui deviendra premier président de la Cour de cassation de 1903 à 1907, tout en étant partisan de la théorie de la dualité de l'État, est forcé d'admettre que l'argumentation de la Cour dans l'arrêt du 25 juin 1840 « *a quelque chose d'étrange dont on ne se rend pas bon compte. [les termes utilisés] frayent difficilement ensemble* » (p. 67).

²³ La première assemblée législative qui fut constituée pour doter le pays d'un pacte fondamental.

à l'article 107. Quant à l'arrêt du 24 avril 1840, il a été rendu sous la présidence d'Etienne de Gerlache, un des artisans de la révolution belge et président du Congrès national. Il paraît assez difficile d'admettre que des hommes tels que Van Meenen et de Gerlache aient ainsi pu se départir des principes qu'ils avaient eux-mêmes contribué à poser et que la Cour de cassation avait consacrés dans sa jurisprudence antérieure à 1840²⁴.

N'est-ce donc pas plutôt dans le contexte d'avril-juin 1840 qu'il faille rechercher les indices d'une mutation qui expliquerait l'automutilation du pouvoir judiciaire ? Ce contexte est particulièrement agité : reconnaissance récente (fin 1839) de la Belgique sur la scène internationale, fin (qui ne fut finalement que temporaire) de la logique consensuelle de l'unionisme, mise sur pied du premier gouvernement homogène (libéral) précisément en avril 1840²⁵. La transformation qui s'annonce dans le fonctionnement du régime parlementaire – alternance de gouvernements libéraux et catholiques, exacerbation de la lutte politique – n'a-t-elle pas fait craindre à la Cour de cassation, composée en partie d'anciens hommes politiques expérimentés, que ses décisions impliquant le pouvoir exécutif ne soient considérées comme politiques ? Les actes de l'exécutif n'allaient-ils pas, dans de nombreux cas, porter l'étiquette d'un « parti », du moins d'une idéologie ? Le contrôle judiciaire ne risquait-il pas de heurter le contrôle politique du Gouvernement par le Parlement ?²⁶ Les écrits laissés par les magistrats font part du caractère de nécessité que revêt cette jurisprudence de 1840²⁷. Ces documents ainsi que l'arrêt du 25 juin 1840 insistent également, presque à outrance, sur le principe de la responsabilité ministérielle, clé de voûte de l'organisation institutionnelle belge. La Cour de cassation n'a-t-elle pas souhaité rester volontairement en retrait, craignant que ses décisions souveraines n'entravent la liberté d'action du pouvoir exécutif et le contrôle du pouvoir législatif sur l'exécutif ?

Toujours est-il que les particuliers confrontés à l'État puissance publique se trouvaient désormais dépourvus de garanties juridictionnelles et n'avaient plus, à leur disposition, que le recours gracieux à l'administration active. Certaines déclarations d'incompétence du pouvoir judiciaire, comme celle prononcée dans l'affaire Appoline Meeus, en 1866, sont restées célèbres et conduisent la doctrine à attirer l'attention des responsables politiques sur la question²⁸.

²⁴ A la séance d'installation de la Cour, le 15 octobre 1832, de Gerlache évoquait de la sorte les principes constitutionnels : « *Chez nous, [...] l'ordre judiciaire n'est point placé, comme il l'était naguère encore, dans la dépendance d'un pouvoir qui, sous prétexte de conflit ou à tout autre titre, soustrayait impunément les citoyens à leurs juges naturels. Quand on vous alléguera désormais quelque titre tiré de cet immense arsenal où se confondent les lois de la République, de l'Empire et du régime qui vient d'expirer, votre droit, votre devoir sera d'abord d'en examiner la constitutionnalité. Nul arrêté ou règlement (n'importe d'où ils émanent) n'auront force à vos yeux s'ils ne sont conformes à la loi. Ainsi, non seulement vous êtes affranchis de toute dépendance extérieure, mais vous exercez un droit de censure légitime sur les actes du pouvoir le plus porté jusqu'ici à l'envahissement. Ceci prouve, à ce qu'il me semble, que nous avons fondé chez nous la liberté sur des bases plus larges que d'autres peuples et que nous pourrions sous ce rapport [...] leur servir d'exemple* » (Bull., 1832, p. 18. Nous soulignons).

²⁵ Ce gouvernement homogène s'est finalement avéré n'être qu'une parenthèse (il dura un an) mais l'idée était bien ancrée à ce moment-là que l'unionisme se mourait et qu'on allait assister à la succession de gouvernements homogènes, porteurs des idéaux d'une majorité parlementaire : « *La paix venait d'être définitivement conclue avec le royaume des Pays-Bas et dès ce moment, 1840, il se fit un mouvement marqué dans la classification et l'action réciproque des partis. [...] Une pareille coalition [l'unionisme] était une chimère et une duperie : des circonstances extraordinaires pouvaient seules la justifier et la rendre possible. Ces circonstances disparues, elle devait cesser avec elles. C'est ce que crurent un grand nombre de ses plus chauds partisans, quand la paix fut définitivement conclue avec le royaume des Pays-Bas* » (Une lignée de juristes, Bruxelles, Hayez, 1942, p. 243). Citation issue des mémoires de Mathieu Leclercq, procureur général près la Cour de cassation et ministre de la justice dans ce premier gouvernement libéral.

²⁶ L'arrêt rappelle que « *le pouvoir exécutif ou administratif est resté entièrement dans les mains du gouvernement sous la responsabilité ministérielle et le contrôle des chambres législatives* » (Cass., 25 juin 1840, Pas., 1840, I, p. 416).

²⁷ En particulier Mathieu LECLERCQ, « Un chapitre du droit constitutionnel des Belges. Le pouvoir judiciaire. Première étude : nature, étendue et limites », dans *Mémoires de l'Académie royale des sciences, des lettres et des beaux-arts de Belgique*, t. XXVII, Bruxelles, Hayez, 1853, p. 27-28 et Charles BECKERS, « De la responsabilité civile des administrations publiques et des fonctionnaires », dans *Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. XXXVII, 1890, p. 95-96. Beckers, qui écrit anonymement, est plus précis : il parle de « *nécessité politique* ».

²⁸ Cass., 14 mai 1866, Pas., 1866, I, p. 292-296 et Cass. (ch. réun.), 24 octobre 1866, Pas., 1867, I, p. 11-22. La jeune femme avait été inscrite – à tort – sur les registres de la prostitution de la ville de Liège et refusait de payer les amendes auxquelles elle avait été condamnée pour avoir refusé de se soumettre aux visites sanitaires. L'affaire a été portée deux fois devant la Cour de cassation. Celle-ci, statuant la seconde fois chambres réunies, estima, sur les

III. L'ATTRAIT DU BARREAU BELGE POUR LE CONSEIL D'ÉTAT DE LA TROISIÈME RÉPUBLIQUE.

Consacrant davantage un état de fait qu'introduisant une réelle nouveauté, la loi française du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'État marque, en matière administrative, le passage définitif du système de la justice retenue à celui de la justice déléguée. Comme sous la Seconde République, le Conseil d'État est donc institué en véritable tribunal administratif. Grâce à sa jurisprudence prétorienne, l'institution était parvenue à concilier des considérations d'équité avec le bon fonctionnement du service public. C'est donc sans surprise qu'à partir des années 1870, la juridiction administrative exerce un attrait croissant auprès de certains juristes belges et que sourdent les premiers appels doctrinaux en faveur de la création d'un Conseil d'État, envisagé comme un haut tribunal administratif. Pour ces juristes, l'adoption jurisprudentielle du principe de la dualité de l'État devait logiquement aller de pair avec la création, par le législateur, d'une juridiction appelée à connaître des litiges mettant aux prises les administrés et l'administration.

Ce mouvement trouve sa source en Belgique dans le milieu du Barreau. Les avocats étaient les premiers en contact avec les administrés cherchant à obtenir réparation d'un dommage causé par l'administration. Ils avaient, en outre, un intérêt évident à l'ouverture de nouveaux prétoires. Si le discours d'Albert Van Zuylen de novembre 1879 et le texte d'Edmond Picard dans les *Pandectes belges* en mars 1880, sont généralement cités comme inaugurant ce mouvement²⁹, il nous semble qu'il faille également mentionner le discours, moins connu et au titre trompeur, d'Henri Frick du 28 octobre 1874 prononcé à l'occasion de la rentrée du Jeune barreau de Bruxelles³⁰.

Saisissant l'opportunité du cinquantième anniversaire de l'indépendance de la Belgique, Albert Van Zuylen – le seul dont nous traiterons ici étant donné l'importance et la qualité de son étude - offre une réflexion sur le fonctionnement des institutions et, spécialement, sur les améliorations qu'il conviendrait de porter dans le processus d'édition normative et en matière de contentieux administratif. Fervent défenseur de la création en Belgique d'un Conseil d'État sur le modèle français de 1872, l'auteur fait preuve d'une remarquable maîtrise de la question et de la littérature y afférente. Son travail s'inscrit également dans une perspective comparatiste entre la France et la Belgique, facilitée par la publication récente par le président de section du Conseil d'État français, Léon Aucoc, d'une étude fouillée sur l'histoire de la juridiction administrative française³¹.

Relevant, à l'aide d'exemples, les lacunes, vices et contradictions que l'on trouve dans la législation belge et qui la rendent inférieure à la législation française, l'avocat conclut que cette situation provient « *de l'absence en Belgique de législateurs de profession* »³² et appelle en conséquence à la mise en chantier d'un Conseil d'État composé de personnes s'occupant exclusivement de la préparation des lois. Sauf urgence, sa consultation serait obligatoire pour tous les projets et propositions de loi ainsi que pour les arrêtés royaux à portée générale. Il en irait de même pour les amendements. Lorsqu'une loi prévoit que des arrêtés royaux sont nécessaires à son exécution, la rédaction de ces derniers devrait être l'œuvre du Conseil d'État³³.

conclusions contraires du procureur général, que le pouvoir judiciaire ne pouvait pas admettre la jeune femme à apporter la preuve de son innocence ; la décision de l'administration, portant A. Meeus sur les registres de la prostitution, était souveraine et, même erronée, ne pouvait être remise en cause.

²⁹ Voir notamment : *Projet de loi du Conseil de législation sur la responsabilité des autorités publiques*, dans *Bel. Jud.*, 1912, n°77, col. 1230.

³⁰ Albert VAN ZUYLEN, *De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, col. 161-194 ; Edmond PICARD, « Des juridictions administratives », dans *Pandectes belges*, t. IV, Bruxelles, Larcier, 1880, p. XLVI-LXI ; Henri FRICK, « De l'influence du pouvoir judiciaire dans l'État », dans *Bel. Jud.*, 1874, n°96, col. 1522-1534.

³¹ Léon AUCOC, *Le Conseil d'État avant et depuis 1789. Ses transformations, ses travaux et son personnel. Etude historique et bibliographique*, Paris, Plon, 1876.

³² Albert VAN ZUYLEN, *De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, col. 166.

³³ Albert VAN ZUYLEN, *De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, col. 181.

L'utilité de l'institution serait tout aussi bénéfique en matière administrative. Le Conseil d'État serait, à l'instar de la Cour de cassation, le ciment de l'unité nationale. Une véritable complémentarité existe entre ces deux institutions : la Cour de cassation veille au maintien de l'homogénéité dans l'œuvre du pouvoir judiciaire tandis que les sections de législation et d'administration du Conseil d'État sont appelées à exercer la même fonction auprès des deux autres pouvoirs³⁴. La « section d'administration » - Van Zuylen n'utilise pas l'expression – serait dotée de pouvoirs étendus et statuerait tantôt comme juge ordinaire du contentieux administratif, tantôt comme instance d'appel. Par ailleurs, l'avocat veut retirer au pouvoir judiciaire sa compétence en matière électorale – qui accroît la charge de travail des juges et qui met en péril leur indépendance par rapport au monde politique – et les confier à la future juridiction administrative supérieure. Les membres du Conseil d'État devraient bénéficier de garanties équipollentes à l'importance de leurs attributions. Ainsi, ils doivent être inamovibles et leur nomination procéder d'un système de présentation inspiré de celui des conseillers de cassation. Le cadre organique de l'institution comprendrait également un représentant du ministère public, un commissaire du gouvernement, qui prendrait des conclusions dans les affaires contentieuses.

Les magistrats belges tardent davantage à s'intéresser à la question du Conseil d'État, vis-à-vis duquel ils ne partagent pas l'enthousiasme de la doctrine.

IV. LA MAGISTRATURE ET LE « CONSEIL D'ÉTAT »

Tout en reconnaissant le bien-fondé de la théorie de la dualité de l'État, le conseiller près la Cour de cassation Charles Beckers cherche, dans deux études parues en 1879 et en 1890, à étendre la protection juridictionnelle du citoyen lésé par l'administration³⁵. Reprenant la distinction doctrinale et jurisprudentielle entre la délibération, décision de l'État puissance publique, et l'exécution, fait de l'État personne civile, il estime que la délibération ne peut porter atteinte à des droits acquis sans compensation financière pour l'administré. Cette construction doctrinale, qui a été sujette à critique, a brièvement trouvé écho dans la jurisprudence de la Cour de cassation. On peut notamment citer l'arrêt du 4 janvier 1894 rendu sous la présidence du premier président... Charles Beckers³⁶ ! Cette jurisprudence n'a toutefois pas perduré.

A l'aube du XXe siècle, on note un regain d'intérêt dans le monde des magistrats de cassation pour la question du Conseil d'État. Ainsi, entre 1900 et 1903, le conseiller Gustave De Bavay, fils de l'ancien ministre des travaux publics et neveu de l'ancien procureur général de Bruxelles, publie trois articles sur le Conseil d'État dans la *Revue catholique de droit* tandis que son collègue du parquet, l'avocat général Raymond Janssens, y consacre son discours de rentrée de 1902³⁷. Les deux magistrats se focalisent avant tout sur la nécessité de remédier à la mauvaise rédaction des lois et n'abordent qu'incidemment la dimension contentieuse de l'institution. Ils remettent ainsi la question du Conseil d'État législatif au goût du jour après qu'en 1890 le député conservateur Charles Woeste ait refroidi les plus chauds partisans de l'institution³⁸. Ils font valoir des arguments classiques (abus du droit d'amendement par les parlementaires, manque de continuité dans l'œuvre législative, etc.) à côté desquels apparaît une autre raison, à peine voilée, qui explique la prééminence accordée par ces magistrats à la dimension législative : établir un

³⁴ Albert VAN ZUYLEN, *De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, col. 174.

³⁵ Charles BECKERS, « De la responsabilité civile de l'État, des administrations publiques et des fonctionnaires dans ses rapports avec le principe de la séparation des pouvoirs », dans *Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. XXVI, 1879, p. 137-168 ; Id., *De la responsabilité civile des administrations publiques...*, p. 93-123.

³⁶ Cass., 4 janvier 1894, *Pas.*, 1894, I, p. 71-80.

³⁷ Gustave DE BAVAY, *Un nouveau rouage législatif*, dans *Revue catholique de droit*, 3^e a., 1900, p. 329-339 ; Id., « Proposition d'une loi instituant un Conseil d'État, présentée en séance du Sénat du... 1901, par... », dans *Revue catholique de droit*, 4^e a., 1901, p. 80-85 ; Raymond JANSSENS, « De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique. Discours prononcé par M. Raymond Janssens, avocat général à l'audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation le 1^{er} octobre 1902 », dans *Pas.*, 1902, I, p. 3-16 ; Gustave DE BAVAY, « Le Conseil d'État et le discours de rentrée de M. l'av. gén. Janssens », dans *Revue catholique de droit*, 5^e a., 1902, p. 321-328.

³⁸ Charles WOESTE, « De la création en Belgique d'un Conseil d'État », dans *Revue de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. XXXVII, 1890, p. 518-520.

contrepoids au Parlement dont le visage s'est – dangereusement - modifié depuis les réformes électorales de 1893 et de 1899. L'introduction, en 1893, du suffrage universel masculin tempéré par le vote plural combinée à celle du mécanisme de la représentation proportionnelle, en 1899, a ouvert les portes du pouvoir aux socialistes. On ne s'étonne donc pas de la concordance temporelle entre ces réformes et ces articles qui apparaissent comme une réaction à la fois protectionnelle et conservatrice de la haute magistrature. A côté de certains passages empreints de paternalisme : « [...] aujourd'hui surtout, il s'agit de porter des lois [qui] intéressent particulièrement la classe ouvrière. [...] Ne faut-il pas, dans ces circonstances, que les principes soient formulés d'une façon d'autant plus nette et plus claire que ceux auxquels ils s'adressent sont moins bien à même de les bien saisir [...] ? »³⁹, d'autres traduisent cette crainte de la montée socialiste : « [Le législateur] doit aujourd'hui légiférer sur une situation toute aussi nouvelle et intervenir directement pour régler, atténuer, si possible, le redoutable antagonisme qui se dresse, chaque jour plus menaçant, entre le capital et le travail. [...] Ce n'est cependant pas seulement parce que la matière à traiter est neuve et difficile que nos lois modernes laissent tant à désirer, c'est aussi et surtout parce qu'à la transformation sociale que je viens de rappeler a succédé dans le pouvoir législatif une transformation tout aussi grave et qui, actuellement du moins, rend très malaisée la bonne confection des lois. [Le travail] n'est plus seulement matière à légiférer, il a pénétré dans le Palais législatif, il participe à l'œuvre, il est lui-même législateur ; c'est pour lui qu'il demande que la propriété mobilière ou même toute propriété soit modifiée, quand il ne va pas jusqu'à en contester le fondement pour réorganiser la société sur d'autres bases »⁴⁰. Gustave De Bavay qui affleure le sujet dans son article de 1900 donne entièrement raison à l'avocat général dans son article de 1902⁴¹.

En revanche les deux collègues se trouvent en désaccord en ce qui concerne l'extension des attributions du Conseil législatif au contentieux administratif. Raymond Janssens y consacre seulement la dernière note infrapaginale de la version publiée de son discours de rentrée. L'avocat général veut améliorer les garanties de procédure des citoyens dans leurs conflits avec l'administration. Il confierait l'examen du dossier au Conseil dont le rôle se limiterait à donner un avis, préservant ainsi le principe de la responsabilité ministérielle. Janssens, qui appelle l'attention du législateur sur l'absence de réglementation en matière de conflits d'attribution, estime que le Conseil de législation pourrait, dans ce domaine également, éclairer utilement le gouvernement et éviter un recours abusif à cette procédure.

Même cantonné au rôle de « donneur d'avis », le Conseil de législation ne peut, d'après De Bavay, être investi de ces différentes missions qui en feraient une institution mastodontesque : « *Indépendamment de son intervention prépondérante dans la confection des lois, il envahirait largement aussi le domaine administratif ; il participerait enfin au pouvoir judiciaire auquel il se rattacherait par ses attributions en matière contentieuse. Ce serait, en fait, le principal et le premier des grands corps de l'État* »⁴². Son rôle devrait donc se limiter exclusivement à la préparation des lois.

V. LA CREATION D'UN CONSEIL D'ETAT : LA SEULE SOLUTION AU CONTENTIEUX D'INDEMNITE ?

Le premier congrès international des sciences administratives compte parmi les soixante-neuf congrès internationaux qui se sont tenus en marge de l'exposition universelle de Bruxelles de 1910⁴³. Cet

³⁹ Raymond JANSSENS, *De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, p. 7.

⁴⁰ Raymond JANSSENS, *De l'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, p. 7-9 (extraits).

⁴¹ Si l'objectif poursuivi par l'un et l'autre est similaire, ils diffèrent sensiblement dans leur manière d'envisager le Conseil d'État législatif. Pour Janssens, il faut une institution prestigieuse par la qualité de ses membres et dont la consultation serait obligatoire. Un recours facultatif relèguerait rapidement l'institution aux oubliettes. Cette consultation obligatoire limiterait par la force des choses le droit d'amendement dont, selon Janssens, l'usage abusif engendre des lois mal faites. Le droit d'initiative des Chambres serait intact. Des spécialistes, de préférence des magistrats ou des avocats, devraient pouvoir être adjoints au Conseil pour l'examen de questions particulières. De Bavay, quant à lui, appelle au réalisme : jamais les Chambres n'accepteraient de voter une loi qui créerait une institution qui leur ferait une telle ombre. S'il est favorable en principe à une consultation obligatoire du Conseil de législation, il estime que le Parlement s'y montrera réfractaire. « *Quoi qu'en dise M. Janssens, l'établissement de son Conseil de législation, c'est en réalité la mise en tutelle du pouvoir législatif : les membres du nouveau Conseil seront les mentors de nos législateurs ; ils deviendront les « conseillers judiciaires » de ces « prodiges » qui ont fait mauvais usage des droits que la Constitution leur attribue* » (Gustave DE BAVAY, *Le Conseil d'État et le discours de rentrée de M. l'av. gén. Janssens...*, p. 323).

⁴² Gustave DE BAVAY, *Le Conseil d'État et le discours de rentrée de M. l'av. gén. Janssens...*, p. 327.

⁴³ *Premier congrès international des sciences administratives à l'Exposition universelle et internationale de Bruxelles : rapports,*

événement permet à de hauts responsables administratifs des quatre coins du monde de côtoyer pendant trois jours de célèbres professeurs d'université ainsi que de grands noms des juridictions administratives⁴⁴.

Bien que le caractère international de l'événement proscrivait les discussions ne se rapportant qu'à un seul pays, la situation belge a été l'objet d'un long débat à l'occasion de l'examen de la question du recours pour excès de pouvoir. Ces débats sont marqués par l'intervention du recteur de l'Université de Bruxelles, le juriste Paul Errera, qui énonce une idée nouvelle. La justice belge s'en tient à une définition très stricte de l'étendue de ses compétences, notamment relativement à l'article 107 de la Constitution : elle se borne à l'examen de la légalité extrinsèque de l'acte administratif (excès de pouvoir) et refuse de pénétrer dans l'examen de sa légalité intrinsèque (détournement de pouvoir). L'amélioration de la protection juridictionnelle des citoyens face à l'administration n'est pas, pour Errera, à rechercher dans la création d'une juridiction administrative mais dans une extension des compétences du pouvoir judiciaire⁴⁵, ce que nous appellerons la « solution judiciaire » au contentieux administratif.

Si certains membres du Conseil d'État français abondent dans le sens d'Errera, la majorité des intervenants se prononce en faveur d'une juridiction administrative spécialisée : l'administration n'accepterait jamais un contrôle extérieur à elle-même ; non seulement, le principe de la séparation des pouvoirs serait violé mais il faut également des juges ayant une connaissance spéciale de l'administration. Le Conseil d'État, pour autant qu'il se cantonne dans la sphère administrative et n'empiète pas sur les prérogatives du pouvoir judiciaire leur paraît conforme à la Constitution belge ; sa compétence pourrait porter tant sur le contentieux d'annulation que sur le contentieux d'indemnité. L'existence de ces deux points de vue aboutit au terme du Congrès à la formulation d'un vœu à portée générale stipulant que l'administration est soumise au droit et que les citoyens doivent jouir d'un recours juridictionnel chaque fois que le droit est violé⁴⁶.

L'année suivante, Paul Leclercq, futur procureur général près la Cour de cassation, est lui aussi amené à traiter du principe de la dualité de l'État dans sa mercuriale du 2 octobre 1911 prononcée devant la Cour d'appel de Bruxelles⁴⁷. Dans ce discours intitulé « *Du pouvoir judiciaire* », Leclercq évoque les empiètements dont celui-ci est victime par les deux autres pouvoirs⁴⁸, en dépit des principes inscrits dans le pacte constitutionnel. Une nouvelle atteinte à la sphère d'attributions du « troisième » pouvoir se profile avec les demandes de création d'un Conseil d'État, véritable tribunal administratif, qui serait justifiée par les déclarations d'incompétence réitérées du pouvoir judiciaire face à l'État puissance publique. Paul Leclercq, qui restera l'un des principaux opposants à la création d'une juridiction administrative supérieure en Belgique, signe là sa première marque d'opposition à cette institution dont il juge la constitutionnalité « *extrêmement douteuse* »⁴⁹. Pour lui, la création d'un Conseil d'État est inutile. Il suffit que le législateur,

Bruxelles, 1910. Il s'est tenu du 28 au 30 juillet 1910.

⁴⁴ Parmi les professeurs de droit français, on relève des noms tels Berthélémy, Hauriou, Jèze, Laferrière ou encore Duguit. Une dizaine de membres du Conseil d'État français avaient également fait le déplacement. Du côté belge, on ne compte que sept magistrats. En revanche sont présentes des personnes que nous rencontrerons ultérieurement comme : le député Henri Carton de Wiart, l'avocat Edmond Picard, le recteur de l'Université de Bruxelles Paul Errera, le gouverneur de la province de Hainaut Damoiseaux, le professeur à l'Université de Louvain Alfred Nerinx qui est un des secrétaires-général.

⁴⁵ « *Etablir un Conseil d'État ? La chose est impossible chez nous sans révision constitutionnelle ; elle heurte nos traditions et serait contraire à la volonté manifeste du Congrès national. Il faut trouver la solution dans notre organisation judiciaire elle-même. Que nos cours et tribunaux, que notre Cour de cassation surtout, recherchent, comme le Conseil d'État de France, le but de l'acte. [...] Ce travail est d'ordre juridique ; nous voulons dire qu'en s'y livrant, le magistrat fait œuvre de droit. Il ne statue pas en fait. Le recours en cassation est donc ouvert. [...] les conflits d'attribution relèvent de la Cour de cassation. Il y a là un motif de plus pour ne pas instituer, chez nous, un Conseil d'État, puisqu'il serait forcément subordonné à cette cour, et non coordonné à elle, comme en France* » (*Premier congrès international des sciences administratives...*, vol. 3, p. 29-30).

⁴⁶ *Premier congrès international des sciences administratives...*, vol. 3, p. 45.

⁴⁷ Paul LECLERCQ, « Du pouvoir judiciaire. Discours prononcé par M. Paul Leclercq avocat général à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Bruxelles le 2 octobre 1911 », dans *Bel. Jud.*, 1911, n°72, col. 1137-1153.

⁴⁸ Leclercq cite notamment à l'appui de son argumentation la loi du 31 mai 1888 sur la libération conditionnelle qui permet à l'exécutif de faire sortir prématurément une personne de prison en dépit de la décision judiciaire qui avait déterminé la durée de la peine.

⁴⁹ Paul LECLERCQ, *Du pouvoir judiciaire...*, col. 1149.

comme il l'a fait pour l'expropriation pour cause d'utilité publique par exemple, consolide l'intérêt qu'a le particulier à obtenir réparation d'un dommage causé par l'État souverain, en un droit, dont les tribunaux pourront alors connaître⁵⁰.

Répondant partiellement au souhait formulé depuis longtemps dans le monde parlementaire et doctrinal, le ministre de la justice Henri Carton de Wiart institue début décembre 1911 un Conseil permanent de législation auprès de son département⁵¹. L'institution est appelée à préparer, sur la demande du ministre, les projets de lois et les règlements pour l'exécution des lois. Sa mission consiste également à répondre aux demandes d'avis du ministre « *sur toutes les questions administratives qui se rattachent au fonctionnement du pouvoir judiciaire* »⁵².

Ses membres permanents, au nombre de onze, comptent six professeurs d'université, deux avocats, deux magistrats et un membre de l'administration. En outre, le Conseil comprend un secrétaire et un secrétaire-adjoint qui n'ont pas voix délibérative. Lors de l'examen de questions spéciales, le ministre peut nommer, en raison de leur expertise, des membres temporaires⁵³.

Entre sa création, le 3 décembre 1911, et son installation, le 15 janvier suivant⁵⁴, survient, le 13 décembre, un arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles qui influence directement la première mission qui lui est confiée lors de la séance inaugurale⁵⁵. Cet arrêt confirme une décision du Tribunal de Bruxelles du 20 janvier 1911 qui avait débouté la veuve Peugloon de sa demande en réparation contre l'État après le décès de son mari, tué accidentellement, par le tir d'un canon, lors d'une fête patriotique donnée en mars 1909 dans le Parc du Cinquantenaire à Bruxelles. L'État puissance publique étant en cause, cette mère de famille ne pouvait prétendre obtenir des dommages et intérêts. Cette affaire succède à celle, tout aussi tragique et avec le même aboutissement au niveau judiciaire, du décès d'une jeune fille de quatorze ans lors d'un feu d'artifice ordonné par la ville de Louvain en 1908⁵⁶.

Ces deux affaires, dans lesquelles deux personnes ont perdu la vie, et les décisions de justice rendues qui confirment l'irresponsabilité de l'État puissance publique, émeuvent l'opinion. Aussi, le 15 janvier 1912, est-ce sans surprise que le ministre de la justice charge le Conseil de législation de l'épineuse tâche d'élaborer « un projet de loi déterminant les conditions de la responsabilité de la puissance publique »⁵⁷. Cette conjoncture explique que le travail du Conseil de législation se soit limité au contentieux d'indemnité et que le ministre ne lui ait pas confié la question du contentieux d'annulation, thématique en vogue dans le milieu doctrinal depuis 1910.

⁵⁰ « *Fréquemment le pouvoir judiciaire doit se déclarer incompétent pour connaître d'actions en dommages-intérêts intentées par des personnes qui ont été lésées par une dépendance du domaine public, et qui, dès lors, n'obtiennent généralement aucune réparation, l'administration en décidant ainsi. Cette situation finira si, par application du principe général déjà rappelé [la consolidation d'un intérêt en un droit], le législateur décide que, lorsqu'une dépendance du domaine public cause un dommage, la personne lésée a droit à des dommages-intérêts chaque fois qu'elle aurait eu ce droit si la chose dommageable, au lieu de dépendre du domaine public, avait appartenu à un particulier. Les actions fondées sur le droit civil en lequel aurait été ainsi consolidé l'intérêt à une indemnité, seraient de la compétence du pouvoir judiciaire* » (Paul LECLERCQ, *Du pouvoir judiciaire...*, col. 1151).

⁵¹ Arrêté royal du 3 décembre 1911 instituant un Conseil permanent de législation près le ministère de la justice, *M.B.*, 7 décembre 1911.

⁵² Arrêté royal du 3 décembre 1911 instituant un Conseil permanent de législation..., art. 1^{er}.

⁵³ Arrêté royal du 3 décembre 1911 instituant un Conseil permanent de législation..., art. 2§2.

⁵⁴ V., « Création d'un Conseil de législation », dans *Bel. Jud.*, 1912, n°15, col. 251-255.

⁵⁵ Bruxelles, 13 décembre 1911, *Rev. adm.*, 1912, p. 307-309.

⁵⁶ Civ. Louvain, 26 février 1910, *Rev. adm.*, 1912, p. 93-96. Dans cette affaire, si les parents n'obtinrent pas la condamnation de l'État, ils obtinrent toutefois celle de l'artificier.

⁵⁷ Travail dont la difficulté avait encore été rappelée un mois plus tôt par la Cour d'appel de Bruxelles dans son arrêt du 13 décembre 1911 : « *Attendu qu'en l'absence d'une règle générale difficile, sinon impossible, à formuler, applicable à tous les cas où les deux pouvoirs se rencontrent dans l'accomplissement de leur mission sociale [...]* » (Bruxelles, 13 décembre 1911, *Rev. adm.*, 1912, p. 307).

Une sous-commission du Conseil de législation est désignée pour établir un avant-projet de loi⁵⁸. Constatant que trop souvent le seul recours des particuliers lésés par l'administration était un recours gracieux, celle-ci prône la création d'une juridiction administrative adaptée aux exigences constitutionnelles belges, dénommée : la « Cour du contentieux administratif ».

Ce choix est motivé par plusieurs raisons. Tout d'abord, la création de cette institution pallierait le fait que les tribunaux ordinaires, en vertu de la conception traditionnelle de la séparation des pouvoirs, ne peuvent fournir de garanties suffisantes aux personnes lésées par l'administration. De plus, selon la sous-commission, il importe d'avoir des juges spécialisés en matière administrative. De surcroît, au niveau scientifique, la mise sur pied d'une juridiction administrative aurait pour conséquence de développer l'étude et l'enseignement du droit administratif et de le perfectionner.

La saisine de la Cour du contentieux appartient aux tribunaux ordinaires qui, s'étant déclarés incompétents, lui renvoient l'affaire où est impliqué l'État puissance publique⁵⁹. La nouvelle juridiction administrative, se fondant sur l'équité, détermine alors le droit du demandeur à obtenir réparation du dommage, et dans quelle proportion. Si l'État est reconnu responsable du dommage, l'affaire est renvoyée devant le tribunal civil d'où émanait le renvoi. Celui-ci fixe le montant dû en se conformant à la décision de la Cour du contentieux administratif. Dans l'éventualité d'une déclaration d'incompétence de la Cour du contentieux administratif, la Cour de cassation se prononce sur le conflit d'attribution conformément à l'article 106 de la Constitution et renvoie l'affaire à l'instance concernée. Le verdict rendu, un pourvoi en cassation est toujours possible ; en cas de cassation, toute la procédure aurait été à recommencer.

Présenté au Gouvernement, le projet est resté sans suite. L'inaction de celui-ci s'expliquerait par la limitation de la compétence de la Cour à la responsabilité de la puissance publique⁶⁰. Toutefois, cette première réflexion sur le sujet allait offrir une base de travail pour les tentatives ultérieures de création d'une Cour du contentieux administratif.

Le projet du Conseil de législation n'a pas plus séduit les spécialistes de la question qui le rejettent unanimement. Sans concession pour le projet, la *Belgique Judiciaire*, fin 1912, consacre deux numéros à son analyse⁶¹. L'auteur de ces textes a malheureusement choisi de demeurer dans l'anonymat. Néanmoins, la teneur des propos laisse supposer qu'il s'agit probablement d'un magistrat. Il reproche au Conseil de législation d'avoir éludé la question qui lui était posée c'est-à-dire de ne pas avoir défini législativement les conditions de la responsabilité de la puissance publique et d'avoir reporté cette difficile mission sur la Cour du contentieux administratif. Cette nouvelle institution serait, en outre, une cour omnipotente du fait du jugement en équité et de l'immovibilité de ses membres. La procédure est également des plus lentes et des plus discutables : le pouvoir judiciaire devra fixer l'indemnité dans une cause dont il n'aura pas connu le fond. Le pouvoir judiciaire est sensé trancher des contestations ; or, en l'occurrence celle-ci aura déjà été vidée.

Plutôt que de chercher à instituer un Conseil d'État contraire aux souhaits des Constituants, il faut rechercher une solution conforme au droit de la Belgique, « *pays si généralement réfractaire à l'admiration de ce qu'il a chez lui* »⁶². La solution réside, comme l'évoquait Paul Leclercq en 1911, dans la définition législative des conditions de la responsabilité de la puissance publique. L'auteur suggère de réviser l'art. 1382 du C.

⁵⁸ *Projet de loi sur la responsabilité des autorités publiques. Rapport présenté au Conseil de législation par M. A. NERINCX, au nom de la commission du Conseil chargée de la rédaction de l'avant-projet de loi*, Bruxelles, Impr. du Moniteur belge, 1912, 62 p et *Projet de loi sur la responsabilité des autorités publiques. Rapport présenté, au nom du Conseil, par M. Nerincx, sur le projet de loi concernant la responsabilité des autorités publiques*, 1912, 6 p. Alfred Nerincx était un des secrétaires généraux du congrès des sciences administratives.

⁵⁹ Ainsi, les litiges impliquant l'État-personne civile étaient et restaient du ressort des tribunaux ordinaires.

⁶⁰ Henri VELGE, *L'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, p. 92-93.

⁶¹ *Projet de loi du Conseil de législation sur la responsabilité des autorités publiques*, dans *Bel. Jud.*, 1912, n° 61 col. 961-969 et n° 77, col. 1217-1232.

⁶² *Projet de loi du Conseil de législation sur la responsabilité des autorités publiques...*, col. 969.

civ. afin d'assimiler la faute administrative à la faute civile. Ainsi, le pouvoir judiciaire serait compétent pour connaître du litige et la création d'une juridiction administrative devient sans objet.

Dans son discours de rentrée prononcé devant la Cour d'appel de Gand le 1er octobre 1913, le procureur général Callier se montre tout aussi critique à l'égard du projet du Conseil de législation⁶³. Le principal danger que celui-ci renferme est le jugement en équité, synonyme d'arbitraire, qui permettra à la Cour du contentieux administratif de statuer sur la responsabilité sans faute de l'État puissance publique⁶⁴. Plutôt que de suivre le projet du Conseil de législation, Callier prône, comme l'auteur précédent, une définition législative des conditions de la responsabilité de la puissance publique. Le pouvoir judiciaire serait ainsi compétent, pouvoir vis-à-vis duquel Callier se demande s'il « *a toujours exactement fixé ces limites [entre le judiciaire et l'administratif] là où elles doivent être, si, par scrupule exagéré, sa jurisprudence n'a pas quelques fois fait pencher la balance du côté de l'administration, et s'il n'a pas sacrifié ainsi des droits dont la Constitution lui a expressément confié la garde* »⁶⁵. Le procureur général conclut qu'il faudrait « *procéder par détermination législative des cas de responsabilité : cette solution n'aurait pas l'envergure du système proposé par le Conseil de législation, mais elle préviendrait l'arbitraire. Elle serait le développement naturel, peut-être lent, mais plus sûr, de nos lois, et elle n'offrirait pas le danger d'un emprunt fait à une législation étrangère, très différente de la nôtre* »⁶⁶.

La principale critique est cependant formulée par Louis Wodon, juriste et sociologue réputé, dans son ouvrage sur le contrôle juridictionnel de l'administration écrit en 1916 et publié en 1920⁶⁷. Il réalise une analyse serrée de l'ensemble du projet dans laquelle il conteste les arguments avancés par le Conseil de législation en faveur de la création de la Cour du contentieux administratif. L'idée de spécialisation des juges en matière administrative n'est qu'un poncif, principe sans valeur allégué a posteriori pour justifier le projet. La fonction scientifique de la Cour est également sans valeur : les tribunaux existent dans un but pratique et non pour répondre à des visées scientifiques. Quant à l'intérêt des administrés, il est mal protégé faute de juridiction compétente mais il n'est pas nécessaire de créer une juridiction de toute pièce, les tribunaux ordinaires pourraient se réapproprier cette compétence par un revirement de jurisprudence ou éventuellement une loi pourrait la leur accorder.

Le projet lui-même est ensuite attaqué dans son fondement même. Ainsi, s'il y a incompetence du pouvoir judiciaire, c'est que la demande en réparation ne porte pas sur un droit civil. Ce serait la Cour du contentieux administratif qui, par un « *phénomène de transmutation d'alchimie juridique dont on ne connaît pas d'exemple* »⁶⁸, élèverait la demande d'indemnité en un droit civil. Or, une juridiction ne peut créer un droit ; elle ne fait que le reconnaître et agit en conséquence⁶⁹. Ainsi, « *le droit à la réparation est ou n'est pas un droit civil. S'il est un droit civil, il l'est dès l'origine, c'est-à-dire aussitôt que la faute et le préjudice existent ; mais alors l'action en réparation est de la compétence exclusive des tribunaux judiciaires. S'il n'est pas un droit civil, il ne peut jamais le devenir ; mais alors tout le projet s'écroule !* »⁷⁰. Wodon conclut en mettant en exergue la méprise du Conseil de législation qui a pris pour axiome la possibilité d'un compromis entre les systèmes belge et français. Il appelle les tribunaux à revenir « *à la vérité constitutionnelle* »⁷¹ au moyen d'une évolution jurisprudentielle plutôt que d'assister à la reconnaissance par le législateur de la théorie de la dualité de l'État.

⁶³ *La responsabilité de la puissance publique. Discours prononcé par M. Callier. Procureur général à l'audience solennelle de rentrée de la Cour d'appel de Gand*, dans *Bel. Jud.*, 1913, n°67, col. 1057-1065.

⁶⁴ « *Pourquoi [...] deux Chambres chargées de faire la loi, au nom de la Nation, s'il suffit d'instituer des juges – ou des fonctionnaires – qui feront eux-mêmes la loi au moment où ils l'appliqueront ?* » (*La responsabilité de la puissance publique. Discours prononcé par M. Callier...*, col. 1059).

⁶⁵ *La responsabilité de la puissance publique. Discours prononcé par M. Callier...*, col. 1061. Ainsi, Callier s'interroge sur le verdict rendu, chambres réunies, par la Cour de cassation dans l'arrêt Meeus. Selon lui, la juridiction suprême a érudé les arguments très pertinents du procureur général Mathieu Leclercq.

⁶⁶ *La responsabilité de la puissance publique. Discours prononcé par M. Callier...*, col. 1064-1065.

⁶⁷ Louis WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration...*, p. 250-266.

⁶⁸ Louis WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration...*, p. 262.

⁶⁹ Comme le dit Callier : « *Pourquoi la proportion serait-elle administrative, tandis que le chiffre serait judiciaire ?* » (*La responsabilité de la puissance publique. Discours prononcé par M. Callier...*, col. 1061).

⁷⁰ Louis WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration...*, p. 265.

⁷¹ Louis WODON, *Le contrôle juridictionnel de l'administration...*, p. 266.

Au sortir de la guerre, le projet de révision de la Constitution, déposé le 10 septembre 1919 par le Gouvernement Delacroix I et destiné notamment à introduire le suffrage universel masculin, comporte un point relatif à la création d'une Cour du contentieux administratif⁷². Si la révision avait abouti, la théorie de la dualité aurait reçu sa consécration constitutionnelle ; autrement dit, l'automutilation du pouvoir judiciaire aurait été officiellement entérinée.

On se souvient que dans des affaires particulièrement tragiques, le pouvoir judiciaire avait décliné sa compétence devant l'État puissance publique. En 1920, une affaire des plus banales portée devant la Cour de cassation - la chute d'un arbre vétuste appartenant au domaine public sur la propriété d'un particulier - entraîne un bouleversement de la jurisprudence. La Cour de cassation rend, en effet, le 5 novembre 1920 un arrêt - l'arrêt *Flandria* du nom de la société à laquelle appartenait la propriété endommagée - par lequel elle rejette la théorie de la dualité de l'État. Sur les conclusions conformes du premier avocat général Paul Leclercq, largement inspirées du livre de Louis Wodon, la Cour déclare qu'il ne peut exister un engagement qui lie l'État personne civile sans lier de facto l'État puissance publique⁷³. Comme dans les premières années de l'indépendance, le paiement d'une indemnité doit être accordé dès qu'un droit civil ou un droit politique a été lésé, quel que soit l'auteur du dommage. Ainsi, peu de temps avant que ne débute l'examen des articles constitutionnels soumis à révision, une jurisprudence octogénaire, encore considérée à la veille de la guerre comme « *un roc dans lequel il est impossible de faire brèche* »⁷⁴, se trouve balayée.

Le contentieux d'indemnité rentre ainsi définitivement dans le giron judiciaire. La disparition de cette problématique, qui avait initié les discussions sur le Conseil d'État, n'a pas arrêté le mouvement. Le contentieux d'annulation devient le nouveau fer de lance des partisans d'une haute juridiction administrative. Notre fil rouge, le contentieux de pleine juridiction, s'arrêtant ici, nous ne ferons que tisser la trame générale des vingt-six années qui séparent l'arrêt *Flandria* de la création du Conseil d'État.

VI. VERS LE CONSEIL D'ETAT.

Deux mois après que la Cour de cassation se soit prononcée dans l'affaire « *Flandria* » et bien qu'une des raisons majeures justifiant la création d'une juridiction administrative ait subitement disparu, le Gouvernement, à la tête duquel se trouvait Henri Carton de Wiart, charge malgré tout une commission spéciale de préparer la révision de la Constitution relative à ce nouveau rouage de l'État. Deux personnes joueront un rôle clé dans cette commission et en inspirent l'idée directrice : l'avocat général près la Cour de cassation Paul Leclercq et Louis Wodon. Ces deux intervenants centraux de l'arrêt « *Flandria* » convainquent leurs collègues de se rallier à la solution judiciaire au contentieux administratif : quitte à réviser la Constitution, pourquoi ne pas permettre à la Cour de cassation de connaître du contentieux de l'annulation ? La création d'une Cour du contentieux administratif n'est évoquée qu'à titre totalement subsidiaire.

La révision constitutionnelle s'achève finalement sur un parfait *statu quo* dans le domaine du contentieux administratif. Alors que le Gouvernement était prêt à déférer le contrôle de la légalité de ses actes à un tribunal administratif, que le Sénat, plus conservateur, était lui aussi favorable à l'introduction de ce nouveau rouage de l'État, la Chambre des Représentants s'y oppose. Charles Woeste, adversaire de longue date du Conseil d'État, a exercé une influence déterminante sur l'assemblée dont on aurait pu s'attendre à ce qu'elle se montre la plus favorable à une meilleure défense juridictionnelle des citoyens. Le seul et bien maigre acquis de cette révision constitutionnelle est la déclaration obtenue de la Chambre par

⁷² *Doc. Parl., Ch.*, session 1918-1919, séance du 10 septembre 1919, n°329, p. 1164-1170.

⁷³ Il s'agit de la consécration de la théorie défendue, quarante-cinq ans plus tôt, par François Laurent, célèbre civiliste belge, professeur à l'Université de Gand, dans ses monumentaux *Principes de droit civil*. A l'époque, cette opinion apparaissait complètement marginale (François LAURENT, *Principes de droit civil*, Bruxelles, Bruylant., t. XX, 1876, p. 448).

⁷⁴ « Les juridictions administratives. Discours prononcé par M. Damoiseaux, gouverneur de la province de Hainaut, à l'ouverture de la session ordinaire du Conseil provincial, le 1^{er} juillet 1912 », dans *Journal des Tribunaux*, 1912, n°2594, col. 1150.

le Gouvernement selon laquelle la Constitution ne s'opposait pas à la création d'une Cour du contentieux administratif ; celle-ci pourrait donc être établie ultérieurement par une loi.

Les années qui suivent se révèlent bien moroses pour les partisans du Conseil d'État que l'échec de la révision constitutionnelle a démoralisés. Les publications sur le sujet se tarissent jusqu'à ce qu'en 1930, le mouvement en faveur de l'institution connaisse un brusque renouveau grâce à Henri Velge. Le sort de ce juriste a été, dès sa sortie de l'université et tout au long de sa carrière, lié à celui d'Henri Carton de Wiart. Avocat stagiaire dans le cabinet de ce dernier, Velge avait eu à plusieurs reprises l'occasion de faire part à son patron de son indignation face à l'irresponsabilité de l'État puissance publique. Aussi lorsque Carton de Wiart, devenu ministre de la justice, institue le Conseil de législation et qu'il le charge de traiter de la responsabilité de la puissance publique, en nomme-t-il le jeune Velge - à peine vingt-trois ans - secrétaire adjoint. Dans la commission spéciale de 1921, Velge y avait également occupé, grâce à Carton de Wiart, la fonction de secrétaire. Ce juriste, qui s'était ainsi trouvé aux toutes premières loges de ces débats, avait également mis la main, dans les archives du ministère de la justice, sur un volumineux dossier relatif à toutes les tentatives de création d'un Conseil d'État en Belgique depuis 1832. À l'aide de toutes ces informations, Velge publie en 1930 l'ouvrage le plus complet paru jusque-là sur le Conseil d'État⁷⁵. L'intention de Velge n'était autre que de fournir aux travaux parlementaires ultérieurs une base de travail solide et objective. Il indique toutefois pencher, à titre personnel, pour la solution judiciaire, plus conforme à l'esprit de la Constitution. Velge est loin d'imaginer, à cette époque, que grâce à cette publication et à ses conséquences, l'histoire se souviendrait de lui comme le père de l'institution dont il sera le premier à occuper le siège de Premier président. En effet, la presse, toute opinion confondue, se saisit du livre et le commente favorablement. Velge est également assailli de courrier de particuliers qui lui font part de leurs problèmes avec l'administration et il se trouve invité à faire des conférences devant différents publics. Devant ce succès, Carton de Wiart, à ce moment député, demande à son ancien stagiaire et ancien chef de cabinet, de rédiger le texte d'une proposition de loi instituant une Cour du contentieux administratif, solution que Velge prônait à titre subsidiaire dans son livre. La proposition rédigée par Velge comprend quatre grands domaines de compétence qui se retrouvent en filigrane dans la loi du 23 décembre 1946 ; elle statuerait : « 1° sur les actions en réparation d'un dommage causé par un acte ou par une négligence d'ordre administratif, dans tous les cas où la Constitution et les lois en vigueur n'en ont pas déferé la connaissance aux tribunaux ; la Cour juge selon l'équité, et en tenant compte de toutes les circonstances tant d'intérêt public que d'intérêt privé. 2° sur les demandes d'annulation pour excès de pouvoir ou pour détournement de pouvoir formés contre les actes des diverses autorités administratives. 3° sur les conflits d'attribution entre les administrations publiques. 4° sur tous les recours en matière contentieuse administrative dont la connaissance lui est déferée par des lois particulières »⁷⁶. Seul le premier paragraphe demande à être explicité. La Cour du contentieux détient une compétence résiduaire en matière de contentieux d'indemnité. En effet, plus d'un dans le milieu doctrinal demeurerait sceptique devant l'arrêt « Flandria » de 1920 et craignait que, tôt ou tard, la Cour de cassation ne retourne à sa jurisprudence antérieure. La Cour de cassation n'avait-elle pas opéré ce revirement de jurisprudence par opportunité, pour empêcher la création d'une haute juridiction administrative annoncée par le Gouvernement ?⁷⁷ Si le pouvoir judiciaire se déclarait à nouveau incompetent, la Cour du contentieux, en vertu de sa compétence résiduaire, accueillerait la demande empêchant ainsi les dénis de justice.

La proposition Carton de Wiart, dont sont cosignataires des députés des trois grands partis, suscite l'enthousiasme de la presse. Elle est adoptée par toutes les sections de la Chambre mais est rendue caduque par la dissolution des Chambres d'octobre 1932 avant qu'un rapport ait pu être présenté.

En mars 1933, partant du constat que la question du contentieux administratif demeurerait très mal connue en Belgique, un professeur de droit de l'université de Liège décide d'organiser une journée d'étude sur le sujet. Le succès est au rendez-vous : les principaux acteurs de la mise en place du Conseil d'État y participent et émettent le vœu de voir redéposer la proposition Carton de Wiart le plus rapidement

⁷⁵ Henri VELGE, *L'institution d'un Conseil d'État en Belgique...*, 320 p.

⁷⁶ *Doc. Parl., Ch.*, session 1929-1930, séance du 15 mai 1930, n° 243, p. 3.

⁷⁷ Un certain nombre de hauts magistrats défendaient une conception stricte de la séparation des pouvoirs. Pour eux, la fonction juridictionnelle appartenait uniquement au pouvoir judiciaire. La haute juridiction administrative leur apparaissait donc contraire à la Constitution.

possible. Seule une voix discordante se fait entendre : le conseiller près la Cour de cassation Henri Rolin veut, selon son expression, « *laisser naître le Conseil d'État* »⁷⁸ c'est-à-dire en faire un simple organe consultatif que le Gouvernement consulterait à sa discrétion. Son autorité s'accroîtrait progressivement et, dans l'avenir, une loi pourrait éventuellement lui accorder un pouvoir propre.

Cette timidité n'est pas du goût de Carton de Wiart, qui conformément au vœu exprimé à Liège, redépose sa proposition le 26 janvier 1934⁷⁹. Celle-ci bénéficiait d'un appui moral de premier ordre en la personne du Roi Albert Ier qui avait invité son Gouvernement à agir et à solutionner la question du contentieux administratif⁸⁰. Après le décès accidentel du Roi le mois suivant, cette demande est apparue comme une sorte de testament politique dont les partisans du Conseil d'État n'ont pas manqué de se revendiquer. Mais, une fois encore, la dissolution des Chambres de 1936 rend la proposition caduque. En parallèle, sur le terrain doctrinal, les journées d'études universitaires initiées à Liège se sont poursuivies semestriellement dans les grandes universités du pays. A côté de la magistrature déjà présente lors de la première journée, le public s'élargit à des députés et de hauts représentants de l'administration. Ces réunions ont été l'occasion pour la doctrine de se ranger définitivement derrière la solution administrative qui, de l'avis général, rencontrerait plus facilement l'assentiment parlementaire qu'une extension des compétences de la Cour de cassation. La proposition Carton de Wiart sert toujours de base à leurs travaux et, début 1936, les universitaires parachèvent la rédaction de ce qui deviendra la troisième proposition Carton de Wiart⁸¹. En outre, dès 1932 l'Académie royale de Belgique avait mis au concours la question de l'opportunité de la création d'une Cour du contentieux administratif. La question avait également été inscrite dans le programme du parti catholique.

En 1936, la dynamique lancée depuis 1930 laisse croire que la création d'une institution dotée d'un pouvoir de juridiction en matière administrative est imminente. Vers le milieu de cette année charnière, les événements s'accroissent encore et prennent une tournure inattendue. Le 24 mai, les élections anticipées, visant à contrer la montée du rexisme, portent pour la seconde fois consécutive Paul Van Zeeland aux fonctions de premier ministre. Dans le programme de son gouvernement, qu'il expose à la Chambre le mois suivant, il annonce vouloir, d'une part, « *le renforcement de la stabilité de l'exécutif* »⁸² et, d'autre part, la création d'un Conseil d'État comprenant un conseil de législation et une Cour du contentieux administratif. Pour la première fois, il est question d'une institution sur le modèle français. Cette idée était généralement condamnée par la doctrine qui considérait l'institution, sous cette forme, comme contraire aux traditions nationales.

L'année 1936 connaît également l'institution du Centre d'Etudes pour la réforme de l'État, A.S.B.L. réunissant des hommes de tous les horizons dont la mission consiste à « *rechercher et faire connaître les réformes permettant d'adapter le régime parlementaire aux nouvelles conditions de la vie politique, économique et sociale* »⁸³. Une commission de ce Centre d'Etudes est chargée de se pencher sur la création du Conseil d'État. Elle siège du 13 octobre au 19 novembre et se montre favorable à l'adoption de la troisième proposition Carton de Wiart, déposée concomitamment à la Chambre des Représentants.

Dès le 20 novembre, soit le lendemain de la clôture des travaux de ce groupe de travail, une autre commission démarre ses travaux, mise sur pied, cette fois, par le ministre de l'intérieur de Schrijver. Cette commission ne compte que cinq membres dont la répartition est assez particulière. Elle se compose de deux magistrats de cassation, dont Henri Rolin qui la préside, de deux membres de l'administration et d'un représentant de la doctrine, Henri Velge. Ainsi, cette commission se trouvait présidée par une des personnes les plus notoirement hostile à une haute juridiction administrative tandis que l'important mouvement doctrinal ne comprenait qu'un membre. La « commission Rolin » marque un véritable

⁷⁸ *Bulletin de l'Association des Amis de l'Université de Liège*, 5^e a., octobre 1933, p. 347.

⁷⁹ *Doc. Parl., Ch.*, session 1933-1934, séance du 26 janvier 1934, n° 101, 24 p.

⁸⁰ *Note du Roi Albert au Premier Ministre du 3 janvier 1934*, dans *Bel. Jud.*, 1934, n°6, col. 166 et 168, note 7.

⁸¹ *Doc. Parl., Ch.*, 2^e session extr. 1936, séance du 29 octobre 1936, n° 106, 20 p. Elle est également appelée « projet Velge » ou « projet universitaire ».

⁸² *An. Parl., Ch.*, session extr. 1936, séance du 24 juin 1936, p.24

⁸³ *La réforme de l'État*, Bruxelles, Centre d'études pour la réforme de l'État, 1937, p. XV.

tournant. Velge, et derrière lui la doctrine, se retrouve en minorité devant des personnes, les magistrats de la Cour de cassation en premier, convaincues de l'anti-constitutionnalité de la compétence juridictionnelle qui serait attribuée à la section d'administration du Conseil d'État. En outre, les deux membres de l'administration avaient pour instruction, du Premier ministre lui-même, de créer avant tout un grand corps de l'État qui devait accroître le prestige de l'exécutif. Une compétence juridictionnelle, notamment le contentieux d'annulation, cadrerait mal avec la volonté gouvernementale de renforcer la stabilité de l'exécutif.

En conséquence, au cours de l'année 1937, on observe un nouveau paradoxe : après avoir longuement attendu la discussion au Parlement d'un projet de création d'un Conseil d'État, celui-ci se trouvait simultanément saisi de deux textes contradictoires ; d'un côté, la proposition Carton de Wiart qui tend à créer une véritable juridiction administrative et, de l'autre côté, le projet Rolin, déposé par le Gouvernement, qui crée un Conseil d'État (à deux sections, législative et administrative) au rôle purement consultatif.

Le rapport Rolin sème le doute dans l'esprit des députés sur la constitutionnalité d'une compétence juridictionnelle reconnue à l'institution à créer. Rolin s'appuyait vivement sur l'autorité de Louis Wodon et sur les idées que celui-ci avait défendues dans son célèbre livre de 1920. La Chambre adopte en conséquence une attitude attentiste consistant à octroyer une très faible compétence juridictionnelle à la section d'administration en matière de contentieux administratif proprement dit. Pour le surplus, le rôle du Conseil d'État sera consultatif, du moins à ses débuts. « *La moyenne mesure n'est pas la juste mesure* »⁸⁴ : telle est l'opinion du Sénat sur le texte adopté par la Chambre. Les membres de la Haute assemblée reprochent à cette dernière sa prudence excessive et se prononcent pour une compétence juridictionnelle très importante, avec d'autant moins de scrupules qu'au moment où le projet est discuté au Sénat, Louis Wodon avait reconnu publiquement s'être mépris sur l'anti-constitutionnalité du Conseil d'État⁸⁵. Le projet, amendé par le Sénat, était étudié à la Chambre lorsque la guerre éclate.

A la sortie du second conflit mondial, les divergences sensibles qui s'étaient manifestées entre la Chambre et le Sénat, conduisent le ministre de l'intérieur à établir une commission consultative composée de députés, de sénateurs, de magistrats et de professeurs d'université, chargée de trouver un compromis. Cette précaution s'est toutefois avérée inutile. L'état d'esprit du Parlement s'était profondément modifié, permettant un aboutissement rapide : il importe désormais de protéger les droits individuels face aux empiètements de l'administration. L'idéal démocratique restauré doit absolument être préservé et une haute juridiction administrative apparaissait comme le meilleur garde-fou.

CONCLUSIONS

Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires, la loi du 23 décembre 1946 est, au terme d'un long processus, venue sanctionner la naissance du Conseil d'État belge. L'institution qui voit le jour en 1946 porte, en des points essentiels, les stigmates de son histoire : son aspect extérieur est influencé par le renforcement de l'exécutif des années 1930 qui commandait une institution prestigieuse sur le modèle français, sa compétence juridictionnelle en matière de contentieux d'annulation lui a été octroyée par suite des terribles atteintes aux droits individuels portées durant la Seconde guerre tandis que sa compétence résiduaire en matière de contentieux d'indemnité s'explique par le scepticisme engendré par l'arrêt « Flandria » de la Cour de cassation de 1920.

La haute magistrature s'est révélée être la principale opposante au Conseil d'État alors que, paradoxalement, sa jurisprudence inaugurée en 1840, a été à l'origine du mouvement doctrinal en faveur de la haute juridiction administrative. Face à elle, la magistrature a dû faire face à un important courant

⁸⁴ *Doc. Parl., S.*, sess. extr. 1939, n° 80, p. 14.

⁸⁵ Louis WODON, « Du recours pour excès de pouvoir devant la Constitution belge », dans *Bulletin de l'Académie royale de Belgique, Classe des lettres et des sciences morales et politiques*, t. XXIV, 1938, p. 519-550.

doctrinal dont les premiers balbutiements se font entendre en écho à la loi française de mai 1872. Ce mouvement s'accroît progressivement, surtout à partir des années 1910, et s'organise, à partir de 1933, au sein des différentes universités, pour faire pression sur le monde politique. Le député Henri Carton de Wiart, sensibilisé depuis longtemps à la problématique de la protection juridictionnelle des citoyens face à l'administration, a été le relai parlementaire des demandes doctrinales en faveur de la Cour du contentieux administratif. Cette conjonction des actions entre milieu doctrinal et parlementaire, absente jusqu'aux années 1930, est probablement ce qui a finalement permis de mettre un terme à « *cette très vieille et très difficile question* »⁸⁶ du Conseil d'État.

⁸⁶ Selon l'expression de Charles Rogier en 1853.

L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES GOUVERNÉS FACE AUX GOUVERNANTS EN BELGIQUE DE 1830 A NOS JOURS

PIERRE-OLIVIER DE BROUX

Avocat et historien
Assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)
PierreOlivier.deBroux@Stibbe.com

ET

XAVIER DELGRANGE

Premier Auditeur au Conseil d'Etat de Belgique
Chargé d'enseignement aux Facultés universitaires Saint-Louis (Bruxelles)

Si le sujet abordé est particulièrement étendu, la présente contribution n'a cependant pas d'autres prétentions que de tracer à larges traits l'évolution de la protection juridictionnelle des gouvernés en Belgique lorsqu'ils estiment devoir s'opposer à ceux qui les gouvernent.

La *protection juridictionnelle* s'entend, dans le cadre de cette étude, du mode de résolution des conflits appartenant à un juge indépendant, qui a reçu le pouvoir de trancher ce conflit, et d'en imposer la solution aux parties. Les institutions les mieux connues à cet égard sont évidemment les cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire, mis en place par la Constitution belge du 7 février 1831. D'autres juridictions ont cependant été créées ensuite, par ou en vertu de cette Constitution. Il s'agit des nombreuses juridictions administratives, du Conseil d'Etat, de la Cour d'arbitrage devenue Cour constitutionnelle, ainsi que de plusieurs juridictions internationales. C'est l'activité de l'ensemble de ces juridictions qui est étudiée, lorsqu'elles s'occupent d'un conflit entre un gouverné et un gouvernant.

Il faut d'emblée préciser que ce mode spécifique de résolution des conflits n'est examiné que dans la mesure où le litige entre le gouverné et le gouvernant résulte de l'exercice, par le gouvernant, d'une parcelle de la puissance publique – de l'utilisation de son pouvoir d'*imperium* –, exercice auquel le gouverné entend s'opposer¹. Deux types de litiges sont ainsi concernés : celui par lequel le gouverné tente *a priori* d'empêcher l'application d'une règle générale ou d'une décision individuelle, généralement qualifié de « contentieux objectif », de « contentieux de l'annulation » ou de « contentieux de la légalité » ; et le litige par lequel le gouverné entend réclamer *a posteriori* la réparation d'un préjudice subi suite à la mise en œuvre d'un règlement ou d'une décision administrative, qualifié de « contentieux subjectif », de « contentieux de l'indemnité » ou de « contentieux de pleine juridiction ».

Les *gouvernants* visés par notre étude sont constitués par les institutions qui disposent du pouvoir d'imposer des normes de conduite à un ensemble donné de gouvernés. Selon la remarquable synthèse de John Gilissen, cette notion de gouvernant, dans le contexte d'un Etat moderne régi par le principe de la séparation des pouvoirs, renvoie tant aux membres du pouvoir exécutif qu'aux membres du pouvoir législatif². Elle englobe en outre tout pouvoir infra-étatique, telles, par exemple, les communes, les

¹ Il n'est donc notamment pas traité ici des actions juridictionnelles initiées par un pouvoir public à l'encontre d'un citoyen, ni des conflits intervenants entre gouvernés et gouvernants sans mise en œuvre de la puissance publique, pour autant que cette distinction puisse être faite (voy., sur la difficulté de celle-ci : M. MAHIEU, S. VAN DROOGHENBROECK, « la responsabilité de l'Etat législateur », *Journal des tribunaux*, 1998, p. 828).

² J. GILISSEN, « Les rapports entre gouvernés et gouvernants, vus à la lumière de l'histoire comparative des institutions. Synthèse générale », dans *Gouvernés et gouvernants*, 1^e partie, Bruxelles, Editions de la Librairie Encyclopédique, 1969, pp. 29 et 48 (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. XXII) ; voy. aussi IDEM, « Gouvernés et gouvernants en Belgique, depuis 1815 », dans *Gouvernés et gouvernants*, 5^e partie, Bruxelles, Editions de la Librairie Encyclopédique, 1965, pp. 81-148 (Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, t. XXVI).

provinces, ou les régions et communautés qui constituent les « entités fédérées » de la Belgique ; ainsi que des pouvoirs supra-étatiques, comme les institutions de l'Union européenne.

Les gouvernés sont, par opposition, les personnes auxquelles des normes de conduite peuvent être imposées par les gouvernants : il s'agit des habitants de l'Etat, qu'ils soient citoyens de celui-ci ou résidents étrangers, mais également des personnes morales de droit privé (sociétés commerciales, associations sans but lucratifs, fondations,...), dont l'importance et l'influence n'a cessé de croître depuis la fin du 19^e siècle.

Quatre périodes significatives, même si arbitrairement limitées, structurent notre exposé : le long dix-neuvième siècle, de 1830 à 1918 (I.), l'entre-deux guerres, de 1918 à 1945 (II.), les « Trente glorieuses » et la fin de la Guerre froide, de 1945 à 1989 (III.), et enfin l'ère de la mondialisation, de 1989 à nos jours (IV.).

I. LE LONG DIX-NEUVIEME SIECLE.³

La sentence d'un juge indépendant, comme mode de résolution des conflits, n'est pas propre aux litiges opposant gouvernés et gouvernants, ni d'ailleurs propre aux conflits de la période contemporaine. La Révolution française constitue cependant une période déterminante dans la naissance de l'idée d'une protection du citoyen face à l'action administrative, eu égard à la conception stricte de la séparation entre les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire qu'elle a apporté⁴.

Cette conception originaires de la séparation des pouvoirs impliquait l'interdiction pour le juge « ordinaire », issu du pouvoir judiciaire, d'intervenir dans les conflits entre gouvernés et gouvernants. La protection des gouvernés s'est dès lors exercée au travers de toutes sortes de recours internes aux administrations ou de juridictions administratives hybrides, et en particulier d'un Conseil d'Etat inspiré de l'ancien Conseil du Roi⁵. En vertu de la séparation des pouvoirs et du principe selon lequel 'juger l'administration, c'est administrer', le juge du gouvernant a donc été institué auprès de, et constitué par, le gouvernant. A la suite de ces conceptions révolutionnaires, le régime impérial français et le régime hollandais ont donc connu un système de protection du citoyen contre les actes de l'administration institué au sein du pouvoir exécutif lui-même, excluant toute intervention du pouvoir judiciaire⁶. Le pouvoir impérial ou royal demeurait souverain, même assisté d'un Conseil d'Etat ou décentralisé au sein de multiples institutions administratives aux compétences parfois juridictionnelles⁷.

L'automutilation du pouvoir judiciaire.

L'intention du Constituant belge de 1831 marque une première tentative de rupture avec cette conception stricte de la séparation des pouvoirs. Les membres du Congrès national entendaient en effet éviter à tout prix l'existence d'un Conseil d'Etat, assimilé aux périodes d'oppression des régimes français et hollandais, et perçu comme « *un outil de centralisation, contraire aux tendances nationales d'autonomie communale et provinciale* »⁸. Ils sont donc revenus aux traditions de l'ancien droit en érigeant le pouvoir judiciaire en

³ Selon l'expression utilisée par l'historien anglais E. HOBSBAWM pour nommer sa trilogie sur l'histoire du 19^e siècle : *L'Ère des révolutions* (1962 – trad. Fayard, 1970), *L'Ère du capital* (1975 – trad. Fayard 1978), *L'Ère des empires* (1987 – trad. Fayard 1989).

⁴ Sur l'évolution de cette notion en droit belge : A. VANWELKENHUYZEN, « La séparation des pouvoirs, 1831-1981 », dans *De grondwet. Honderdvijftig jaar. Ontmoeting 7 februari*, Bruxelles, Bruylant, 1981, pp. 69-93.

⁵ Voy. notamment M. LEROY, *Contentieux administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 53-56.

⁶ Dans leur étude très complète sur Les juridictions administratives en Belgique depuis 1795 (Bruxelles, Archives générales du Royaume, 2006 – Studia 114), I. SIRJACOBS et H. VANDEN BOSCH rappellent que « La compétence des tribunaux fut limitée par la Convention en vertu du décret des Conflits du 16 Fructidor de l'an III (2 septembre 1795). Toutes les matières dans lesquelles l'administration ou des fonctionnaires furent impliqués étaient soustraites à la juridiction des tribunaux, sauf autorisation expresse des autorités » (p. 93 et note 15).

⁷ Voy. J. CHEVALLIER, *L'élaboration historique du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1970.

⁸ F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : la laborieuse création du Conseil d'Etat

protecteur des citoyens contre l'arbitraire administratif⁹. Selon l'article 107 de la Constitution du 7 février 1831 – l'article 159 de la Constitution belge coordonnée –, « *les Cours et tribunaux n'appliqueront les arrêtés et règlements généraux, provinciaux et locaux, qu'autant qu'ils seront conformes aux lois* »¹⁰. En permettant de la sorte au juge de s'immiscer dans l'examen de la légalité de décisions prises par les pouvoirs publics, cette exception d'illégalité semblait rompre fondamentalement avec la conception révolutionnaire de la séparation des pouvoirs.

L'intention du Constituant belge n'a cependant pas été tout à fait suivie par le pouvoir judiciaire. Le contentieux de l'indemnité a été limité aux litiges ne relevant pas de la mise en œuvre de la puissance publique, tandis que le contentieux de la légalité était très strictement limité aux décisions qui méconnaissaient des droits « *qui résultent des lois ou arrêtés portés dans un intérêt individuel* », à l'exclusion des lois et arrêtés adoptés dans l'intérêt général¹¹. C'est le phénomène « d'automutilation du pouvoir judiciaire », selon l'expression du professeur Jean-Pierre Nandrin, classiquement compris comme un retour à la conception stricte de la séparation des pouvoirs¹². Françoise Muller observe cependant judicieusement, dans sa contribution au présent ouvrage, que les magistrats à l'origine de cette « mutilation » sont d'anciens membres du Congrès national, parfaitement au fait des intentions du pouvoir constituant. Elle en déduit que cette jurisprudence restrictive témoigne sans doute de la volonté du pouvoir judiciaire de rester en dehors du champ politique très divisé à partir de 1840 – jusqu'à cette date, c'est l'union nationale entre les tendances politiques qui avait prévalu, l'*unionisme* –, et de laisser la primauté du contrôle de l'action du pouvoir exécutif au pouvoir législatif¹³. L'absence de toute institution ou juridiction comparable à un Conseil d'Etat a par conséquent considérablement réduit, à cette époque, la possibilité de résolution juridictionnelle des conflits entre gouvernants et gouvernés¹⁴, et ce jusque 1920.

La timide émergence des juridictions administratives.

La Constitution du 7 février 1831 laissait cependant une autre porte ouverte. Selon l'article 93 de celle-ci – l'article 145 de la Constitution belge coordonnée –, « *les contestations qui ont pour objet des droits politiques sont du ressort des tribunaux, sauf les exceptions établies par la loi* ». Le législateur se voyait ainsi confier la

belge (1831-1946) », dans cet ouvrage. Voy. également A. VAN ZUYLEN, « De l'institution d'un Conseil d'Etat en Belgique », *Belgique judiciaire*, 1880, n° 11-12, col. 185.

⁹ M. LEROY, *op.cit.* (v. note 5), p. 69 ; P. Goffaux, « De l'échec du modèle moniste à la création du Conseil d'Etat », dans *Le Conseil d'Etat de Belgique. Cinquante ans après sa création (1946-1996)*, éd. B. Bléro, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 36.

¹⁰ Voy. sur cet article de la Constitution belge, la contribution de DAVID DE ROY dans cet ouvrage.

¹¹ P. GOFFAUX, *loc.cit.* (v. note 9), p. 45 ; Voy. notamment les deux arrêts de principe qui ont consacré cette interprétation : Cass. 24 avril 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 337 ; Cass., 25 juin 1840, *Pas.*, 1840, I, p. 418, et leurs commentaires par F. MULLER dans cet ouvrage.

¹² J.P. NANDRIN, « Justice, magistrature et politique aux premiers temps de l'indépendance de la Belgique », *Bulletin de la Classe des Lettres et des Sciences morales et politiques*, 6^e série, t. VIII, 1997, pp. 89-93 ; voy. également F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires... », *loc.cit.* (v. note 8), note 20, qui cite la doctrine majoritaire appuyant cette explication.

¹³ F. MULLER, « Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires... », *loc.cit.* (v. note 8) ; voy. également les hypothèses soulevées par J.P. NANDRIN, *loc.cit.* (v. note 12), pp. 91-93.

¹⁴ Tous les étudiants en droit passés aujourd'hui entre les mains de Michel Leroy, professeur à l'Université libre de Bruxelles, en connaissent les conséquences désastreuses : le prologue de son cours raconte la triste histoire d'Appoline Meeus, servante dans un cabaret, et inscrite bien malgré elle, par une décision de l'autorité municipale, sur le « registre des filles publiques » contraintes de se soumettre deux fois par semaine à un examen médical. Contestant cette décision en justice, le tribunal lui laissa l'occasion de prouver, ce qu'elle fit, que sa conduite était régulière et que le cabaret où elle servait n'était pas une maison de débauche clandestine. Par deux fois, la Cour de cassation a remis au pas les juges de dernier ressort qui avaient volé au secours de la pauvre Appoline Meeus, au motif que, en vertu de la séparation des pouvoirs, « *il n'appartenait pas au tribunal de Huy de méconnaître les effets de la mesure administrative, et de décider que la défenderesse n'était pas notoirement livrée à la débauche* ». M. LEROY, *op.cit.* (v. note 5), p. 21, et P. GOFFAUX, *loc.cit.* (v. note 9), p. 46 ; Cass. 14 mai 1866, *Pas.*, 1866, I, pp. 292-296 et Cass. (ch. réunies) 24 octobre 1866, *Pas.*, 1867, I, pp. 11-22. Comme l'indiquent I. SIRJACOBS et H. VANDEN BOSCH (*op.cit.* (v. note 6), p. 97-98), les contentieux entre administration et administrés étaient plutôt résolus au sein de celle-ci, par voie d'appel administratif ou de recours auprès de commissions créées en son sein. Voy. CH. DE BROUCKERE, F. TIELEMANS, *Répertoire de l'administration et du droit administratif de la Belgique*, t. I, Bruxelles, pp. 406-407.

compétence de créer des juridictions dites ‘administratives’ pour connaître de droits politiques. A l’origine, cette exception était conçue pour le contentieux relatif aux impôts directs, dont la recette était fixée préalablement par l’administration, puis répartie entre les contribuables. En cas de contestation par un contribuable, il fallait donc procéder à une nouvelle répartition, ce que les tribunaux pouvaient difficilement réaliser par eux-mêmes. Ce contentieux était par ailleurs indissolublement lié au contentieux électoral, eu égard au suffrage censitaire alors en vigueur. C’est le paiement de l’impôt qui conférait un droit de vote. Le contentieux fiscal et le contentieux électoral ont donc été confiés à une des premières juridictions administratives belges, la Députation permanente du Conseil provincial, héritée des périodes française et hollandaise¹⁵¹⁶. Il faut cependant attendre une loi adoptée en 1871 pour qu’un citoyen soit autorisé à introduire un recours contre une imposition... insuffisante¹⁷. Cette loi témoigne des liens étroits entre les deux contentieux précités. Parmi les motifs avancés par le législateur, il relate en effet que « *il arrive que des agents de l’administration (...), réduisent les cotisations pour empêcher le contribuable d’atteindre le cens électoral* »¹⁸. Ce recours a donc été spécifiquement organisé pour protéger le droit de vote du citoyen.

Dès 1881, la compétence juridictionnelle des députations permanentes en matière fiscale est cependant fort réduite, non seulement parce que l’institution serait surchargée, mais également parce qu’on lui reproche sa partialité¹⁹. Sa compétence est confiée, paradoxalement, à la cour d’appel, après une procédure administrative de réclamation²⁰ : c’est un premier et précoce retour au pouvoir judiciaire d’une compétence juridictionnelle permettant de juger de la légalité d’une décision administrative.

D’autres juridictions administratives protectrice des droits politiques des gouvernés ont été créées, notamment en matière de milice (les conseils de milice), de responsabilité financière des comptables publics (notamment la Cour des comptes), ou de concessions minières (le Conseil des mines)²¹. Mais pour le surplus, le législateur n’a pas vraiment fait œuvre de créativité. Au point que, en 1909, Paul Errera écrivait que « *les juridictions administratives existant en Belgique tendent à perdre de leur compétence et de leur influence. Leur organisation étant disparate, plutôt fragmentaire et même rudimentaire, elles se sont atrophiées* »²². Sa conclusion ? La contribution de Françoise Muller au présent ouvrage l’expose avec force : il manquait un Conseil d’Etat.

II. L’ENTRE-DEUX GUERRES : L’IMPOSSIBLE CREATION D’UN CONSEIL D’ETAT ?²³

Durant l’entre-deux guerres, les praticiens du droit, la doctrine comme les pouvoirs publics ont longuement tentés, mais en vain, de mettre en place un Conseil d’Etat pour combler les lacunes juridictionnelles constatées dans le contentieux de l’indemnité et dans le contentieux de la légalité²⁴.

¹⁵ I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 96-97 ; P. VAN ORSHOVEN, *Ontwikkelingen in de beslechting van bestuurlijke geschillen in België*, Zwolle, 1990, pp. 54-63 et 154-187 ; E. HUYYTENS, *Discussions du Congrès national, 1830-1831*, t. IV, Bruxelles, Société typographique belge, 1845, p. 95. Pour plus de précisions sur ce contentieux fiscal, voy. A. Giron, *Le droit administratif de la Belgique*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1881, pp. 487-493.

¹⁶ Il existait neuf députations permanentes pour la Belgique, une pour chacune des neuf provinces belges (Anvers, Brabant, Flandre occidentale, Flandre orientale, Hainaut, Liège, Limbourg, Luxembourg, Namur).

¹⁷ Loi du 5 juillet 1871 qui apporte des modifications aux lois d’impôts, *Moniteur belge*, 6 juillet 1871.

¹⁸ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess. 1870-1871, n° 108 et n° 136, spéc. pp. 13-14. Cette disposition a été insérée dans les lois d’impôts suite à la décision de la Cour de cassation selon laquelle un tel recours n’était pas permis par les dispositions légales existantes (Cass., 27 août 1869, *Pasicrisie*, 1870, t. I, p. 46).

¹⁹ *Doc.parl.*, Ch.repr., sess. 1880-1881, n° 124 et 158, travaux préparatoires à la loi du 30 juillet 1881 modifiant quelques dispositions législatives réglant la compétence des députations permanentes, *Moniteur belge*, 31 juillet 1881.

²⁰ Sur cette procédure et son évolution durant la première moitié du vingtième siècle, voy. M. Feye, Ch. Cardyn, *Procédure fiscale contentieuse*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1958, pp. 87 et s.

²¹ I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 161-166.

²² P. ERRERA, *Traité de droit public belge. Droit constitutionnel. Droit administratif*, Paris, 1909, p. 246.

²³ Ce chapitre, bien que méritant d’important développements, est volontairement succinct : c’est la contribution précitée de F. MULLER au présent ouvrage (v. note 8) qui en constitue l’exposé le plus complet.

²⁴ Voy. aussi F. MULLER, « Henri Velge, l’artisan du Conseil d’Etat belge (1911-1946) », *Revue belge d’histoire contemporaine*, 2007, 1-2, pp. 143-174.

L'arrêt *Flandria* rendu par la Cour de cassation le 5 novembre 1920 effectue cependant au même moment un revirement fondamental de jurisprudence²⁵. Au contentieux de l'indemnité, il étend en effet la compétence du pouvoir judiciaire à la responsabilité des autorités publiques dans l'exercice de leurs prérogatives de puissance publique. Le pouvoir judiciaire s'est ainsi, selon les uns, accordé un sursis, en rendant moins urgente la création d'un Conseil d'Etat²⁶. D'autres estiment au contraire que l'arrêt *Flandria* a précipité la création du Conseil d'Etat : tant qu'à voir l'administration faire l'objet d'un contrôle juridictionnel, le politique l'aurait préféré empathique, plus proche du pouvoir exécutif, comme en France²⁷.

Indépendamment de ces attermoissements, l'entre-deux guerres consacre par contre la véritable naissance des juridictions administratives. Les juridictions existantes, notamment en matière électorale, fiscale et de milice ont poursuivi leur travail, offrant dans ces domaines spécifiques une protection bienvenue. La Première Guerre mondiale a par ailleurs imposé au législateur la création de nouvelles juridictions administratives, pour juger des demandes de réparation de particuliers suite aux préjudices physiques ou matériels causés par la guerre²⁸. L'entre deux guerres est enfin propice aux premières avancées en matière de sécurité sociale. C'est l'époque à laquelle « *L'Etat encourage les moyens mis en place par les mutualités et les syndicats pour aider leurs membres à se préserver contre certains risques* »²⁹. Chaque avancée sociale est souvent accompagnée de sa juridiction administrative spécifique ; un contentieux des pensions des mineurs et de l'assurance chômage se développe déjà avant la Seconde Guerre mondiale.

L'entre-deux guerres a incontestablement servi de transition entre la paralysie du 19^e siècle et l'essor du contentieux entre gouvernés et gouvernants qui ne cessera de croître jusqu'à nos jours. C'est cependant à cette époque, sans doute, que les débats et projets de réforme sont les plus riches, les plus réfléchis et les plus aboutis. Ils influenceront longtemps encore les évolutions de l'après-guerre.

III. 1945-1989 : LE FORMIDABLE ESSOR DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE DES GOUVERNÉS.

Si, certes, la Seconde Guerre mondiale a suspendu tous projets de réforme, elle n'en demeure pas moins elle-même à l'origine d'évolutions fondamentales. L'horreur de la guerre, et son impact mondial, vont conduire à une nouvelle organisation des relations internationales, au travers de l'ONU et, dans l'Europe particulièrement touchée par la guerre, au travers de l'idée d'unification européenne. Et c'est sans doute aussi l'horreur de la barbarie nazie et de la Shoah qui ont contribué à mettre le respect de la personne humaine au centre de ce processus, et plus uniquement le respect des Etats entre eux. C'est une nouvelle naissance pour les droits de l'homme, la raison pour laquelle leur universalité « *cesse d'être un objet pour des rêveurs* »³⁰, mais devient au contraire un instrument déterminant dans les rapports entre les gouvernés et les gouvernants, et ce en Europe particulièrement. La Déclaration universelle des droits de l'homme est proclamée le 10 décembre 1948, la Convention de Genève relative au statut des réfugiés est adoptée le 28 juillet 1951.

La naissance d'une juridiction internationale accessible aux citoyens belges.

Dans l'immédiat après-guerre, le tout jeune Conseil de l'Europe s'est pour sa part attaché à la rédaction d'une Convention de protection des droits de l'homme, avec pour objectif politique avoué une

²⁵ F. MULLER, « Le pouvoir judiciaire à l'offensive : l'arrêt *Flandria* », *Journal des tribunaux*, 2006, pp. 730 et 749.

²⁶ *Ibidem* ; F. DELPEREE, « La Constitution et le Conseil d'Etat », dans *Cinquante années du Conseil d'Etat. Liber memorialis*, Gand, Mys & Breesch, 1999, p. 80.

²⁷ P. TAPIE, « Le Conseil d'Etat et la question de la validité des normes et des systèmes juridiques », dans *Droit et pouvoir*, Tome I : *la validité*, Bruxelles, Story-Scientia, 1987, p. 162.

²⁸ I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 463-501 (« Les juridictions administratives créées pendant et après la Première Guerre mondiale »).

²⁹ I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), vol. 2, p. 647.

³⁰ D. SOULEZ-LARIVIERE, « Universalité des Droits de l'Homme. Le Big Bang des Droits de l'Homme », dans *Les droits de l'homme : universalité et renouveau 1789-1989*, dir. G. BRAIBANT, G. MARCOU, Paris, L'Harmattan.

union plus étroite des Etats européens. Mais surtout, c'est ce qui nous intéresse, il y a lié la création d'une Cour européenne des droits de l'homme, dont la juridiction est, c'est vrai, facultative, mais qui permet aux particuliers de s'adresser directement à la juridiction internationale, ce qui était tout à fait nouveau. Signée le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 3 septembre 1953, ratifiée sans réserve par la Belgique le 14 juin 1955, la Convention et la Cour offrent depuis cette date un nouveau recours juridictionnel au citoyen contre l'Etat dont il est ressortissant ou sur lequel il réside. La séparation des pouvoirs est en outre inexistante à ce niveau, de sorte que non seulement l'ensemble des décisions du pouvoir exécutif, mais également, et pour la première fois, des dispositions législatives vont pouvoir être contestées à Strasbourg, siège de la Cour européenne des droits de l'homme. Cette Cour est enfin compétente pour octroyer une satisfaction équitable au requérant, afin de réparer le préjudice subi par la décision nationale prise en méconnaissance de la Convention. A la lumière de l'évolution du contentieux entre gouvernés et gouvernants jusqu'alors, le changement est fondamental, même s'il est limité à la seule violation des droits de l'homme.

La naissance du Conseil d'Etat.

L'évolution est d'autant plus extraordinaire que, en droit interne belge, un délai considérable va encore être nécessaire pour arriver à une protection comparable. L'après-guerre, sur le plan du contentieux administratif, c'est d'abord la création du Conseil d'Etat par la loi du 23 décembre 1946. Le contexte y est favorable : on se méfie davantage des dérives du pouvoir exécutif, depuis l'exemple laissé par Hitler et sa conquête démocratique du pouvoir. Bien que créé comme une juridiction administrative « omnicompetente », il ne dispose cependant que d'une compétence subsidiaire à celle de toute autre juridiction. Au contentieux de l'annulation des règlements et décisions administratives individuelles qui est attribué au Conseil d'Etat, la compétence du contentieux général de la légalité tant attendue depuis l'indépendance belge, échappe néanmoins tout recours ayant le même objet institué auprès de l'Ordre judiciaire. Pour rappel, c'était par exemple le cas en matière fiscale depuis 1881. Les litiges soumis à d'autres juridictions administratives lui échappent *a fortiori* également, mais il dispose cependant à leur égard d'une compétence de cassation des décisions qu'elles rendent. Enfin, dans le contentieux de l'indemnité, la direction que souhaitent prendre les juridictions judiciaires après l'arrêt *Flandria* n'étant pas claire, un recours est également créé permettant de demander une indemnité relative à la réparation d'un dommage exceptionnel résultant d'une mesure prise par un pouvoir public. Mais cette demande n'est recevable que « dans les cas où il n'existe pas d'autre juridiction compétente »³¹. Paré de ses compétences subsidiaires, le Conseil d'Etat a accompli ses premiers pas en rédigeant son règlement de procédure, promulgué en août 1948. Il fut officiellement installé le 9 octobre 1948, et son premier arrêt fut rendu un mois plus tard, le 8 novembre. En 1986, 28.000 arrêts avaient été rendus, en près de 40 ans.

L'effet de la création du Conseil d'Etat s'est rapidement ressenti à trois égards. A l'égard des juridictions administratives, tout d'abord : quelques arrêts ont rapidement fait disparaître la désinvolture de celles-ci, leur rappelant leur obligation de motivation, celle de respecter les droits de la défense, l'interdiction d'ajouter à la loi des conditions, etc.³², accroissant la protection dont bénéficiait le citoyen devant ses juridictions. L'effet sur la protection générale du citoyen face à l'administration a également été fort important. Marcel Vauthier écrivait ainsi, en 1955, que « la création du Conseil d'Etat... a surtout pour effet de donner une structure juridique à des rapports entre les particuliers et les administrations (...) qui n'étaient pas régis par des principes stables et où l'autorité n'avait guère d'autres règles que celle du pouvoir discrétionnaire »³³. Plus qu'un lieu de résolution des conflits, le Conseil d'Etat devenait un instrument de prévention des conflits. Troisième effet, enfin, sur les compétences du pouvoir judiciaire, qui n'ont eu de cesse de s'élargir, tant sur le fondement de l'exception d'illégalité qu'à l'égard du contentieux de la responsabilité. Ainsi, sur la base de l'article 1382 du Code civil, le juge va progressivement accorder la réparation en nature d'une faute de l'administration, donc ordonner à une administration de prendre un acte positif, puis faire suite à la demande d'un citoyen d'intervenir au préalable, en référé, donc en urgence, pour empêcher

³¹ R. ANDERSEN, B. LOMBAERT, S. DEPRE, « Les contentieux méconnus », dans *Le Conseil d'Etat de Belgique...*, *op.cit.* (v. note 9), p. 271

³² M. LEROY, dans *Liber memorialis...*, *op.cit.* (v. note 26), p. 117.

³³ M. LEROY, dans *Liber memorialis...*, *op.cit.* (v. note 26), p. 117.

l'administration de mettre à exécution une décision illégale. Cette utilisation extensive du droit de la responsabilité témoigne également de l'interprétation de plus en plus souple du principe de la séparation des pouvoirs.

Le contentieux de la sécurité sociale et la réforme des juridictions administratives.

Autre évolution marquante de la période : l'explosion du contentieux de la sécurité sociale. Chacune des nouvelles protections sociales mises en place par l'Etat providence de l'après guerre³⁴ était systématiquement accompagnée de la création d'une juridiction spécifique, le plus souvent administrative, mais parfois judiciaire ou arbitrale : pensions, chômage, allocations aux handicapés, assurance maladie-invalidité, accident de travail, assistance sociale³⁵. Toutes les branches de la jeune sécurité sociale étaient concernées.

Le caractère disparate et désordonné de ces juridictions de sécurité sociale a été rapidement dénoncé. S'ajoutaient d'ailleurs à celles-ci toutes les autres juridictions administratives, plus anciennes, ainsi que celles créées au lendemain de la Seconde guerre pour trancher, à l'instar de la première guerre, les conflits nés des demandes de dédommagement liées à la guerre. En 1959, à peine dix ans après la mise en place du Conseil d'Etat, une vaste étude sur la réforme des juridictions administratives est rédigée, visant à les uniformiser toutes, notamment en terme de procédure.

Ce projet est mené parallèlement avec une autre réforme d'envergure : celle de la procédure civile devant les juridictions de l'Ordre judiciaire. Un double thème de réflexion est commun à ces deux réformes, à savoir : « *la reconnaissance des caractères originaux du droit social, la détermination de la juridiction appelée à vider son contentieux* »³⁶. Le droit du travail, essentiellement privé et contractuel, était en effet considéré comme complémentaire et lié au droit de la sécurité sociale, plutôt imposé unilatéralement par l'Etat et administré par des organismes de droit public. C'est ce qui faisait « l'originalité » du droit social. Or, selon les promoteurs de la réforme judiciaire, la séparation de ces deux branches, éparpillées entre des juridictions nombreuses et disparates, « *ne pourrait satisfaire ni les justiciables ni la raison* ». Pour ne pas heurter les traditions constitutionnelles et judiciaires, dans la mesure où ces deux matières devaient rester liées, c'est le contrat qui l'a emporté : seul le juge judiciaire pouvait en connaître.

Le législateur a donc décidé de créer de nouvelles juridictions du travail au sein de l'Ordre judiciaire. Une seconde fois, après le domaine fiscal, le Conseil d'Etat belge est ainsi privé de compétence dans des matières administratives. En outre, la réforme générale des juridictions administratives est abandonnée, celle des juridictions sociales ayant apparemment suffi pour redonner bonne conscience à ses initiateurs.

La naissance du fédéralisme belge et du contentieux constitutionnel.

Dernière évolution significative de la période, c'est la transformation de l'Etat belge unitaire en un Etat fédéral. Cette étape fondamentale de l'évolution de la Belgique est en effet accompagnée par un nouveau mode juridictionnel de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés.

Jusqu'alors, la Belgique demeurait en effet un des derniers bastions du dogme de l'infaillibilité du Parlement. La loi n'était soumise à aucun contrôle de constitutionnalité, si ce n'est celui, indirect et très partiel, de la Cour européenne des droits de l'homme. Le processus de fédéralisation de la Belgique érige les normes législatives des entités fédérées au même rang que les lois adoptées par l'Etat fédéral. Il n'y a aucune hiérarchie entre elles mais il existe, par conséquent, un risque de conflit. Pour éviter la création d'une juridiction spécialement chargée de ce contentieux, un système particulier de règlement des conflits de compétence est instauré au sein du Conseil d'Etat en 1971.

³⁴ Voy. notamment G. SPITAEELS, P. VAN DER VORST, « Achille Van Acker, père de la sécurité sociale ? », dans *Cent ans de droit social belge*, dir. P. VAN DER VORST, Bruxelles, Bruylant, 1986, pp. 119-146.

³⁵ I. Sirjacobs, H. Vanden Bosch, *op.cit.* (v. note 6), vol. 2, pp. 643-832.

³⁶ CH. VAN REEPINGHEN, *Rapport sur la réforme judiciaire*, Bruxelles, Moniteur belge, 1964, p. 92.

Pour le même motif sans doute, à savoir éviter la création d'une juridiction chargée du contentieux constitutionnel, mais parce qu'elle veut s'approprier ce rôle – on est fort loin de la si préjudiciable pusillanimité de l'Ordre judiciaire à la fin du 19^e siècle –, la Cour de cassation va rendre deux décisions par lesquelles elle inaugure un contrôle de la loi. La première, l'arrêt *Le Ski* du 27 mai 1971, contrôle la loi à la lumière du droit international, tandis que la seconde, l'arrêt *Lecomte* du 3 mai 1974, soumet directement la loi au contrôle de constitutionnalité. Voilà à nouveau deux justiciables qui ont bénéficié, de manière surprenante, de revirements jurisprudentiels particulièrement engagés.

L'approfondissement du fédéralisme va cependant inévitablement conduire à la création d'une Cour constitutionnelle, appelée dans un premier temps Cour d'arbitrage³⁷. Il est probable également que le législateur fédéral entendait priver le pouvoir judiciaire d'un tel pouvoir de contrôle de la loi, pour le confier à une juridiction spécialisée, plus proche du pouvoir législatif. La Cour d'arbitrage ainsi créée est effectivement composée, pour moitié de ses membres, d'anciens parlementaires. Pour le surplus, son contrôle de constitutionnalité des lois, décrets et ordonnances – qualification des normes législatives des entités fédérées – est particulièrement minimaliste : la Cour n'a compétence, lors de sa création en 1980, que pour annuler les normes violant les règles répartitrices de compétence. Ce n'est que huit ans plus tard, en 1988, que s'y ajoutent les seuls principes constitutionnels d'égalité, de non discrimination et de liberté de l'enseignement, avec pour corollaire un recours ouvert au citoyen. A l'exception de l'arrêt *Lecomte*, qui est resté unique, les gouvernés disposent, pour la première fois, d'un recours en annulation de la loi, qui va connaître un essor considérable.

IV. L'ERE DE LA MONDIALISATION : DE 1990 A NOS JOURS.

Bien que les recours juridictionnels ouverts aux gouvernés semblaient enfin arrivés à maturité, les vingt dernières années ont encore été riches en transformations, pour la plupart liées aux évolutions préalables de la société belge confrontée à l'avènement de la mondialisation et simultanément au renforcement de la place de l'individu.

La remise en question du Conseil d'Etat.

Le Conseil d'Etat passe de 28.000 arrêts rendus en quarante ans à plus de 175.000 arrêts en janvier 2008, moins de 20 ans plus tard. Certes, le citoyen a bien plus qu'hier la conscience de ses possibilités de recours contre l'Administration. A l'heure de massifs flux migratoires mondiaux et des pénétrations clandestines dans ce qui est parfois appelé les Etats-forteresses occidentaux, ainsi que de l'utilisation sans réserve, aux mêmes fins, de la Convention de Genève relative au statut des réfugiés, c'est le contentieux des droits des étrangers qui envahit, voire paralyse le Conseil d'Etat. Près de 70% de ces 150.000 nouveaux arrêts le concernent. Vu l'arriéré ainsi créé, déjà condamné plusieurs fois par la Cour européenne des droits de l'homme pour dépassement du délai raisonnable, le contentieux des étrangers est retiré au Conseil d'Etat et confié à une nouvelle juridiction administrative spécialisée : le Conseil du contentieux des étrangers.

Autre domaine, même conséquence : la mondialisation des échanges économiques et la montée en puissance de l'Union européenne libérale réduisent progressivement le rôle des Etats dans l'économie à un rôle de régulation, particulièrement là où l'Etat exerçait auparavant un rôle de gestion de services publics, dans les télécommunications, les transports, l'énergie, la radiodiffusion. Les gouvernés, qui deviennent les « régulés », lorsqu'ils veulent exercer un recours contre les décisions de l'Etat régulateur, n'est pas non plus dirigé vers le Conseil d'Etat. De 1990 à 2006, un important contentieux lui est soustrait en cette matière, au profit de la Cour d'appel de Bruxelles. Enième retour du contentieux administratif au pouvoir judiciaire.

³⁷ H. DUMONT, « Le contrôle de la constitutionnalité des lois et des décrets en Belgique : fonction juridictionnelle ou politique ? », dans *Fonction de juger et pouvoir judiciaire*, dir. PH. GERARD, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1983, pp. 71-174.

Le troisième contentieux croissant, pas seulement entre gouvernants et gouvernés d'ailleurs, est celui qui est lié à la prise de conscience mondiale de l'empreinte de l'homme sur sa planète et à l'adoption consécutive de règles de plus en plus contraignantes, à savoir les nombreux litiges en matière d'urbanisme et d'environnement.

De manière plus générale, la difficulté d'accès à un Conseil d'Etat embouteillé, voire trop cloîtré dans le droit administratif, amène même la doctrine récente à prôner ouvertement la disparition de celui-ci : « Pourquoi maintenir deux ordres de juridictions, dont l'un est spécialement destiné à être celui de l'administration, si celle-ci, dans ses modes d'action, ne se distingue plus beaucoup d'acteurs privés relevant des cours et tribunaux de l'Ordre judiciaire. Les motifs de la création d'un Conseil d'Etat sont-ils toujours d'actualité ? (...) La tentation est donc grande de rapatrier tout le contentieux administratif dans le giron du judiciaire, d'y créer des chambres spécialisées, supprimant ainsi les conflits d'attribution oiseux, les querelles byzantines, préférant privilégier les solutions de fond que les éventuelles erreurs d'aiguillage de procédure »³⁸.

La croissance de tous les autres contentieux entre gouvernés et gouvernants.

L'Ordre judiciaire, pour sa part, et malgré la création de la Cour constitutionnelle, parvient encore à étendre son contrôle sur les gouvernants. Par son arrêt *Anca* du 19 décembre 1991, la Cour de cassation admet en effet la responsabilité de l'Etat dans sa fonction judiciaire, et plus seulement administrative. Et par deux arrêts rendus en 2006, c'est enfin la responsabilité de l'Etat pour une faute commise dans l'exercice de sa compétence législative qui est reconnue par la Cour de cassation³⁹.

La Cour d'arbitrage, devenue Cour constitutionnelle en 2007, voit étendre ses compétences à l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Constitution belge en 2003. A l'instar du Conseil d'Etat, elle connaît d'un nombre croissant de recours : si seulement 30 arrêts sont rendus en 1986, environ 200 arrêts sont rendus chaque année depuis 2002. De même, sur le plan international, la place de la Cour européenne des droits de l'homme est de plus en plus grande et l'inflation de sa jurisprudence est également impressionnante : plus de 41.000 recours ont été introduits en 2007, et pas moins de 1.735 arrêts ont été rendus (outre 28.792 décisions sur la recevabilité). En 1998 est créée en outre la Cour pénale internationale, première juridiction internationale à peu près accessible aux gouvernés, lorsqu'ils ont été victimes de crimes contre l'humanité, moyennant l'intermédiaire d'un Etat reconnaissant la juridiction de cette Cour.

Les juridictions administratives connaissent également une nouvelle inflation. Certes, la suppression du service militaire obligatoire par la loi du 31 décembre 1992 a permis de supprimer les diverses juridictions de milice encore existantes⁴⁰. Mais la création des entités fédérées entraîne également la création d'un nombre croissant de nouvelles juridictions administratives dès la fin des années 80⁴¹. Le contentieux des bourses d'études ou des hôpitaux en constitue un bon exemple⁴².

CONCLUSIONS

Ce très rapide survol des modes juridictionnels de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés dans la Belgique d'hier et d'aujourd'hui permet, à notre estime, de formuler quatre caractéristiques de cette évolution.

³⁸ B. LOMBAERT, F. TULKENS, A. VAN DER HAEGEN, « Cohérence et incohérences de la théorie de l'objet véritable et direct du recours », dans *La protection juridictionnelle des citoyens face à l'administration*, dir. H. DUMONT, P. JADOUL ET S. VAN DROOGHENBROECK, Bruxelles, la Charte, 2007, p. 65.

³⁹ S. VAN DROOGHENBROECK, « Arrière judiciaire et responsabilité de l'Etat-législateur : dissiper les malentendus et les faux espoirs », note sous Cass. 28 septembre 2006, *Revue critique de jurisprudence belge*, 2007, pp. 367-421.

⁴⁰ I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), p. 374.

⁴¹ Voy. X. DELGRANGE, N. LAGASSE, « La création de juridictions administratives par les communautés et les régions », dans *La protection juridictionnelle...*, *op.cit.* (v. note 38), pp. 487-524.

⁴² I. SIRJACOBS, H. VANDEN BOSCH, *op.cit.* (v. note 6), pp. 863 et s. et pp. 897 et s.

La première, à connotation plutôt négative, est la *complexité* de ces modes de résolution des conflits. Les conditions d'accès, voire l'existence des juridictions citées, sont méconnues, difficiles à comprendre voire rébarbatives, tant pour le citoyen que pour le praticien du droit. Surtout, il n'a jamais été simple d'obtenir le bon juge pour contester l'action des gouvernants, si même ce juge existait. Et cette difficulté persiste jusqu'à ce jour. Enfin, ces défauts sont encore exacerbés par la concurrence manifeste qui s'est exercée, et demeure parfois encore, entre les différents ordres juridictionnels, en particulier entre l'Ordre judiciaire et les autres, qu'ils soient administratif, constitutionnel voire international.

De manière plus positive, une progressive *uniformisation* de ces modes de résolution des conflits doit également être constatée. La lente évolution entre quelques juridictions administratives éparses, voire presque autonomes, et un système plus ordonné sous la hiérarchie du Conseil d'Etat (pour le contentieux de la légalité) et de la Cour de cassation (pour le contentieux de l'indemnité) est remarquable, d'autant qu'il est lui-même soutenu par, voire soumis à la Cour constitutionnelle, et influencé par le droit européen et le droit international qui constituent également des sources croissantes de convergence du droit. Enfin, le remarquable « retour au judiciaire » du contentieux administratif, dès le dix-neuvième siècle avec le contentieux fiscal, prolongé au vingtième siècle avec le contentieux de la sécurité sociale, puis au début du vingt et unième siècle avec le contentieux de la régulation économique, consacre également cette uniformisation.

La *spécialisation* des juridictions concernées constitue aussi une caractéristique de leur évolution : le nombre de juridictions administratives créées depuis l'indépendance de la Belgique en constitue le meilleur exemple. Cette spécialisation résulte également de l'inflation législative caractéristique de l'après-guerre et de la multiplication des champs d'intervention des pouvoirs publics : il n'est plus possible pour un juge de maîtriser toute l'étendue du droit. Sa spécialisation bénéficie donc, dans une certaine mesure, au citoyen.

Malgré toutes ses imperfections, l'évolution des modes juridictionnels de résolution des conflits entre gouvernés et gouvernants a enfin, et par conséquent, incontestablement renforcé la *protection* des citoyens belges. Si l'on excepte l'automutilation presque immédiate du pouvoir judiciaire après l'indépendance, l'écoulement du temps n'a fait qu'accroître, même parfois démesurément, les possibilités pour les gouvernés de recourir à la justice : les juridictions administratives, le Conseil d'Etat, la Cour constitutionnelle, la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour pénale internationale, les compétences de l'Ordre judiciaire en matière fiscale, de sécurité sociale, de contentieux administratif économique, de responsabilité de l'Etat dans ses fonctions exécutives, puis judiciaires et législatives, sont autant d'étapes qui ont accordé aux citoyens des protections significatives contre l'arbitraire étatique. Ces étapes plus institutionnelles sont d'ailleurs pour la plupart concomitantes avec l'évolution du contenu du droit : l'émergence des droits de l'homme et du droit humanitaire, ou des principes de bonne administration et de bonne législation ont également fortement contribué au renforcement de la protection des gouvernés.

L'histoire des juridictions chargées, en Belgique, de la protection des gouvernés à l'égard des gouvernants témoigne enfin, de manière plus générale, de l'importance croissante des individus par rapport à l'Etat, mais également du contrôle considérablement renforcé des pouvoirs publics, fondé sur des valeurs modernes de transparence et de responsabilité.

LEGITIMITE JUDICIAIRE ET DEMOCRATIE : LA FONCTION JUDICIAIRE AURA-T-ELLE
L'APTITUDE D'INTEGRER EN SA CITADELLE, LES MODES ALTERNATIFS DE REGLEMENTS
DES CONFLITS ? COMMENT ?

ERIC BATTISTONI

Juge au tribunal du travail de Verviers
eric.battistoni@belgacom.be

INTRODUCTION :

Pour un juriste, le plaisir d'une journée partagée avec des historiens du droit, est certainement plus grand que ces derniers ne peuvent l'imaginer, et cela pour deux raisons :

- grâce à l'histoire, les historiens du droit disposent d'une grille de lecture qui leur révèle le filigrane des phénomènes humains, au-delà des normes circonstancielles. C'est là une grande culture qui ne reçoit pas vraiment la reconnaissance des purs juristes, devenus les « spécialistes » de la norme, de toute la norme mais rien que de la norme ! Cette ouverture des historiens du droit a déjà permis que les présentes réflexions soient recevables lors d'un colloque, même si leur objectif ne vise pas un travail scientifique mais tente seulement de réorienter quelques "idées-métaphores" puisées au sein d'écrits glanés à gauche et à droite, comme un fil rouge dans un grand patchwork. Toujours en grec actuel, *METAPHORE* signifie "déménagement" (comme on le lit sur certains camions grecs) ... et c'est bien à un délogement transdisciplinaire que vous êtes conviés par la présente lecture. L'ambition est donc peu canonique puisqu'elle renie volontairement les contenus et les méthodes propres aux « cadres disciplinaires » de la science juridique : merci pour l'indulgence.

- malgré le droit, les historiens du droit connaissent la relativité des choses. Ils sont donc mieux à l'abri de l'arrogance banale des métiers de pouvoir, telles les professions du droit et de la justice. Grâce à la lorgnette historique impitoyable, la vanité (ou la vacuité) des préjugés issus d'un rationalisme triomphant n'est plus occultée. Par exemple, lorsque les juristes intoxiquent le bon usage du droit, sous une démesure d'autorité ou de positivisme juridique. Les signes symptomatiques de la pathologie sont discrets mais ravageurs : ces excès de réglementation ou de « justice réglementaire » ne manquent pas d'anémier le lien social, parfois aveuglement.

Le malaise dans le monde du droit et de la justice apparaît être un mal-être de la légitimité¹ et de l'éthique². Sans doute, le mal ne touche qu'une petite partie des conflits traités par l'institution judiciaire et celle-ci conserve encore une large confiance populaire, malgré tout. Si le mal n'est certainement pas généralisé, encore faut-il y réfléchir, avant que certains effets (la perte de légitimité et la détresse éthique) ne deviennent la « mérule » de l'édifice institutionnel lui-même, ou à tout le moins, de son image.

Les quelques réflexions qui suivent, se veulent imaginatives : comment pourrait-on redessiner les chemins du juridique et les voies judiciaires, malgré les traditions qui sont devenues des goulets d'étranglement, qui menacent notre mobilité intellectuelle ou qui réduisent la légitimité de l'institution étatique dans la foulée de celle de ses gouvernants.

¹ J. HABERMAS, « Raison et légitimité. Problème de légitimation dans le capitalisme avancé », Payot, Paris, 1978, p. 52.

² Y. BOISVERT, « Éthique et politique : un nouvel enjeu pour la gouvernance contemporaine », dans *Revue Télescope*, ENAP Montréal, novembre 2002, p. 2.

Afin de faciliter la réflexion et la remise en question, nous verrons que, sans plus attendre, il est devenu nécessaire de tracer de nouveaux chemins : tout d'abord, en tirant les enseignements de l'histoire (1), puis en traçant les perspectives (2) auxquelles nous convient ces leçons historiques.

Ensuite, nous nous inquiéterons des changements d'optique : nos cartographies mentales devraient se modifier pour nous guider vers ces nouvelles aventures pour les praticiens du droit et de la justice (3). Comment ?

En dernier lieu, nous envisagerons une méthodologie pragmatique de travail qui pourrait ouvrir aux métiers du droit et de la justice, de nouveaux horizons de travail (4).

1. LES LEÇONS DE L'HISTOIRE : UNE NAISSANCE ANNONCÉE.

1) En 1971, au cours d'une conférence donnée à Liège pour la Banque de Paris et des Pays-Bas, Jacques-Henri PIRENNE, le petit-fils d'Henri PIRENNE et lui-même historien, posait la question : « Ne pourrait-on mesurer le temps que prennent les transformations des sociétés humaines pour passer d'un stade à l'autre ? »

*« C'est une question que je me suis posée plusieurs fois au cours de la rédaction du Panorama³. Il m'a fallu pour tenter cette expérience, dépeigner l'histoire de tout ce qu'elle présente de caractères accidentels et de détails dans le cheminement de l'évolution économique et sociale des peuples. L'histoire politique cache trop souvent le sens de l'évolution sociale qui lui sert de cadre. Encore fallait-il établir la gradation des formes sociales, économiques et politiques à prendre en considération (étapes de l'évolution de la vie des peuples) en ordonnée d'un tableau millimétré sur lequel apparaîtrait tout naturellement en abscisse, la suite des siècles depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours ...
Je me suis inspiré de l'évolution pratiquement ininterrompue et cependant plusieurs fois renouvelée de la société humaine depuis l'ancien empire égyptien jusqu'à nos jours ».*

« Le présent travail est basé sur la constatation que les sociétés humaines de type occidental passent par une évolution progressive depuis la société féodo-seigneuriale (dans laquelle la terre détermine la place de l'homme dans une société de dépendances personnelles en cascades), à une société dans laquelle l'extrême mobilité des biens et des fonctions émancipe l'homme et ouvre la voie son épanouissement, avant de retourner (à cause d'un accroissement excessif des charges financières des pouvoirs publics) vers une société de contraintes fiscales qui ramènent l'homme dans les structures figées d'où naît une organisation féodo-seigneuriale qui provoque l'éclatement de l'administration publique et du pouvoir centralisé, et qui ramène de ce fait la société à la base du cycle parcouru. »

... « Conclusions : si nous examinons les prévisions actuelles d'évolution à long terme du monde occidental, nous constatons qu'en l'an 2000, notre civilisation se trouvera pratiquement au stade de départ du processus de déclin : armées de métier, expansion pléthorique des charges de l'État, avec les premiers indices annonciateurs des privilèges administratifs (dans une certaine mesure déjà, des privilèges fiscaux)..., de l'accroissement des contraintes fiscales sur les contribuables, de la concentration de la propriété (fusion des entreprises, accaparement capitalistique des terres, renaissance des baux emphytéotiques), atteintes administratives croissantes à la mobilité des professions... »

2) Selon le professeur PIRENNE, l'histoire se montre « éternelle école » lorsqu'elle nous enseigne ce mouvement de balancier dont l'amplitude marque le temps d'une société très autoritaire, puis le temps d'une société de très grandes libertés individuelles.

En 1971, Jacques-Henri PIRENNE situait notre société (d'économie libérale/démocratie à l'occidentale) sur la route vers un autoritarisme croissant ; il estimait alors que son déclin pourrait débiter puis s'accélérer pendant deux ou trois siècles, à compter de l'an 2000.

³ J.-H. PIRENNE, « Panorama de l'histoire universelle du XVIe au XXe siècle », Marabout Université, n° 244, p. 220.

3) Toutefois, Jacques-Henri PIRENNE observait la présence de ferments dynamiques qui étaient susceptibles de contrebalancer l'ascendance de l'autoritarisme de l'État : une accélération de la masse et de la vitesse des échanges de biens, une énorme croissance de la population terrestre avec tous les problèmes à naître des mouvements démographiques, un progrès accéléré de la connaissance, un progrès accéléré des technologies, une adaptation permanente des normes et une créativité juridique corrélative. Tous ces facteurs lui apparaissaient susceptibles de rompre le mouvement linéaire de retour du balancier. Ils intègrent à la fois les facteurs autoritaires avec des facteurs d'individualisme.

Trente-sept ans plus tard, si l'on observe les critères de décryptage suggérés par le professeur PIRENNE, il est surprenant de constater combien tous ces signaux annonciateurs se concrétisent.

En effet, nous vivons une évolution ambiguë et paradoxale dans les démocraties occidentales en 2008, tandis que se combinent à la fois une civilisation de plus en plus autoritaire malgré certains aspects déclinants, et une civilisation individualiste dite des « droits de l'homme ».

Les facultés universitaires Saint-Louis en ont eu la conscience précoce car ses professeurs furent parmi les premiers à soumettre cet avènement à la réflexion de tous, via plusieurs colloques, conférences et publications⁴.

Les constats posés en 1971 par Jacques-Henri PIRENNE annonçaient un avènement encore inédit dans le passé : celui d'une coexistence entre des modes de régulation autoritaires et consensuels. Or cette prédiction semble bien se concrétiser aujourd'hui, sous la forme une justice alternative qui mêle l'eau et le feu : le « *cratos - κρατος* » (pouvoir autoritaire et priorité au collectif) avec le « *demos - δημοσ* » (identification individuelle et reconnaissance protectrice).

Cette tension entre l'autoritaire/collectif et l'individuel constituera la dynamique de cette présente étude, comme un refrain revenant sans cesse en tête.

4) Sous diverses formes, nous gouvernants ont adopté des « *réglementations douces* ».

Celles-ci sont souvent qualifiées de « *soft law* ». Au Québec, certaines « normes douces » sont appelées « dispositifs néo-réglementaires ».

Cette *soft law* intègre dans nos édifices juridiques une régulation dépourvue de normes et de réglementation. Par exemple, la *soft law* instaure des « dispositifs de régulation administrative négociée », une « méthode ouverte de coordination », ou encore des « dispositifs d'accompagnement socio-judiciaire pour les personnes déviantes ou fragiles ».

De plus, cette *soft law* a aussi institué une justice douce, au flanc de la justice traditionnelle :

● Ainsi, grâce à la loi belge du 21 février 2005 (*Moniteur belge du 22 mars 2005 -Ed.2- page 12 772*) intégrant la médiation dans le code judiciaire, une option est d'instaurée en faveur des gouvernés, entre deux modèles de résolution des conflits.

Désormais, ceux-ci pourront explicitement choisir entre une justice en vêtements solennels qui tranchera autoritairement, et une justice consensuelle en habits tout simples de médiation.

● La même faculté de médiation fut insérée dans le N.C.P.C. français par le Décret n° 6-652 du 22 juillet 1996 (*Journal Officiel du 23 juillet 1996*), et la faculté de conciliation par le Décret n° 82-716 du 10 août 1982 (*Journal Officiel du 17 août 1982*), par le Décret n° 96-652 du 22 juillet 1996 (*Journal Officiel du 23 juillet 1996*) et par le Décret n° 2003-542 du 23 juin 2003 (*Journal Officiel du 25 juin 2003*).

⁴ V. notamment : P. GERARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Fonction de juger et pouvoir judiciaire : Transformations et déplacements*, Bruxelles, F.U.S.L., 1983 ; F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002 ; P. GÉRARD, F. OST et M. van de KERCHOVE (dir.), *Droit imposé, Droit négocié*, Bruxelles, F.U.S.L., 1996.

La présente étude se focalise sur la coexistence de deux mécanismes distincts de résolution des conflits, qui sont proposés aux justiciables en Belgique, mais aussi aux justiciables français, ou plus largement, de toutes les démocraties contemporaines :

- Comment les métiers du droit et de la justice perçoivent-ils cette option ouverte entre une justice autoritaire et une justice alternative (identifiée sous l'acronyme « M.A.R.C. », c'est-à-dire les « Modes Alternatifs de Règlement des Conflits ») ?

- La justice consensuelle a-t-elle des chances de pouvoir se faire une petite place au sein de l'institution et du monde judiciaires ?

- Comment les praticiens du droit et de la justice se préparent-ils en vue de rendre ces nouveaux services ?

2. BON VENT POUR LES M.A.R.C. MAIS QUELQUES TURBULENCES SONT IMPREVISIBLES.

a) Les facteurs historiques et leur déterminisme sur la justice douce.

Parmi les différents processus auxquels les êtres humains ont recouru pour rendre la justice, le plus primaire est celui de la décision souveraine prise selon le bon sens du chef de clan ou du chef de tribu : c'est la justice du « *cadi* »⁵.

Cette forme primitive de justice est adaptée à des sociétés humaines peu sophistiquées : le bon sens du chef-juge suffit pour trancher le différend, et l'intérêt poursuivi est exclusivement la pacification du groupe social.

Toutefois, ce procédé primitif de justice ne prend pas en considération les droits des individus. Or, l'évolution des sociétés passe par une meilleure reconnaissance des droits individuels subjectifs. C'est pourquoi la justice se trouve contrainte d'appliquer les droits de chaque individu du groupe d'une manière égale : le passage est obligé *via* la justice distributive.

Dans cette nouvelle manière de se représenter la justice, le seul bon sens ou la seule équité n'ont plus aucun rôle. La mécanique juridique devient objective et, grâce à un engrenage de spécialisation et de technicité du droit, les émotions ou les sentiments sont exclus hors du processus juridictionnel. Le rationalisme cartésien a trouvé là un terrain particulièrement fécond. À travers le positivisme juridique, un rationalisme triomphe et systématise une logique de la raison pure, déprise de toute émotion.

Or cette systématisation de la mécanique juridique a probablement atteint un paroxysme : l'hyperspécialisation et l'hyper-technicité du droit (imposées par ses praticiens) aboutissent à des solutions très éloignées de la représentation que les citoyens se font de la Justice.

Ce décalage pourrait suggérer deux raisons dans le succès actuel de la conciliation/médiation :

- C'est la preuve d'une méfiance envers les gouvernants dont la parole ne serait plus comprise car elle serait devenue trop technique.

Corrélativement, la parole autoritaire est décrédibilisée car toutes ses faiblesses sont immédiatement identifiées et critiquées par le balancier historique dont le mouvement individualiste est simultané.

- C'est la preuve d'un besoin d'équité. Même si la justice a déjà tenté d'y répondre en consacrant les grands principes non écrits du droit et les règles formelles du « *procès équitable* », cette réponse n'a pas tari le besoin des gouvernés. Leur attente subsiste.

Cette attente se traduit dans les expressions : « *justice douce* » ou « *justice alternative* ».

Historiquement, cette vague se dessine depuis 1960 aux Etats-Unis puis au Canada et elle a rejoint l'Europe vers 1980.

Actuellement, et ce simultanément dans la plupart des démocraties européennes, sinon mondiales, la réponse politique à cette attente se traduit par de nouvelles législations instaurant ou favorisant la médiation et la conciliation (judiciaires ou extrajudiciaires).

⁵ M. WEBER, *On law in Economy and society*, Cambridge, Harvard University Press, 1969, p. 213.

Cette réponse à chaud n'est pas sans risque : il n'est pas certain que furent adéquatement⁶ anticipées la réception et les conséquences de ces nouveaux mécanismes de résolution des conflits dans une société moderne ambivalente (autoritarisme et individualisme enchevêtrés). Comment maintenir la figure d'autorité du juge lorsqu'elle est nécessaire, même dans une justice alternative, pour garantir la légitimité des accords négociés qui seront les substituts des jugements ? Comment, simultanément, répondre à la préoccupation individuelle et au besoin d'une équité et d'une souplesse, que ni la loi ni la procédure ordinaire ne prévoient.

D'une part, notre société contemporaine est imprégnée de droit, de règles et notre justice est déjà totalement « juridicisée » !

Or elle doit continuer à garantir une justice distributive ... La conciliation/médiation risquerait donc de devenir une justice inadaptée à notre société actuelle, si elle ne fournissait pas cette garantie.

En conséquence, le juge-conciliateur et le médiateur ne seront eux-mêmes crédibles que s'ils ont veillé à un respect minimal de l'équité dans le cadre de cette justice consensuelle.

En d'autres mots, les accords issus de la négociation ne seront acceptables qu'à condition de garantir un respect minimal de l'éthique et de la légitimité.

La perspective pour les M.A.R.C. est historiquement favorable ; toutefois, sa faveur populaire est à double tranchant : une justice alternative sans aucune garantie d'équité ni de « distributivité » entraînerait la déchéance des M.A.R.C.

D'autre part, notre société contemporaine s'est orientée vers un individualisme forcené. Pour ce second motif, il est encore plus nécessaire que la JUSTICE ALTERNATIVE soit aussi une ALTERNATIVE A LA JUSTICE.

En effet, le risque n'est pas mince que les rapports de force entre les parties négociant à l'occasion des M.A.R.C. ne deviennent préjudiciables à l'une d'elle, plus fragile lors du bras de fer des négociations.

Un travail préalable à tout accord de conciliation ou de médiation, paraît ici indispensable : vérifier que les « justiciables alternatifs » avaient une conscience et une compréhension suffisante de leurs droits subjectifs (au besoin, il faut les informer ou les obliger à le faire), et garantir qu'ils ont donc négocié en parfaite connaissance de cause (en sachant à quoi ils avaient renoncé).

Nous disposons de très peu de références jurisprudentielles corroborant cette conception d'une mission de conciliation/médiation. La Cour de cassation française s'est cependant prononcée d'une manière très claire sur l'exigence (inaliénable) d'une bonne connaissance des droits subjectifs personnels, préalablement à toute renonciation consentie dans le cadre d'une procédure de justice alternative⁷.

⁶ S. PARMENTIER, *Alternative dispute resolution – ADR*, Bruxelles, F.R.B., p. 3, http://www.kbs-frb.be/uploadedFiles/KBS-FRB/Files/FR/PUB_1009_BRS_Modes_alternatifs_resolution_conflits.pdf.

⁷ C. cas. 28 mars 2000, *Dalloz*, 29 juin 2000, n° 25, p.537

b) Les facteurs sociologiques et leur déterminisme sur la justice douce.

La manière dont les individus tissent leurs réseaux relationnels et dont ils s'y insèrent, s'est considérablement modifiée.

Jusqu'il y a peu, la socialisation se manifestait par l'intégration individuelle dans une ou plusieurs institutions ; le sentiment d'appartenance cimentait les réseaux.

Aujourd'hui, la socialisation correspond de plus en plus à un agrégat de trajectoires individuelles qui interagissent selon les intérêts ou selon les besoins.

Pareille évolution n'est pas sans conséquences :

- La personne humaine est fragilisée par l'inflation exponentielle et la mutation permanente des règles.

Plus personne ne s'y retrouve, et surtout, ne parvient à s'adapter à cette situation.

Le procès judiciaire est devenu une incertitude insupportable. L'unique certitude est sans doute que les deux parties seront insatisfaites soit du résultat, soit du délai et du coût de leur procès judiciaire.

- La plupart des repères de socialisation individuelle sont perdus.

La famille, l'école, l'entreprise et l'Etat constituaient les réseaux d'insertion de chaque individu, dans lesquels celui-ci « trouvait ses marques » (et donc son équilibre) et qu'il respectait.

Or le divorce a disloqué la famille.

Or l'école est dépassée par la masse des savoirs, ainsi que par la massification et la pluri-culturalité des enseignés.

Or encore l'entreprise a cessé de garantir le salaire (crise de l'emploi) ou le respect des personnes (à cause notamment de contrats précaires, des prépensions, des délocalisations).

Or enfin l'Etat a perdu une partie de sa crédibilité, à cause de ses propres excès/impotence législatifs ou à cause des carences/malversations de ses dirigeants.

- La personne humaine se retrouve en plus déstabilisée par la déformalisation des savoirs et des institutions.

La justice n'a pas échappé aux coups de boutoir de cette évolution sociologique :

le conflit est devenu omniprésent. Paradoxalement, il est même devenu une occasion de socialisation car les parties y trouvent l'opportunité de se raconter.

Le procès judiciaire actuel n'est pas conçu pour cela, à la différence de la conciliation ou de la médiation :

- par leur capacité technocratique, les juges et les avocats avaient dépossédé les parties de leur conflit, et ces dernières profitent de la conciliation/médiation pour se réapproprier ce qui leur avait été confisqué sans raison ;

- la règle exprimée par le juge est supposée a priori inadaptée, puisqu'il représente une institution en laquelle on n'a plus tout à fait confiance.

Le danger de pareille évolution sociologique, serait qu'un juge-conciliateur ou qu'un médiateur veuille se transformer en thérapeute, sans en avoir l'aptitude.

La mission de justice peut certes s'adoucir.

Elle ne doit cependant ni s'amalgamer avec d'autres offices, ni se galvauder !

c) Les facteurs politiques et leur déterminisme sur la justice douce.

Jusqu'à une date récente, le défi de l'accès au droit et à la justice consistait à faciliter au plus grand nombre la possibilité d'obtenir une décision de justice.

L'objectif politique de l'époque se traduisait uniquement dans une action de type « paternaliste » : consacrer une fraction du budget de l'État, pour que la population dépourvue des moyens de mener une action judiciaire, puisse obtenir l'intervention des intermédiaires obligés que constituaient les avocats.

Des facteurs nouveaux sont venus modifier les objectifs politiques :

Tout d'abord, *la demande de droit et de justice a évolué.*

Auparavant, cette demande postulait exclusivement une décision de justice. Aujourd'hui, l'inflation des textes réglementaires et l'inflation des procès ont modifié la donne : alors qu'auparavant, on allait en justice pour vaincre un adversaire, maintenant, les droits sont devenus moins certains et on va en justice pour que « son problème soit résolu » !

Le besoin de justice s'est déplacé : le problème se substitue au conflit.

Ensuite, *l'offre de droit et de justice a évolué*, elle aussi.

Auparavant, le monopole professionnel était réservé exclusivement aux juges et aux avocats.

Aujourd'hui, les nouveaux métiers de justice (conseillers conjugaux, médiateurs, associations fournissant des conseils et une défense juridiques, ...) se multiplient et portent atteinte au monopole professionnel des « gens de justice ».

Ces nouveaux métiers du droit et de la justice ne manquent pas de stigmatiser les disqualifications reprochées au monde judiciaire traditionnel (retards inadmissibles mais habituels à statuer / iniquité d'une application purement technique du droit / perte de l'aura d'infailibilité).

Enfin, la prééminence récente des droits de l'homme implique des exigences citoyennes nouvelles : l'accès au droit et l'accès à la justice deviennent enjeux du projet démocratique tout entier.

Cette triple évolution a remodelé la réponse politique aux besoins des citoyens.

Le projet politique reconnaît maintenant deux nouveaux droits subjectifs :

- le citoyen a droit à son information juridique
- le citoyen a droit au règlement de ses problèmes.

Pour répondre à ces besoins politiques nouveaux, la médiation a semblé une voie parfaitement indiquée au législateur. Celui-ci a ouvert immédiatement le chemin.

La voie fut-elle bien balisée réglementairement ? Est-elle carrossable sans risques ?

D'une première part, on peut se demander si les cadres institutionnels ou les mentalités y furent préparés ?

Anticipant ce premier risque, la loi sur l'aide juridique (en faveur des personnes sans revenus suffisants) fut revue ; le dispositif d'accès au droit et à la justice (y compris à l'accès à la « justice alternative ») fut modernisé au moyen d'une intervention financière en cas de médiation. Ce stimulant sera-t-il suffisant pour garantir l'accès équitable à des M.A.R.C. pour tous les citoyens ?

D'une seconde part, des médiateurs trop timorés ou trop peu compétents ne risquent-ils pas de décevoir des citoyens dont l'attente est très grande ?

En réponse à ce second risque, on peut noter que la loi instaure des exigences de probité, d'indépendance et de compétence pour les médiateurs dont elle exige l'agrégation après une formation sur toutes ces aptitudes et qualités.

De plus, les accords façonnés avec leur aide seront soumis à l'homologation judiciaire, s'ils veulent obtenir un titre exécutoire.

Ces exigences qui ne peuvent être normées dans le détail, seront-elles respectées ?

D'une troisième part, les professionnels du droit ne craindront-ils pas que leur source traditionnelle de revenus puisse se tarir partiellement ?

Ne seront-ils pas tentés d'accaparer la médiation comme un marché nouveau ?

Or, si la médiation devient aussi onéreuse que le procès traditionnel, elle aura perdu la plupart de ses attraits, à l'instar de ce que trop souvent on entend dire à propos de l'arbitrage.

3. VERS DE NOUVELLES AVENTURES POUR LES PRATICIENS DU DROIT ET DE LA JUSTICE.

a) La substance d'un conflit : des relations humaines problématiques.

Tout conflit est l'expression d'une tension relationnelle qui perturbe les rapports humains. En d'autres mots, une relation humaine devient toujours problématique lorsqu'elle est gangrenée par un sentiment d'injustice. Nous puissions ici notre postulat de départ.

Ce modèle conceptuel, parmi d'autres, nous apparaît une voie pragmatique de travail.

Dès lors, nous entendrons par les mots « substance exacte d'un conflit », *tous les aspects du conflit dont doivent se rendre compte les protagonistes pour pouvoir ensuite régler leurs difficultés d'une manière conforme à leurs sentiments réciproques de justice.*

Dans cette conception, le rôle des praticiens du droit et de la justice consiste à diagnostiquer le sentiment d'injustice qui est la raison profonde pour laquelle une personne se plaint d'être en conflit. En dénudant l'endroit fragile dans la relation humaine devenue âpre, on aperçoit la source qui alimente le conflit, là où est prîée d'intervenir une pacification judiciaire, c'est-à-dire le traitement de la relation conflictuelle.

b) Propositions générales pour le diagnostic et pour le traitement des conflits.

Pour remplir efficacement leur mission, les praticiens du droit et de la justice devraient disposer d'un outil destiné à une organisation méthodique de ces activités intellectuelles, d'un outil qui les rendrait plus efficaces, en les standardisant, en les uniformisant, et surtout en leur apportant de la légitimité puisque cette dernière conditionne l'intériorisation (la « subjectivation ») et l'acceptation de la solution imposée ou négociée.

Dans notre esprit, un tel outil coïnciderait avec une grille méthodologique.

Tout d'abord, grille de lecture (instrument de diagnostic), elle se transformerait ensuite en une grille de travail (instrument de traitement).

- Comme grille de lecture, cet outil devrait se présenter sous la forme d'un catalogue clairement structuré, inventoriant les diverses causes susceptibles de se trouver à l'origine d'un conflit (c'est-à-dire toutes les raisons susceptibles de créer un sentiment d'injustice et par là, de générer une tension relationnelle problématique).

- Ensuite, la grille de lecture devrait idéalement fournir un arbre de questionnement méthodique, afin de pouvoir situer un conflit particulier à l'intérieur de ce catalogue systématique.

- Comme grille de travail, cet outil devrait idéalement indiquer la correspondance analogique entre les causes du sentiment d'indignation éthique à l'origine de la doléance, et un catalogue des conduites « auto-éthiques » inadmissibles.

- Enfin, comme grille de travail encore, cet outil devrait idéalement indiquer la correspondance analogique entre les causes d'un ressenti illégitime, et un catalogue des « bonnes conduites » au regard du bien commun. Par élimination, seraient alors identifiées les conduites « socio-éthiques » inadmissibles (qui concernent le groupe organisé) ou encore les conduites « anthropo-éthiques » inadmissibles (qui concernent ensemble de l'espèce humaine).

Ensuite, avec un tel instrument de diagnostic et de traitement des conflits, les praticiens du droit et de la justice pourraient envisager deux niveaux d'opérations :

- D'une part, une action de « consultance pré-judiciaire ».

Dans un objectif de management des ressources humaines, cet instrument de travail pourrait aider à la diminution « préventive » des tensions relationnelles au sein d'une organisation humaine professionnelle, comme une entreprise ou une administration publique.

- D'autre part, dans un cadre purement judiciaire, cet instrument pourrait affiner l'action des juges, des conciliateurs ou des médiateurs, cernant plus finement la substance profonde du besoin de justice auquel il leur faut répondre, soit en vue d'y apporter l'apaisement grâce à une action d'accommodation, soit en vue de mieux construire le syllogisme qui guidera « l'acte de trancher ».

- Ces deux niveaux d'opération ne s'excluent cependant pas. Ainsi, la grille de lecture pourrait, dans un premier temps, épauler l'action préventive des responsables des ressources humaines dans une entreprise.

Mais, dans un second temps, si le traitement liminaire du conflit n'aboutissait pas à une solution positive, l'emploi de cette grille méthodologique pourrait alors se révéler utile dans le cadre d'une procédure judiciaire civile (par exemple, dans le cas d'une action judiciaire fondée sur le harcèlement moral pour abus du pouvoir hiérarchique).

Enfin et surtout, notre grille travail chercherait à déplacer le règlement des conflits, et chaque fois que cela est possible, à le sortir hors de son mode habituel de règlement (à savoir autoritaire et unilatéral), afin de l'amener vers un mode alternatif (à savoir consensuel et négocié).

En cela, c'est une première voie alternative.

Mais, après cette première option d'un règlement consensuel et négocié du litige, viendrait alors une seconde voie alternative. En effet, la négociation peut se présenter de deux manières totalement distinctes, selon la stratégie poursuivie par les négociateurs.

Ces derniers opèrent pour une *négociation conflictuelle* ou pour une *négociation coopérative* :

- La négociation conflictuelle se déroule comme un « bras de fer », comme un « marchandage ». On parle ici de « négociation sur position ».

C'est une négociation entre forces, dont l'objectif est le rééquilibrage des pouvoirs (de commandement d'un premier côté, d'autonomie d'un second côté), et consécutivement, des règles de fonctionnement de la communauté dont font partie ceux qui négocient le règlement de leur conflit de pouvoir.

- La négociation coopérative se déroule comme une « réunion en vue d'une prise conjointe de décision ». On parle ici de « négociation raisonnée » ou encore de « négociation intégrative ». C'est une négociation en vue d'un accord équitable, c'est-à-dire qui se réfère toujours à une norme d'équité et de réciprocité. En d'autres mots, le compromis correspond à un acte de justice distributive qui est le plus proche du point focal de l'équilibre relationnel. Le compromis s'élabore comme une décision conjointe.

Le compromis correspond au « vivre ensemble » le mieux acceptable pour tous.

En résumé, la proposition de traitement alternatif des conflits que nous soumettons ci-après à la réflexion des praticiens du droit et de la justice, pourrait s'illustrer en trois étapes :

1- lorsqu'un contentieux ne se prête pas à la négociation, il convient de faire choix d'un « m.a.r.c. » (mode autoritaire de règlement du conflit) ;

2- lorsqu'un contentieux se prête à la négociation mais correspond à un conflit de pouvoir, il faut l'orienter vers une négociation sur position.

Ce conflit pourrait être réglé par voie d'un « M.A.R.C. » (Mode Alternatif de Règlement du Conflit). En ce cas, le médiateur/conciliateurs doit encadrer les marchandages, afin que l'éventuelle partie faible ne soit pas lésée injustement.

Dans l'hypothèse où l'une des parties userait inéquitablement de son pouvoir au détriment de l'autre, le médiateur/conciliateur serait tenu d'interrompre la négociation sur position afin de revenir au mode autoritaire de l'étape n° 1.

3- lorsque le règlement d'un contentieux ne se heurte pas à un rapport de forces, il se prête à une négociation raisonnée.

Dans cette hypothèse, le tiers médiateur/conciliateur met tout mettre en œuvre pour aboutir à l'élimination des sentiments d'injustice au moyen d'une discussion sur les causes du conflit et sur les possibilités d'un commun consensus pour éliminer celles-ci.

L'encadrement de cette négociation coopérative pourrait être appelé « M.A.R.D. » (Mode Alternatif de Raisonnement Décisionnel) puisqu'en effet le processus de résolution correspond ici à la prise d'une décision conjointe, suivant le modèle heuristique du « solving problem » proposé par Herbert SIMON.

c) Propositions spécifiques pour améliorer le traitement des conflits : l'ajustement des fonctions judiciaires.

1. Deux offices judiciaires

Un « office » correspond à la fonction, au rôle ou à la destination, selon une signification sensu lato fournie par le dictionnaire Littré⁸.

Une seconde signification plus étroite limite cet office, uniquement au concept de « bureau », et donc à une fonction de nature administrative. Une troisième signification plus ancienne vise le service qui est rendu par un officier, c'est à dire par un personnage revêtu d'un pouvoir public (« imperium ») ; Littré cite comme exemples : « l'office de chancelier, de connétable. Un office de judicature. Un office de finance. »

D'autres termes recouvrent une surface conceptuelle similaire : ainsi, les mots « ministère » (être au service) ou « fonction » (action propre à chaque emploi, et par extension, l'emploi ou la charge en eux-mêmes).

Au sein de l'office judiciaire en général, le professeur Georges de LEVAL différencie deux offices particuliers, à savoir la fonction conciliatrice et la fonction juridictionnelle du juge⁹.

Pour notre part, malgré l'usage généralisé de l'expression « fonction juridictionnelle », nous dénommerons la fonction du juge qui consiste à trancher les conflits : « OFFICE DE JUDICATURE », tandis que nous qualifierons la fonction conciliatrice du juge (englobant les médiateurs et les conciliateurs qu'il délègue/qu'il surveille) : « OFFICE D'ACCOMMODATION ».

À l'inverse de la conception dominante, cet office d'accommodation ne nous paraît pas dépourvu de « juridictionnalité », même si l'usage adopté par les juristes ne l'a pas inclus dans la « fonction juridictionnelle » du juge.

2. L'office de judicature

Le dictionnaire Littré distingue deux significations du mot judicature : « l'état, la profession, l'office de toute personne contribuant à l'administration de la justice » et « la dignité de juge ».

Dans la langue française, le mot judicature ne vise donc pas seulement l'acte de juger, c'est-à-dire l'acte de rendre un jugement ! Il s'y ajoute une dimension de légitimité.

Pour notre part, nous estimons que dans le langage juridique, il serait toutefois souhaitable de destiner l'appellation judicature à l'activité judiciaire lorsque l'action du juge remplit deux conditions cumulatives, à savoir « l'acte dit le droit », et ensuite, « l'acte tranche un litige ».

Un vocable expressif comme celui d' « adjudicature » se serait révélé plus précis car il aurait nettement suggéré les jugements qui tranchent, en écartant les actes juridictionnels qui, sans trancher, donnent la force exécutoire (ou homologuent ou autorisent).

Malheureusement, le mot adjudicature fait défaut dans la langue française.

En réalité, ce terme d'adjudicature aurait délimité une partie de l'activité judiciaire : celle qui est devenue pour beaucoup la fonction traditionnelle sinon exclusive¹⁰ du juge, comme par l'effet d'une synecdoque¹¹, figure de l'esprit et du style.

⁸ « *il y a fait l'office de juge* » dans P. CORNEILLE, *Horace*.

⁹ G. de LEVAL, *Eléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 54, p. 78.

¹⁰ « ... de nombreux juristes français, profondément attachés à cette conception traditionnelle de l'office du juge, contestent l'idée selon laquelle la conciliation, qui tend à rétablir un équilibre entre des intérêts divergents et à éluder l'application de règles qui conduiraient un résultat injuste et consacrerait le triomphe du droit ou du juridisme sur l'équité, puisse naturellement faire partie de cet office. » dans E. JEAMMIN-PETIT, *La mission de conciliation du juge. Réflexions sur l'office du juge*, thèse de doctorat présentée à la faculté de droit de l'Université de Nantes, 2006, pp. 32 et 40.

¹¹ Espèce de métonymie par laquelle on prend la partie pour le tout, donnant une signification particulière à un mot qui, dans le sens propre, a une signification plus générale.

Dès lors, même s'il n'apparaît pas dédicacé linguistiquement au sens souhaité, nous emploierons le vocable de judicature ; il sera entendu ici comme « l'acte de trancher », se démarquant au sein des actes juridictionnels, ou plus largement, de tout acte d'un juge.

Sur le plan méthodologique, en considérant que l'office judiciaire est « la structure mentale du fonctionnement des juges », la « judicature » de ces derniers s'exprime au travers d'une procédure régulée par la loi puis clôturée par le prononcé d'un jugement, « point culminant et aboutissement du procès¹² ». Le plus souvent, la *judicature* est ainsi considérée comme l'office essentiel¹³ du juge : il doit rendre des jugements. Il est vrai que cette fonction de judicature est typiquement réservée aux juges (et, par extension légale, aux arbitres).

Sur le plan juridique, l'office de judicature se caractérise par deux critères principaux :

- le premier est organique : l'acte émane d'un organe spécialisé investi légalement d'une juridiction, c'est à-dire de la fonction de juger ;
- le second est fonctionnel : l'acte de permet de dire le droit en vérifiant la légalité d'une situation de fait. Le plus souvent, il tranche une contestation, un litige entre deux ou plusieurs protagonistes. Parfois, cette vérification sert à homologuer ou à autoriser.

En conclusion, l'office judiciaire de judicature, ainsi restreint, se déroule en deux temps qui, tour à tour, constituent une composante du procès équitable et que nous pouvons considérer comme les deux pôles de la légitimité de cet office de judicature :

- 1- dans un premier temps, le juge départage les réclamations et les objections (acte d'arbitrage) ;
- 2- dans un second temps, le juge prévoit les modalités suivant lesquelles se réalisera cette décision de départage (acte d'exécution¹⁴).

3. L'office d'accommodation

De brèves dispositions légales aménagent cet office d'accommodation.

Elles sont en outre peu explicites :

« Il entre dans la mission du juge de concilier les parties¹⁵ »,

« Toute demande introductive d'instance entre parties capables de transiger et sur des objets susceptibles d'être réglés par transaction, peut être préalablement soumise, à la requête d'une des parties ou de leur commun accord, à fin de conciliation au juge compétent pour en connaître au premier degré de juridiction ... Si un accord intervient, le procès-verbal en constate les termes et l'expédition est revêtue de la formule exécutoire¹⁶. »

Malgré ce laconisme, il apparaît que les critères organique et fonctionnel caractérisant l'acte juridictionnel se retrouvent dans l'office judiciaire d'accommodation.

Par exemple, un procès-verbal de conciliation ou un accord de médiation pénètre dans l'espace juridictionnel puisque l'homologation du juge emporte plusieurs effets caractéristiques de l'acte

¹² G. de LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Bruxelles, Larcier, 2005, n° 155, p. 218

¹³ Ce caractère essentiel s'est progressivement ancré dans les mentalités, au fur et à mesure de la systématisation du « légalisme » (principe de primauté de la loi et d'assujettissement du juge) : « *En mettant au premier plan la légalité et la sécurité juridique, l'aspect systématique du droit et l'aspect déductif du raisonnement judiciaire ont donc, à partir de la fin du XVIII^e siècle, été considérablement accentués ... En pratique, l'acte de jugement se trouve de ce fait réduit à un pur syllogisme, rendu au terme d'un raisonnement reposant sur des bases aussi logiques que rigoureuse et la fonction des magistrats limitée à trancher les litiges soumis à leur examen par application de règles générales aux faits particuliers de la cause ... Force est de reconnaître que dans la conception traditionnelle de la justice, la fonction du juge est cantonnée à un strict respect du droit légiféré en raison principalement de la croyance en sa quasi-infaillibilité.* » dans E. JEAMMIN-PETTI, *op. cit.*, pp. 32 et 40.

¹⁴ Selon la C.E.D.H., l'exécution participe entièrement au procès équitable, même si elle intervient après l'achèvement du travail du juge, ou en dehors de celui-ci (par exemple, après une conciliation judiciaire ou après une médiation) : C.E.D.H. 21 avril 1998, *Estima Jorge c/ Portugal*, Dalloz, 1998, SC 369 ; C.E.D.H. 28 octobre 1998, *Perez de Rada Cavanilles c/ Espagne*, J.C.P. 1999, I, 105, n°21.

¹⁵ En France, l'article 21 du N.C.P.C. ; les articles 127 à 131 du N.C.P.C.

¹⁶ En Belgique, les articles 731 à 734 du Code judiciaire.

juridictionnel (la force probante, la force exécutoire, ainsi que, peut-être, une certaine autorité de la chose jugée et un certain dessaisissement du juge), et puisque l'homologation vient participer au « procès équitable » en ouvrant la porte de l'exécution forcée.

Vu la présence de critères organiques et fonctionnels dans l'un et l'autre offices judiciaires de judicature (trancher) et d'accommodation (concilier), il n'apparaîtrait donc pas indiqué de cataloguer ce second office judiciaire, dans les actes non juridictionnels du juge.

Le fondement philosophique de la fonction judiciaire d'accommodation, n'est pas neuf ; il plonge ses racines jusque dans l'histoire antique des traditions judiciaires¹⁷.

Dans certains discours idéalistes, il est admis que « le rôle de conciliateur est inhérent à la fonction du juge en sorte que l'extension de la conciliation en cours de procédure doit être encouragée. Ceci est assurément un aspect important de la notion de juge actif¹⁸. »

Pour le Premier Président Guy CANIVET, « dès lors qu'il est saisi, le juge a en principe LE DEVOIR de rechercher une solution qui soit de part et d'autre acceptée.

Ce qui implique qu'avant d'arrêter une solution en droit, chaque fois que c'est possible, il procède lui-même au rapprochement des protagonistes¹⁹. »

« Depuis quelques années, la dimension pacificatrice du juge semble émerger à nouveau ; elle empiète de plus en plus sur la figure du juge classique, du juge répartiteur de droits, du juge décideur, du juge instrument de la force légale. »

Or, excepté pour certains magistrats (traitant principalement les dossiers d'affaires familiales, de voisinage ou de relations individuelles de travail), les dispositions laconiques qui instaurent la conciliation judiciaire sont généralement restées lettres mortes. Pourquoi ?

D'une part, la mentalité dominante au sein du corps judiciaire semble hostile à cet office d'accommodation, présumant qu'il est peu compatible avec la rationalité du légalisme, avec la sécurité juridique apportée par ce même légalisme, ou encore avec l'indépendance et l'impartialité nécessaires au juge d'un procès équitable !

D'autre part, le législateur lui-même n'a jamais pris clairement position²⁰ au sujet de l'office judiciaire d'accommodation : veut-il encourager les parties, leurs avocats et les juges, à y recourir ? dans quels cas ? suivant quelle méthode et quelle procédure ?

¹⁷ PLATON, *Les lois*, VI, 767, Les tribunaux.

¹⁸ En Belgique, avis du Conseil Supérieur de la Justice relatif à l'avant-projet de loi modifiant le Code judiciaire en ce qui concerne la procédure, approuvé lors de l'A.G. du 9 octobre 2002, p. 35.

¹⁹ « L'idée centrale de cette évolution est que si la justice s'exprime nécessairement par une sentence, lorsque la solution du litige requiert un acte d'autorité voire de violence légale, dans certains cas, la décision imposée par la force du jugement n'est pas la meilleure manière de mettre fin au litige ... Ceci conduit à admettre que la méthode consistant à opposer deux thèses pour déterminer celle qui est juridiquement la plus fondée n'est pas toujours, en pratique, la meilleure, d'autant qu'elle laisse peu de place à l'interactivité et conduit à une solution qui peut être éloignée des attentes de l'une et l'autre des parties. On estime désormais que la pensée binaire qui oppose le bien et le mal, le juste et l'injuste, le bon et le mauvais, n'est pas toujours la mieux appropriée au règlement des litiges. En général, aucun des adversaires n'a complètement tort ou totalement raison. L'observation des comportements à travers le prisme des sciences sociales conduit donc normalement à une philosophie de la complexité des phénomènes humains. Selon cette démarche, à l'affrontement du procès on préfère recourir à des modes consensuels de règlement des litiges, faisant appel à la volonté des parties, qui préfèrent la discussion et la conviction à l'acte d'autorité, qui privilégient la connaissance des hommes et l'analyse des situations, le dialogue et la recherche de solutions équilibrées et acceptées et, qui substituent la douceur et l'harmonie de l'accord à la rudesse (certains disent à la violence) de la solution légale. Alors, émerge une conception moderne de la justice ; une justice qui observe, qui comprend, qui replace le litige dans son contexte économique et social, qui permet, qui incite, qui facilite la négociation, la transaction, la conciliation des parties sur leurs droits, une justice faite d'équilibre et de proportion, une justice qui répartit les droits au plus près des intérêts de chacun, qui prend en compte l'exécution, qui ménage les relations futures des parties, qui préserve le tissu social. » dans G. CANIVET, « Le juge et la recherche de la solution du conflit », dans *Semaine Sociale Lamy*, Supplément n° 1100, 2 décembre 2002, pp. 6 et 7.

²⁰ En réalité, deux thématiques, liées entre elles, brouillent un ajustement dans la perspective du législateur : une première disjonction sépare une conception historique (XIe au XVIIIe siècle) qui exclut que la juridiction soit autre chose qu'une sécrétion du légalisme, qu'un produit de la volonté législative, par rapport à une seconde conception (XIXe et XXe siècles) qui érige, au contraire, la juridiction au cœur de l'accomplissement du système juridique ; une

Au-delà du silence législatif, il faut bien constater une certaine répugnance des juges eux mêmes par rapport à cette fonction d'accommodation.

Pareille aversion dérive probablement de l'opposition entre les deux stéréotypes culturels qui régissent la fonction de juger, tandis que le législateur actuel n'a pas clarifié le déploiement exact de la fonction de juger, telle qu'il l'envisage.^{21 22}

Et cependant, les stéréotypes culturels ne semblent pas correspondre à la réalité juridique car, dans sa fonction d'accommodation, le juge conserve la prérogative d'un pouvoir d'autorité²³, au travers de l'exécution forcée qu'il autorise.

Mais s'il faut un juge actif, et notamment un juge-conciliateur, c'est au législateur de le dire de sorte que toutes les aversions soient surmontées !

4. Du bon usage des deux offices judiciaires

Sélectionner le mode approprié de règlement d'un conflit

Nos premières préoccupations méthodologiques visent la substance du conflit car, dès le premier abord, celle-ci paraît constituer un critère naturel de sélection du mode le plus adéquat de règlement du conflit. En effet, selon le contenu de chaque conflit, soit la judicature soit l'accommodation pourrait se révéler une voie préférable de traitement.

Première hypothèse : la substance du conflit est principalement juridique.

Une tension relationnelle devrait être idéalement traitée au moyen de la règle de droit, si sa cause est de substance purement ou essentiellement juridique :

- Ce traitement du conflit s'opérerait par la voie d'un jugement, ou d'une sentence arbitrale lorsque la loi le permet.

- Le traitement d'un tel conflit pourrait pareillement consister en une négociation sur position (une médiation ou une conciliation), à condition qu'elle se déroule en référence à la règle de droit (pour déjouer le calcul d'une partie plus forte qui « instrumentaliserait » la négociation et assujettirait à son pouvoir, une partie plus faible ou plus fragile dans le but d'obtenir des concessions inévitables).

Cette première hypothèse correspond à la plupart des cas où se manifeste un besoin vif de justice : il faut qu'une obligation (de payer ou de faire convenablement) s'accomplisse ou soit compensée ; il faut qu'une interdiction légale soit respectée.

Lorsque la substance du conflit est ainsi de nature purement juridique, la judicature offre une solution efficace, souvent la plus adéquate et plus légitime. Inversement, sauf exception appelant une attention toute particulière du tiers médiateur, l'accommodation n'apparaît pas une solution privilégiant la légitimité, vu les risques qu'elle favorise les intérêts d'une position inéquitable (les intérêts d'une partie plus forte, plus informée, plus violente, ...)

Deuxième hypothèse : la substance du conflit n'est pas principalement juridique.

seconde disjonction sépare une conception legaliste étroite focalisée sur l'idée que toute voie judiciaire autre que la judicature serait inopportune sinon dangereuse à cause d'une moindre sécurité juridique, par rapport à une seconde conception concédant que le juge applique la loi en toutes ses latitudes, y compris lorsqu'elle l'autorise à prendre d'autres normativités en référence.

²¹ D. DE BECHILLON « Propos sur la diversité des méthodes et manières de juger », conférence à la Cour de cassation, 29 novembre 2004 : « ... *Les juristes professionnels ... ont été formés à adhérer à la rationalité ambiante dans des lieux spéciaux et spécialement propices à un conditionnement fort des manières de penser. Sous ce rapport, on ne m'ôtera jamais de l'idée qu'un mode d'enseignement du droit qui se veut toujours plus rationnel, hiérarchisé, déductif, dogmatique, etc., prépare les esprits à ne pas percevoir le monde des normes – quelles qu'elles soient - autrement que comme un monde très rationnel, très hiérarchisé, très déductif, ...* », http://www.courdecassation.fr/formation_br_4/2004_2034/intervention_m_bechillon_8087.html

²² D. SOULEZ-LARIVIERE, « La diversité des méthodes de jugement », conférence à la Cour de cassation, 29 novembre 2004 : « ... *Le mot fiction (fut employé) pour qualifier le droit ou en tout cas pour le système que les juges emploient pour juger... Moi, je pense que le mot fiction est un peu péjoratif et je le remplacerais volontiers par l'idée que la justice est un système de représentation, c'est-à-dire un système symbolique comme un autre et que tout le problème est de savoir comment le juge va se débrouiller entre ses impératifs sociaux, son désir et puis ce système symbolique.* », http://www.courdecassation.fr/IMG/File/2004-2005_soulez-lariviere.pdf

²³ A. POUILLARD, *Manières de juger : La représentation du pouvoir dans la fonction du juge*, mémoire, EHESS, 1999, pp. 62 et 63, <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/docs/poullar2.pdf>

Si la substance du conflit n'est qu'accessoirement juridique (du moins, pas essentiellement juridique, sinon pas du tout juridique), ou si, pour des raisons qui leur sont propres, les parties ne souhaitent pas un règlement judiciaire par voie de judicature, la tension relationnelle pourrait être mieux traitée au moyen de la règle d'équité :

- Par préférence, la forme la mieux adaptée pour le traitement d'un tel conflit, serait une conciliation judiciaire ou une médiation, se déroulant avec une constante référence à la règle d'équité.
- Parfois cependant, le traitement de ce conflit pourrait aussi s'envisager par la voie autoritaire d'un jugement ou d'une sentence arbitrale, rendus en amiable composition²⁴.

En troisième hypothèse subsidiaire : la détermination de la substance du besoin n'est pas non plus sans intérêt dans le cadre des dispositifs néo-réglementaires de régulation.

Le rôle légalement confié au juge y est ambigu : fournir une stimulation, un encadrement, une surveillance réitérée à des personnes fragiles ou déviantes. Il n'y a pas vraiment d'application d'une règle de droit, mais tantôt une exhortation, tantôt une barrière mise par le juge devant un « justiciable civil ». Dès lors, si le législateur a pour but d'encourager les personnes faibles ou déviantes à reprendre le bon chemin, l'office judiciaire d'accommodation remplacerait avantageusement la judicature. En revanche, la fonction de judicature serait mieux indiquée si le législateur envisageait d'empêcher un manquement dans l'avenir.

Mieux préparer les magistrats et les auxiliaires de justice

Nos secondes préoccupations méthodologiques visent l'office judiciaire d'accommodation. Dans le but de systématiser la conciliation et la médiation, le Premier Président Guy CANIVET recommandait de modifier l'exercice actuel de la justice, en innovant au niveau la fonction conciliatrice en elle-même, puis en innovant au niveau de son entourage judiciaire²⁵ :

Les modifications de l'office du juge sont préconisées en six points :

Premier point : il n'y a pas de hiérarchie ni de prévalence entre les divers modes de règlement des litiges (c'est-à-dire entre judicature et accommodation) ;

Deuxième point : il en résulte logiquement que la mission du juge comprend d'abord un choix quant au mode le plus approprié de règlement du différend ;

Troisième point : la mise en oeuvre du choix est un acte professionnel ;

Quatrième point : la réalisation du processus de médiation ou de conciliation est elle-même un acte professionnel ;

Cinquième point : la désignation d'un tiers médiateur ne dessaisit pas le juge ;

Sixième point : c'est, en effet, le juge qui constate et consacre la solution.

Les modifications au sein de l'administration sont préconisées en deux points :

Premier point : Une orientation de politique judiciaire par le ministre de la justice, prévoyant des programmes de développement pour les modes alternatifs ;

Second point : Des programmes de formation des juges et des médiateurs.

d) Propositions spécifiques pour un traitement autre des conflits : l'ajustement de la culture des juristes.

1. Le pragmatisme juridique et la légitimité.

La principale revendication à laquelle devra sans doute satisfaire le juge belge ou français dans l'avenir, pourrait être une meilleure anticipation des conséquences de son action.

²⁴ Un jugement en amiable composition est possible pour un juge français grâce à l'article 12, alinéa 4, N.C.P.C. En revanche, actuellement, le juge belge ne peut pas y recourir (excepté *via* l'artifice non interdit d'un arbitrage qu'il dirigerait gratuitement : article 298 C. J. et, par l'exception de son premier alinéa, article 1700 C. J.)

²⁵ G. CANIVET, *op. cit.*, pp. 8-10.

Concevoir la fonction du droit et de la justice en référence à leurs conséquences, est la thèse prônée par l'école du « pragmatisme juridique » (en écho à l'appellation d'une école linguistique axée sur la « pragmatique du langage », à raison notamment du show et d'anticiper les réactions du destinataire d'une communication).

En réalité, le pragmatisme juridique initial s'orientait vers des aspects d'ordre économique puisque le premier courant de cette approche instrumentaliste du droit et de la jurisprudence, s'appellait « théorie économique du droit » (« *Law and economics* »).

Cette tradition instrumentale du pragmatisme juridique impliquait une anticipation des effets économiques du jugement mais, à défaut de compétence économique dans leur chef, il n'est pas possible d'inciter les juges à envisager quelles pourraient être les conséquences économiques de leurs jugements, la plupart ignorant comment déterminer et calculer la maximisation du bien-être, c'est-à-dire la plus-value du jugement (comparaison des charges et des produits engendrés pour le budget collectif), par exemple dans des décisions judiciaires statuant sur le remboursement des soins de santé.

En revanche, les praticiens du droit et de la justice devraient être mieux à même d'anticiper les conséquences gravitant dans les orbites sociale, culturelle et politique, de leurs décisions. Successivement, deux difficultés interpellent notre attention dans cette démarche inhabituelle :

- à l'aide de quels critères faudrait-il jauger les conséquences sociales, culturelles ou politiques d'un jugement ? (cette question nous introduit au RÉALISME JURIDIQUE)

- comment opérer une évaluation comparant les conséquences potentielles d'un jugement et celles d'un accord de médiation/conciliation ? (cette question nous ramène au débat sur la méthode de travail des praticiens du droit et de la justice)

Intuitivement, nous nous rendons bien compte que les conséquences sociales, culturelles ou politiques d'un acte judiciaire s'articuleront essentiellement autour de la capacité de cet acte d'autorité à être accepté par son destinataire : nous touchons là au critère de la légitimité et à la « signification normative partagée²⁶ ».

Si nous admettons que les fonctions²⁷ judiciaires consistent principalement à mener une action de nature politique²⁸ (certes, limitée à une politique des cas individuels), alors, nous devons conclure que la légitimité fonctionnelle des praticiens du droit et de la justice doit avoir pour objectif une restauration sans cesse réitérée de la démocratie étatique.

Notre guide de légitimité serait ainsi la plus-value démocratique apportée par le juge au travers de chacun de ses jugements ou au travers de chaque homologation d'un accord de médiation/conciliation.

2. Légitimité et légitimation.

Pour savoir comment améliorer la légitimité d'un acte judiciaire, il convient d'interroger le concept même de légitimité en le rendant plus concret et en explorant successivement sa dimension « LÉGITIMATION » et sa dimension « PLUS-VALUE DÉMOCRATIQUE ».

²⁶ J. LENOBLE, *Au-delà du juge : des approches herméneutique et pragmatiste à une approche génétique du concept de droit*, 2007, page 3, http://cadmus.eui.eu/dspace/bitstream/1814/7715/3/EJLS_2007_1_2_14_LEN_FR.pdf

²⁷ L. ASSIER-ANDRIEU, « Le juge, la loi et le citoyen », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*, Actes du colloque de Poitiers 8-9 mars 2007, Editions du Conseil de l'Europe, p. 12 : « Toutes les sociétés humaines se dotent de la faculté collective de distinguer le bien et le mal, le juste et l'injuste, le prescrit et l'interdit. En revanche, toutes ne distinguent pas cette faculté comme une fonction sociale spécifique, servie par une caste ou un corps de professionnels, magistrats et avocats, greffiers et policiers. L'apparition de la justice sous la forme d'institutions spécialisées est corrélée avec l'apparition, au sein d'une culture, d'une représentation spécifique du droit, qui veut que l'on juge au nom d'une légalité définie comme le résumé des principes estimés vitaux par cette société. Dans cette optique, la mise en ordre qui est censée découler de tout jugement est opérée par le droit et au nom du droit, et non pas au nom d'une transcendance mythique ou religieuse, même si le rituel du procès, les palais de justice et les costumes des magistrats montrent que la sacralité n'a pas déserté les prétoires. Le jugement est ainsi un processus commun aux sociétés humaines, et différencié selon les cultures et les systèmes de valeurs. D'un point de vue cognitif, il se manifeste sur des registres divers : la rationalité, le précédent et la subjectivité du juge. Mais il est aussi un fait éminemment social, et en ce sens, il est un reflet essentiel de l'organisation politique » ; <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>

²⁸ E. KRINGS, « Considérations critiques pour un anniversaire », discours prononcé le 01.09.1987 par le P.G. : « Le mode téléologique d'interprétation, qui est celui du juge, et plus spécialement celui de la Cour de cassation, implique non pas tant une collaboration mais une participation de la Cour, via la jurisprudence, à l'exercice du pouvoir de l'Etat ».

La légitimité ne se confond pas avec la légalité.

La double perspective de légitimité et de légalité peut être paraphrasée à partir des propos du professeur Norberto BOBBIO²⁹ : « Le pouvoir légal est un pouvoir dont le titre est juste ; un pouvoir légitime est un pouvoir dont l'exercice est juste. La légalité est la perspective d'où se place d'ordinaire le titulaire du pouvoir ; la légitimité est la perspective d'où se place d'ordinaire le sujet³⁰. »

Très proche de cette conception, Jürgen HABERMAS explique la légitimité comme étant la reconnaissance par les destinataires, du bien-fondé de l'autorité qui s'exerce sur eux³¹.

La légalité a besoin de la légitimité : « De ce qui précède, on peut conclure que la question de la légitimité est centrale pour toute autorité dans la mesure où celle-ci se fonde sur une prétention à édicter des droits et des obligations, prétention vaine si les destinataires ne sont pas convaincus que c'est une chose juste et possible³². »

Au-delà de leur légalité (et même si celle-ci est parfaite), il faut veiller à construire la légitimité d'un jugement ou d'un accord issu d'une négociation.

Sans légitimité, une norme législative et un acte judiciaire ne seraient applicables que par la force de l'autorité et par la contrainte.

Mais le coût d'une pareille légitimité forcée deviendrait alors exorbitant pour la collectivité. Ceci pose la question : « comment bâtir ou comment soutenir une légitimité, autrement ? » Les actes posés en vue d'atteindre la légitimité sans la force, portent le nom de «légitimation».

La légitimation d'une situation d'autorité va de pair avec une meilleure acceptabilité par son destinataire, des comportements imposés par cette autorité³³.

La légitimation se conçoit dès lors comme une mise en concordance entre la règle créée ou appliquée, et les valeurs fondamentales qui modèlent le comportement éthiquement admissible (en son versant individuel, qui est une « relation d'autonomie »), ou qui modèlent le comportement normal au regard du bien commun (en son versant collectif, qui est une « relation d'hétéronomie »).

Pour réussir la mise en concordance de la norme ou de la décision judiciaire avec de telles valeurs, il faut un processus de « subjectivation » qu'on pourrait décrire comme un dispositif qui, « à travers une série de pratiques, des discours, de savoirs et d'exercices, vise à la création de corps dociles mais libres, de sujets assumant leur identité et leur liberté de sujet dans le processus même de leur assujettissement³⁴ ».

Comment se conçoit le processus théorique de légitimation des « actes d'autorité » et des démarches « participant aux fonctions d'autorité » (comme par exemple, les actions des médiateurs) ?

Tout processus de légitimation est un « dispositif de gouvernementalité », selon les mots utilisés par Michel Foucault en 1977 :

« Ce que j'essaie de repérer sous le nom de dispositif, c'est ... un ensemble résolument hétérogène comportant des discours, des institutions, des aménagements ..., des décisions réglementaires, des lois, des mesures administratives, des énoncés scientifiques, des propositions philosophiques, morales philanthropiques ; bref, du dit aussi bien que du non-dit, voilà les éléments du dispositif. Le dispositif lui-même, c'est le réseau qu'on établit entre ces éléments ... »

« J'ai dit que le dispositif était de nature essentiellement stratégique, ce qui suppose qu'il s'agit là d'une certaine manipulation de rapports de force, d'une intervention rationnelle et concertée dans ces rapports de force, soit pour les développer »

²⁹ N. BOBBIO, « Sur le principe de légitimité », dans *Annales de philosophie politique de l'Institut international de philosophie politique*, n°7, Paris, P.U.F., 1967, p. 49.

³⁰ J. BOULAD-AYOUB, « Légitimité, légalité et vie politique », dans J. BOULAD-AYOUB et L. BONNEVILLE (dir.), *Souverainetés en crise*, Paris, L'Harmattan, 2003, p. 71.

³¹ J. HABERMAS, *Après Marx*, Paris, Fayard, 1985, p. 250.

³² C. MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public*, Presses Universitaires de Louvain, 2002, p.18.

³³ J. HABERMAS, *Raison et légitimité. Problème de légitimation dans le capitalisme avancé*, Paris, Payot, 1978, p. 51.

³⁴ G. AGAMBEN, *Qu'est-ce qu'un dispositif ?*, Paris, Payot, 2007, p. 42.

dans telle direction, soit pour les bloquer, ou pour les stabiliser, les utiliser. Le dispositif, donc, est toujours inscrit dans un jeu de pouvoir, mais toujours lié aussi à une ou à des bornes de savoirs, qui en naissent, mais, tout autant, le conditionnent³⁵. »

Les dispositifs de gouvernementalité produits par un juge (jugement ou homologation d'un accord issu d'une négociation) supposent deux démarches complémentaires dans son chef :

- Un premier travail doit porter sur la prise en compte des conséquences de la norme, telle qu'elle est appliquée à l'occasion de la résolution d'un conflit individuel.

C'est la pragmatique juridique vue comme outil de légitimation. Mais, après avoir réfléchi à ce mécanisme de production d'une légitimité, encore faut-il se demander si le réalisme juridique qui soutient la mécanique, est intellectuellement « digestible » pour les praticiens du droit et de la justice et si le formalisme positiviste ne fait pas barrage à cet esprit différent, à ce changement de culture ? (voir « le positivisme a-t-il un impact négatif sur la légitimité ? » au point 3. ci-dessous)

- Un second travail à plus long terme doit porter sur les objectifs de la norme.

C'est la contribution du règlement des conflits à une meilleure démocratie vue comme référentiel de légitimation.

(voir « la plus-value démocratique » au point 4. ci-après).

Comment prévoir les conséquences d'un acte judiciaire dans le monde des faits ?
Comment harmoniser cette anticipation avec des critères formels positivistes ?

Un exemple pratique offre une meilleure clarté explicative. Prenons comme référence, une procédure judiciaire civile relative aux actes de l'administration de la sécurité sociale, dans l'idée que les « dispositifs de gouvernementalité » y sont présents, plus que dans toute autre procédure. En effet, malgré le caractère civil d'une telle procédure en droit belge, elle implique directement une double autorité (personnifiée dans l'administration et dans le juge de celle-ci).

À trois niveaux successifs, on peut identifier des processus de légitimation, à savoir dans la décision initiale de l'autorité administrative, puis dans la décision judiciaire du premier degré, puis éventuellement, dans une décision judiciaire d'appel.

Le pragmatisme juridique que nous voudrions envisager, comparerait ici deux points extrêmes d'un écart : d'une part, l'esprit des gouvernants (dont le sentiment de légitimité est dirigé par un intérêt général limité à leur secteur de domination), et d'autre part, l'esprit des gouvernés (dont le sentiment de légitimité s'oriente pareillement vers une conception de l'intérêt général, mais un autre intérêt général, respectueux des intérêts individuels et dont l'enjeu est plus large que le seul intérêt de l'institution elle-même).

On voit bien qu'ici, le juge se trouve impliqué dans un dosage entre deux sentiments de justice, et plus précisément, entre deux légitimités qui s'avèrent non superposables.

Dans une telle situation, quel sera le critère du dosage auquel devrait se référer un juge ?

Spontanément (vu qu'il s'agit de juger un acte d'autorité), tout juge devra opter soit pour l'ordre (c'est-à-dire une consolidation de la collectivité : donner la prééminence à l'intérêt collectif ici limité par le domaine de compétence de l'institution de sécurité sociale), soit pour le désordre (c'est-à-dire donner la prééminence à un intérêt général qui privilégie l'intérêt individuel au détriment de l'efficacité recherchée par l'autorité administrative).

En d'autres mots, le départage s'opèrera en fonction d'un préjugé culturel :

- S'il donne raison à l'autorité administrative, le juge avalise une légitimité de la sécurité juridique. En optant pour le versant collectif, il témoigne de son profil culturel, de son appartenance à une manière « socialement répandue » d'agir et de penser.

- S'il donne tort à l'autorité administrative, le juge renforce alors la conscience identitaire d'un individu, puisqu'il donne raison au sentiment d'injustice ressenti par celui-ci. En optant pour le versant individuel, il consolide par répercussion, le sentiment personnel d'appartenance à l'organisation collective. Il témoigne alors de son appartenance à un autre cadre culturel que celui du juge précédent.

³⁵ M. FOUCAULT, *Dits et écrits*, vol. 3, Paris, Gallimard, 1994, p. 299.

Prenons une divergence d'appréciation, devenue palpable : la justification donnée par un premier juge et l'appréciation qu'un arrêt de réformation lui substitue. Voici les données³⁶ :

La norme applicable est l'article 35 § 7, 3°, b de la nomenclature des prestations de santé : « *la demande de remboursement du matériel doit être introduite au moyen d'un rapport médical circonstancié établi et signé par tous les membres de l'équipe pluridisciplinaire responsable de l'implantation et du traitement, et qui est composé : ... pour l'implantation d'un neuro-stimulateur cordonal, d'un neurochirurgien, d'un neurologue (ou d'un anesthésiste), et d'un neuropsychiatre (ou d'un psychiatre) ...* »

Dans le cas d'espèce, l'assuré social avait joint à sa demande de remboursement du neurostimulateur, un rapport médical signé par un neurochirurgien, par un anesthésiste et par un psychologue qui composaient l'équipe médicale traitante.

Le jugement du tribunal du travail avait considéré que la décision administrative (ayant refusé le remboursement des soins de santé au motif d'une signature de psychologue, au lieu de psychiatre), avait perdu sa force décisionnelle par l'effet du recours judiciaire, et qu'en conséquence, l'assuré social conservait jusqu'au bout de la procédure, la possibilité de régulariser les formalités administratives exigées par la nomenclature des prestations de santé. Ce que fit l'assuré social. Le jugement annula donc la décision administrative, y substituant une autorisation de remboursement.

En revanche, pour la Cour du travail, le rapport signé par un psychiatre est déclaré tardif puisque l'examen qu'il fit du patient le 28 décembre 2005 est postérieur à l'intervention du 15 septembre 2003 et puisqu'il n'est pas établi que ce psychiatre faisait partie de l'équipe pluridisciplinaire responsable de l'acte thérapeutique posé.

Notre questionnement ne porte nullement sur la qualité juridique de la réponse au litige : l'une ou l'autre décision judiciaire pouvait se concevoir et pouvait se justifier, même si la seconde réponse correspond mieux au cadre culturel d'une majorité des magistrats.

Ce qui nous intéresse ici, c'est le ressort de la dynamique décisionnelle :

- Dans le jugement du premier degré, la priorité est donnée au sentiment individuel d'injustice, d'un patient qui ne pouvait comprendre pourquoi une équipe universitaire aurait dû interpréter aussi strictement la réglementation AMI, ni pourquoi, sans avoir commis aucune faute, lui-même était privé de ses droits au remboursement par l'AMI.

- Dans l'arrêt d'appel, la priorité fut sans doute donnée à l'action administrative, c'est-à-dire en considérant la prévisibilité budgétaire dont l'autorité administrative a besoin pour fonctionner.

Quels sont les avantages d'une légitimation des normes et des jugements ?

Grâce aux processus de subjectivation, les dispositifs de gouvernementalité sont facilités et ne se réduisent plus à un pur exercice de violence. Sans subjectivation individuelle, il n'y aurait pas d'acceptation personnelle de l'acte d'autorité.

L'exécution de la norme et des décisions judiciaires se heurterait alors à d'insurmontables obstacles, comme le coût exorbitant d'une exécution forcée ou comme le calcul par leurs destinataires, d'un contournement de la règle ou du jugement.

En outre, l'action collective est plus efficace si le destinataire d'une injonction s'en remet aux raisons de l'autorité au lieu d'effectuer lui-même une balance des raisons³⁷.

³⁶ L'enjeu individuel s'élevait à 6000 € environ dans cette procédure en remboursement de soins de santé. Mais aujourd'hui, un nouveau dossier attend d'être jugé à propos d'une question similaire : son enjeu est supérieur à 10 000 € et il porte sur l'application de la même norme, en ce qu'elle exige un rapport signé par un médecin spécialisé en sciences dentaires, alors que le patient appuya sa demande au moyen d'un rapport médical signé « seulement » par deux dentistes d'une équipe médicale universitaire. Évidemment, les soins de santé ont déjà été dispensés ; la demande ne peut donc pas être réitérée pour régulariser les formalités en temps non suspect. Venu seul, le justiciable a expliqué sans l'aide d'aucun avocat que l'erreur survenue dans la jungle imprévisible des formalités administratives ne lui est pas imputable, et qu'il ne serait pas juste de le priver de son remboursement car il ne dispose pas des moyens de se soigner à ce prix-là ... Derrière ces litiges concrets, se trouvent des personnes, se trouvent des institutions. Le rôle du juge est un dosage des intérêts en présence mais en l'occurrence, doser ne permettait pas de concilier les deux intérêts en opposition, vu qu'ils sont incompatibles. Le juge doit donc choisir un camp, une thèse ... suivant quel référentiel va-t-il légitimer ce choix ?

³⁷ J. RAZ, *Authority and justification*, Oxford, Basil Blackwell, 1990, p.129.

Quels sont les dangers d'une légitimation des normes et des jugements ?

Certains auteurs considèrent qu'il est possible de distinguer les légitimations approuvables de celles qui ne le sont pas, sur la base d'une justification transparente et admissible³⁸.

Mais d'autres pensent que toute légitimation est un leurre et donc un risque à éviter.

Lorsqu'ils sont systématisés, les dispositifs de légitimation deviennent une machine à produire des subjectivations, c'est-à-dire une machine de gouvernement et d'oppression à l'instar de la « fabrique du sujet » que craignait Michel FOUCAULT³⁹. C'est pourquoi Michel FOUCAULT prône l'autonomie du sujet, sa différenciation, son individualisation. Il exige un respect rigoureux de son individualité par l'autorité.

Une seconde critique, tout aussi virulente contre la légitimation de nature politique (qu'elle soit normative ou judiciaire), émane du philosophe italien Giorgio AGAMBEN pour qui, sous son avatar contemporain, le capitalisme produirait même l'inverse d'un sujet moulé et discipliné. Le philosophe italien parle d'une « désobjectivation » des individus⁴⁰, dans un même regard que celui des « Règles pour un parc humain » du philosophe allemand Peter SLOTERDIJK⁴¹.

3. La culture positiviste a-t-elle un impact négatif sur la légitimité des jugements ?

En d'autres mots, la rigueur positiviste pourrait-elle coexister avec une culture juridique souple et pragmatique, plutôt que de lui faire barrage ?

La culture actuelle des praticiens du droit et de la justice, semble bien hermétique :

● Pour Pierre BOURDIEU, « Une science rigoureuse du droit ... s'arrache d'emblée à l'alternative qui domine le débat scientifique à propos du droit, celle du formalisme (qui affirme l'autonomie absolue de la forme juridique par rapport au monde social), et de l'instrumentalisme (qui conçoit le droit commun refoulé ou un outil au service des dominants) ... Les historiens du droit identifient l'histoire du droit à l'histoire du développement interne de ses concepts et de ses méthodes, (ils) appréhendent le droit comme un système clos et autonome, dont le développement ne peut être compris que selon sa dynamique interne. La revendication de l'autonomie absolue de la pensée de l'action juridiques s'affirme dans la constitution en théorie et d'un mode de pensée spécifique, totalement affranchi de la pesanteur sociale ; et la tentative de KELSEN pour fonder une

³⁸ C. MINCKE, *op. cit.*, p. 18, note 16.

³⁹ Pour ce philosophe français, le pouvoir est une prise de contrôle par certains, sur les esprits et sur les corps d'autres. Cette prise de pouvoir se réalise grâce à un encadrement disciplinaire lequel répond à la fois à une logique normative (car il fausse la normalité des comportements et des savoirs) et à une logique pastorale (car il manipule l'instinct grégaire). D'une part, la logique normative enferme les savoirs juridiques dans un cadre positiviste. Ce cadre positiviste signifie que : nos savoirs se sont constitués en disciplines scientifiques et celles-ci disent ce qui est « normal », en normant et en codifiant ce qui est permis de penser et de dire ; plus particulièrement, les savoirs juridiques servent une certaine nature humaine (uniquement, l'être humain que la science désire : un homme raisonnable, un agent purement rationnel) au service des projets des dominants (ceux qui décident ce qui convient pour la collectivité). D'autre part, la logique pastorale manipule notre instinct grégaire, grâce à la sacralisation de la norme. Cette divinisation de la norme entraîne une obéissance au groupe (le versant collectif/autoritaire supplante donc le versant de l'autonomie personnelle). La légitimation fabrique un « sujet assujéti », conforme, discipliné, politiquement correct. Cette mécanique de domination impose son emprise au nom de l'intérêt collectif (du moins ce qui est présenté tel) dans la conscience de l'individu.

⁴⁰ « Aussi la droite et la gauche qui se succèdent aujourd'hui pour gérer le pouvoir ont-elles bien peu de rapports avec le contexte politique d'où proviennent les termes qui les désignent. Ils nomment simplement les deux pôles (un pôle qui vise sans le moindre scrupule la désobjectivation et un pôle qui voudrait la recouvrir du masque hypocrite du bon citoyen de la démocratie) de la même machine de gouvernement.

« De là surtout, l'étrange inquiétude du pouvoir au moment où il se trouve face au corps social le plus docile et le plus soumis qui soit jamais apparu dans l'histoire de l'humanité ... Aux yeux de l'autorité (et peut-être a-t-elle raison), rien ne ressemble autant à un terroriste qu'un homme ordinaire. La politique qui supposait des sujets et des identités réels (le mouvement ouvrier, la bourgeoisie,...) et le triomphe de l'économie, aboutit à une pure activité de gouvernement qui ne poursuit rien d'autre que sa propre reproduction. »

⁴¹ P. SLOTERDIJK, *Règles pour un parc humain*, Éditions Mille et une nuits, 2000.

théorie pure du droit n'est que la limite ultra-conséquente de l'effort de tout le corps des juristes pour construire un corps de doctrines et de règles, totalement indépendant des contraintes et des pressions sociales et trouvant en lui-même son propre fondement ... »

« La démarche de KELSEN, fondée sur le postulat de l'autolimitation de la recherche au seul énoncé des normes juridiques, à l'exclusion de toute donnée historique, psychologique ou sociale, et de toute référence aux fonctions sociales que peut assurer la mise en oeuvre de ces normes, est tout à fait semblable à celle de SAUSSURE qui fonde sa théorie pure de la langue sur la distinction entre la linguistique interne et la linguistique externe, c'est-à-dire sur l'exclusion de toute référence aux conditions historiques, géographique et sociologique du fonctionnement de la langue ou de ses transformations. »

« Lorsque que l'on prend le contre-pied de cette sorte d'idéologie professionnelle du corps des docteurs constituée en corps de doctrine, c'est pour voir dans le droit et la jurisprudence un reflet direct des rapports de force existant, où s'expriment les déterminations économiques ... Les marxistes dits structuralistes ont paradoxalement ignoré la structure des systèmes symboliques, et dans le cas particulier, la forme spécifique du discours juridique ... Ils s'interdisaient par là de déterminer la contribution spécifique que, par la vertu même de sa forme, le droit peut apporter des à l'accomplissement de ses fonctions supposées⁴². »

● Pour Thierry KIRAT, cet obstacle n'est cependant pas insurmontable : *« la neutralité de la logique abstraite affirmée par les juristes et par les juges dissimule un ensemble de pré-conceptions, de préférence politique et de valeurs sociales ... Loin de considérer que la logique juridique déductive est la clé de la compréhension de l'activité des tribunaux, (l'école pragmatique s'est employée) à saisir les ressorts non judiciaires de la décision du juge⁴³ ». Alors, ... « le droit cesse d'être un texte sacré; il devient une pratique sociale habituellement monotone et vaguement bornée par des convictions éthiques et politiques. »*

Le fonctionnement judiciaire fait montre croissante d'un réel pragmatisme juridique :

Malgré le « biais cognitif » par lequel le positivisme déforme la réalité vue par les praticiens du droit et de la justice, on constate cependant une évolution dans l'élaboration du raisonnement judiciaire. Dans le cadre de sa fonction, le juge se rend bien compte qu'il ne peut pas méconnaître une dose minimale de légitimité et qu'il lui faut faire preuve d'un souci minimal du justiciable⁴⁴.

A cet égard, on peut observer que, même si cela reste implicite et non verbalisé, la plupart des juges se soucient cependant de légitimation et qu'ils veillent sur le sentiment de justice des destinataires de leurs jugements, grâce à certains expédients juridiques.

En voici deux exemples qui montrent comment la confection d'un raisonnement judiciaire témoigne d'une prise en compte du sentiment de légitimité ressenti par le justiciable.

PREMIER EXEMPLE : Le jugement s'exprime au travers d'une figure de style, le syllogisme, et visiblement, ce dernier connaît une évolution dans sa pratique actuelle.

Pour donner une meilleure impression d'avoir compris le justiciable et pour que leur jugement profite d'une meilleure acceptabilité, les juges ont déjà naturellement pris l'habitude de renverser les termes du syllogisme dans leur jugement : la mineure exposant les faits devient plus fréquemment la majeure du syllogisme, tandis que la règle de droit (théoriquement, la majeure dans le syllogisme positiviste) se retrouve en deuxième position, se transformant de facto en mineure.

Cette inversion au sein du syllogisme judiciaire fut récemment stimulée en Belgique, puisque plusieurs arrêts de cassation y ont consacré la « théorie factuelle de la cause », autorisant que malgré le principe dispositif, le juge puisse suppléer à la qualification juridique (déficiente) des faits⁴⁵.

Le renforcement du rôle actif du juge amène un gain de légitimité puisque l'axe des faits prend « de plein droit » une plus grande importance dans le raisonnement judiciaire.

⁴² P. BOURDIEU, « La force du droit - Éléments pour une sociologie du champ juridique », dans *Actes de la recherches en sciences sociales*, 1986, vol. 64, n°64, pp. 3 et 4.

⁴³ T. KIRAT, « Richard Posner, le juge et le pragmatisme : un regard critique », *Journée d'études. Les philosophes pragmatistes et les économistes : quelles proximités ?*, tenue à l'E.N.S. de Cachan le 11 avril 2005, <http://www.idhe.ens-cachan.fr/TexteKirat.pdf>

⁴⁴ G. de LEVAL, « Le citoyen et la justice civile. Un délicat équilibre entre efficacité et qualité. », dans *Revue Droit U.L.B. Bruylant*, 2006, n° 34, p. 9.

⁴⁵ Cassation belge, 14 avril 2005, *J. T.* 2005, p. 659, note de J. VAN COMPERNOLLE « La cause de la demande : une clarification décisive » ; Cassation belge, 23 octobre 2006, S.05.0010, www.juridat.be ; Cassation belge, 22 janvier 2007, S.04.0088, www.juridat.be.

L'acceptabilité par le justiciable est alors améliorée parce que ce dernier a l'impression que son cas fut mieux compris par le juge. Cette évolution rend plus hybride la judicature des juges, qui de moins en moins se décline exclusivement selon un positivisme dogmatique.

Le gain apparaît appréciable en termes de légitimation. Certains auteurs nous rendent cependant attentifs à plusieurs vices de raisonnement qu'ils soupçonnent de rompre ou corrompre la légitimation attendue, en infectant le processus syllogistique de fabrication du jugement⁴⁶.

DEUXIEME EXEMPLE :

Le jugement interprète la norme suivant certains principes non codifiés, eux-mêmes évolutifs.

Sans être un véritable outil de légitimation, l'interprétation de la norme peut stimuler ou freiner le sentiment de légitimité du destinataire d'un acte judiciaire. Malheureusement, il faut bien constater que l'interprétation usuelle en jurisprudence belge ou française, est restrictive et littérale. Cette pratique défavorise le processus de légitimation.

En premier lieu, plusieurs avis experts nous invitent à dépasser l'interprétation littérale, lorsque c'est possible et que le résultat en est plus efficace et plus légitime :

- « *Instrument de régulation par le droit, le juge, spécialement le juge de cassation, doit dicter des normes jurisprudentielles répondant à des critères de cohérence, d'exactitude, de sécurité juridique et de prévisibilité. La raison de son existence est en effet de dire le droit avec justesse et justice, de donner une souplesse évolutive à la loi qui préserve son efficacité et son autorité*⁴⁷ »

- « *Nos juges ont souvent eu tendance à privilégier l'interprétation littérale au détriment des autres méthodes et à ne pas accorder à la méthode téléologique toute l'importance qu'elle mérite. Par ailleurs, sous l'influence du positivisme juridique, ils ont volontiers conçu leur mission comme consistant à appliquer purement et simplement la norme, en interprétant le moins possible, voulant éviter par-dessus tout de pénétrer dans ce qui était vu comme les affres de la subjectivité et des jugements de valeur. Cette conception un tant soit peu étriquée de l'interprétation bat aujourd'hui en retraite. Il était aisé de constater que la poursuite de la certitude en matière d'interprétation est une illusion. Il y règne au contraire le doute, la relativité, la controverse ... En fait, notre méthode interprétative est actuellement, pourrait-on dire, dans une période d'adolescence, tiraillée entre l'enfance et l'âge adulte. De l'enfance, il nous reste une série de blocages qui nous coupent du sens profond du texte, blocages dont nous devons nous défaire pour que notre démarche interprétative atteigne sa pleine maturité*⁴⁸. »

En second lieu, à contre-pied des habitudes jurisprudentielles nationales, les Cours européennes montrent des raisonnements judiciaires plus ouverts à une anticipation des conséquences :

⁴⁶ Parmi d'autres, trois vices du syllogisme judiciaire se révèlent à l'usage :

Tout d'abord, le syllogisme fonctionne comme une mécanique intellectuelle servile et purement formelle. À cause de son formalisme et par la force de l'habitude, le syllogisme fait perdre de vue au juge qu'avec la légalité et l'effectivité, la légitimité constitue l'une des trois conditions de validation de son raisonnement juridique. Sans légitimation, le jugement n'effacera pas le sentiment d'injustice à l'origine du conflit.

Ensuite, parce qu'il enferme l'application des règles de droit à l'intérieur d'une logique close (c'est-à-dire dans un système normatif pyramidal restant hermétique), le syllogisme juridique se révèle fréquemment incohérent puisqu'il met en évidence les imperfections et les illogismes du système normatif, alors précisément que la rigidité positiviste de ce dernier ne permet aucune correction.

Enfin, sans considération pour une pertinence éventuelle, le syllogisme exclut toutes les logiques « non standard », hors du raisonnement juridique. Carine DURRIEU et de Serge DIEBOLT suggèrent aux praticiens du droit et de la justice, diverses logiques concurrentes du syllogisme juridique ; ces logiques « non standard » offrent de meilleurs chemins de légitimation, garantissant pareillement une égalité de traitement à chaque justiciable, sans présenter des risques d'arbitraire ou de discrimination, plus importants que la pure application des syllogismes juridiques.

⁴⁷ G. Canivet, « La crédibilité du juge », dans *Rapport annuel de la Cour de cassation*, année 2000, Deuxième partie : Études et documents, pp. 37-38, Discours prononcé par M. Guy Canivet, premier président de la Cour de cassation, lors de l'audience solennelle de début d'année judiciaire, le jeudi 11 janvier 2001, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/deuxieme_partie_etudes_documents_100/par_m_5848.html

⁴⁸ R. TREMBLAY, *L'essentiel de l'interprétation des lois*, Cowansville, Yvon Blais, 2004, p. 2.

• Tout d'abord, la Cour Européenne des Droits de l'Homme interprète la Convention fondatrice comme un « instrument vivant » qui exige une « interprétation dynamique » « à la lumière des conditions de vie actuelles⁴⁹ ».

La Cour accorde une importance limitée au texte même de la Convention car l'objet et le but de la Convention sont de protéger les individus contre les ingérences arbitraires des Etats contractants. Dès lors, la Cour évite toute interprétation littérale de la Convention. Les termes utilisés dans la Convention impliquent des principes moraux qui évoluent au fil du temps. Cela signifie que, malgré les mots figés du texte, le contenu des droits n'est pas figé.

• Pour sa part, depuis son arrêt Van Gend en Loos⁵⁰, la Cour de Justice des Communautés Européennes fait souvent référence à l'esprit, à l'économie, puis seulement, aux termes du Traité C.E. pour procéder à l'interprétation de ce traité. Il apparaît donc que la Cour de Luxembourg recourt à l'interprétation systématique de la norme communautaire (vue comme une norme intégrée dans un ensemble) et à l'interprétation téléologique (vue comme une recherche d'efficacité de la norme). Cette interprétation téléologique s'est affirmée sous couvert de l'équité des grands principes de droit émanant des traités, lorsque la Cour identifie ceux-ci à la volonté de l'auteur de la norme, et qu'à ce titre, ces grands principes deviennent le critère d'interprétation : « ... il convient alors d'analyser si, à la lumière du principe d'égalité de traitement entre travailleurs communautaires, une telle conséquence est conforme au droit communautaire⁵¹ ».

Pour sa part, la Cour de cassation de Belgique est toujours restée excessivement prudente dans ses interprétations. Mais l'influence des cours européennes se fait parfois sentir, laissant espérer l'avènement d'un meilleur pragmatisme juridique en Belgique.

En ce sens, le commentateur Jean-François FUNCK observait avec beaucoup de pertinence, toute l'innovation contenue en germe dans un arrêt de cassation, prononcé le 17 juin 2002 à l'occasion d'une procédure de sécurité sociale non contributive⁵² :

« On sait que le modèle d'interprétation exégétique, dans sa formule absolue, est depuis longtemps abandonné : le juge ne limite pas son travail d'interprétation en examinant uniquement le sens littéral du texte (modèle objectiviste) ou l'intention du législateur (modèle subjectiviste) : « nul n'oserait plus soutenir aujourd'hui que le juge n'est que la bouche de la loi ».

« La référence aux mots du texte ou aux travaux préparatoires sensés révéler l'intention du législateur reste malgré tout une technique largement partagée par les juges. Elle s'inscrit cependant dans un modèle plus global que F. OST et M. VAN DE KERCHOVE ont appelé la méthode « systémique » : l'interprète cherche à reconstruire une cohérence du système juridique, à « inscrire la solution adoptée dans l'ordonnement d'ensemble, logique et axiologique, du système juridique ». « Le juge, dira le procureur général DUMON, découvre les règles de droit, non seulement dans les coutumes et les textes de lois mais aussi dans l'esprit des lois et les intentions du législateur, dans les principes généraux du droit, dans ce qui découle de la nécessaire coordination et harmonisation des innombrables lois et principes du droit, dans le but et la nature des institutions juridiques. Cette méthode se manifeste notamment par l'utilisation de la formule il résulte de toute l'économie de la législation. « C'est par cette même formule que la Cour de cassation clôture son raisonnement dans l'arrêt du 17 juin 2002⁵³.

« La Cour indique de la sorte que sa solution s'intègre dans l'ensemble du système juridique belge, qu'elle se déduit de la mise en concordance de diverses règles légales et constitutionnelles. La Cour de cassation adopte-t-elle, par cet arrêt, une méthode d'interprétation téléologique ? On dira qu'elle la frôle. Mais elle ne s'y engouffre pas. On sait qu'à l'opposé de la méthode exégétique, l'interprétation téléologique consiste à interpréter le texte légal en fonction de son objet et de son but. La méthode exégétique s'interroge sur le choix des mots ou sur leur place dans la structure du texte, parce que ces critères syntaxiques sont présumés révéler l'intention du législateur, que l'interprète doit faire advenir. La méthode téléologique s'interroge sur la réalité sociale dans laquelle le texte légal se meut et sur la fonction de ce prescrit légal au sein de cette réalité. Peut-être s'adapte-t-elle plus facilement à des textes fondateurs puisqu'elle ne vise pas tant à dire ce qu'est le droit qu'à donner une portée nouvelle, inédite à un texte de portée générale. »

⁴⁹ C.J.D.H., 25 avril 1978, *Tyner c. Royaume-Uni*, Série A, n°26.

⁵⁰ C.J.C.E., 5 février 1963, *VAN GEND en LOOS c. Adm. Fisc. Néerlandaise*, affaire n° 26/62, <http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61962J0026:FR:HTML>.

⁵¹ C.J.C.E., 9 novembre 2006, *Chateignier c. O.N.Em.*, C-346/05, dans *JTT*, 2007, p. 53.

⁵² J.-F. FUNCK, « Le juge et les silences volontaires du législateur : l'exemple du droit des étrangers à l'aide sociale », dans *J.L.M.B.*, 2002, p. 1420.

⁵³ Cassation 17 juin 2002, dans *J.L.M.B.*, p. 1158.

« D'inspiration téléologique, l'arrêt l'est lorsqu'il accorde priorité à l'objectif plutôt qu'au texte des dispositions légales. Il demeure néanmoins dans la logique « systémique » lorsqu'en définitive il justifie sa solution par un impératif de cohérence du système juridique. Téléologique, l'arrêt aurait pu l'être, s'il avait poursuivi dans la mise en oeuvre de l'article 23 de la Constitution. Avouons que sur ce point l'on reste quelque peu sur sa faim.

Car l'invocation de l'article 23 en reste à un stade incantatoire. La disposition constitutionnelle est citée, elle est même proclamée. Mais la Cour n'expose pas comment l'analyse de son objet et de son but permet de dégager la solution qui est la sienne. Il pourrait être intéressant qu'à l'avenir, la Cour s'engage dans la détermination des contours de ces droits économiques et sociaux fondamentaux, de leur portée, et de la manière dont ils peuvent être utilisés comme outils d'interprétation des lois. »

Par cette dernière réflexion, on bascule de l'instrument judiciaire au référentiel judiciaire.

Autrement dit, on passe de la caisse à outils, au management par objectifs ! Si l'interprétation est un outil de travail au service des praticiens du droit et de la justice, la finalité de cet instrument apparaît déterminante puisqu'en dernier ressort, c'est cette finalité qui devra guider l'utilisation de l'instrument de travail. On échapperait par là aux dangers inhérents à un calcul pragmatique et instrumental(isant).

Mais quelle est la finalité du règlement d'un conflit, qu'il soit opéré via jugement ou via accord né d'une négociation ?

Si on peut dire que l'exercice d'une fonction d'autorité répond à un rôle politique, le juge qui tranche ou qui concilie (ou pareillement, le médiateur qu'il délègue et qu'il contrôle à cette fin), doivent veiller alors à une meilleure légitimation de leur action, dans le sens qu'il leur faut apporter une contribution (une plus-value démocratique) au règlement étatique des conflits qui leur sont soumis. Si ce présupposé est admis, alors, les modes alternatifs de règlement des conflits ont une chance d'être intégrés harmonieusement au sein de l'institution judiciaire, avec une considération égale par rapport à celle donnée à la judicature. D'autant plus que les modes alternatifs sont précisément axés sur des négociations qui permettront une « signification normative partagée »... Mais qu'est-ce qu'une contribution démocratique ? Et comment la réaliser avec plus-value ?

e) Propositions en vue d'une plus-value démocratique de l'action judiciaire.

1. La « démocratie » comme thermomètre d'un certain pragmatisme juridique

À quoi sert un conflit ? Et en quoi la démocratie est-elle concernée par un conflit au sein de la société civile ou au sein de toute organisation humaine qui en fait partie ?

Partant du postulat que tout conflit traduit la manifestation d'un sentiment d'injustice, la raison d'être du conflit correspond à la volonté d'un membre au sein d'une organisation humaine, que soient définies (ou redéfinies) les conditions de coexistence au sein du groupe, c'est-à-dire les règles codifiant les rapports entre individus dans cette collectivité.

Adjudication et négociation d'un accord sont les deux modes décisionnels majeurs en vue de parvenir au compromis d'un nouveau « vivre ensemble », d'une nouvelle « citoyenneté⁵⁴ ».

Ce vivre ensemble et cette citoyenneté peuvent s'envisager suivant divers modèles.

Parmi tous les modèles possibles et en raison de ses avantages (car s'il y a renforcement de l'identité individuelle, il y aura consécutivement, renforcement de la motivation et donc de la « productivité » individuelle au service du groupe), le modèle de la démocratie est celui qui est supposé aboutir à la meilleure « efficacité globale » d'une organisation humaine.

C'est pourquoi chaque individu peut rationnellement admettre que ce modèle politique et social qu'est la démocratie, soit pris comme justificatif de légitimation par un tribunal qui impose autoritairement une solution à son conflit, qui accompagne sa conciliation ou qui homologue son accord de médiation.

Une première manière de concevoir la démocratie comme guide de légitimation, consiste à en extraire divers principes généraux et formels (une « procéduralisation ») qu'il suffirait de transposer en vue de garantir un procès « modèle » ou un accord négocié « modèle ».

⁵⁴R. BOURQUE et C. THUDEROZ, *Sociologie de la négociation*, Paris, La Découverte, 2002, p. 29.

Certains proposent d'atteindre pareille destination démocratique⁵⁵, en suivant le chemin du procès équitable, c'est-à-dire selon les référents procéduraux de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme. Le pragmatisme juridique se réduit à un traitement purement formel. Il suffirait d'un traitement procédural égalitaire des justiciables⁵⁶, à savoir par exemple : la légalité du juge, l'indépendance et l'impartialité de ce dernier, le délai raisonnable, la motivation lisibles et intelligible, le contradictoire, l'égalité des armes, les droits de la défense, la publicité, le droit à l'exécution effective et immédiate des décisions.

Une seconde manière d'insuffler une dimension démocratique au sein du processus de légitimation d'un jugement, serait de venir à la rencontre du sentiment d'injustice de la partie qui a provoqué le conflit. À cette fin, il faudrait envisager un traitement sociologique et philosophique du sentiment d'injustice, en équité normative plutôt qu'en équité instrumentale.

En partant du postulat que les individus raisonnent selon un cadre de pensée qui leur est commun⁵⁷, on parviendrait à situer sur cette échelle commune, ce qu'ils estiment auto-éthiquement inadmissible (versant individuel) ou ce qu'ils considèrent légitimement inadmissible (versant collectif), en distinguant l'éthique du groupe (devoirs socio-éthiques) et l'éthique de la société globale (devoirs anthropo-éthiques)⁵⁸.

Un tel guide de l'équité normative pourrait se révéler très utile pour l'exercice d'une fonction judiciaire (et nous le préconisons ci-après). Il se rallie à la sociologie de Luc BOLSTANSKI ; cette dernière postule une étroite relation entre le sentiment de justice et la démocratie (comme modèle de philosophie politique et sociale).

Dans cet esprit, la démocratie constituerait un cadre de pensée commune dans lequel se meut notre représentation idéale du bien commun. Cela signifierait que chaque représentation personnelle du bien commun convergerait vers une théorie politique et sociale, relativement commune à tous, théorie qu'en chacun de nous, nous identifions comme source de tous les comportements équitables, et qui nous rendrait disposés à admettre une légitimation.

Ainsi entendu, la démocratie servirait de référent pragmatique en vue de la justice, vu que les fonctions des acteurs de la justice ont pour objectif de traiter des conflits en tant que fonctions d'autorité ayant une nature politique et sociale.

L'action des acteurs de la justice appelle et implique une légitimité démocratique. Plus spécialement, ceux-ci devraient remplir un rôle de légitimation lorsqu'ils contribuent au traitement de ces conflits : par exemple, en justifiant la signification normative partagée que contient la solution imposée dans un jugement, ou, que contiennent les propositions de solution suggérées ou soutenues dans le cadre d'une conciliation/médiation.

Dans une vision pragmatique, cet accroissement de légitimité est la plus-value démocratique des acteurs du droit et de la justice car cette plus-value s'identifie avec une action de renforcement des volontés individuelles à poursuivre le « vivre ensemble » au sein du groupe.

Dans cet esprit pragmatique, le processus de légitimation consisterait donc à expliquer pourquoi la solution imposée par le juge ou la solution négociée avec l'aide d'un juge conciliateur (ou d'un médiateur qu'il avait délégué) est conforme à l'esprit démocratique.

Un tel cadre commun de pensée fournit le « référentiel démocratique » qu'il nous fallait pour traiter les sentiments d'injustice suivant une procédure équitable au fond (et non seulement dans la forme). Pour

⁵⁵ C. MINCKE, *Efficacité, efficacité et légitimité démocratique du ministère public*, Presses Universitaires de Louvain, 2002, pp. 97-105.

⁵⁶ N. FRICERO, « La qualité des décisions de justice au sens de l'article 6 § 1er de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*, Actes du colloque de Poitiers, tenu les 8 et 9 mars 2007, pages 50 à 57, <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>

⁵⁷ On vise ici une équité normative dans le sens d'une « coutume » qui s'inférerait sociologiquement à partir de ce cadre commun de pensée, plutôt que des « droits naturels innés » et connus spontanément de chaque individu.

⁵⁸ E. MORIN, *La méthode 6, Éthique*, Paris, Seuil, 2004, voir les IIIe, IVe partie et Ve Parties.

rendre concret ce référentiel démocratique, il nous faut maintenant examiner l'exacte étendue du concept de démocratie.

Au préalable toutefois, trois observations viennent nuancer le potentiel méthodologique de ce repère conceptuel : d'une part, le critère démocratique n'est que partiellement opérant, et d'autre part, son utilisation naïve ne serait pas sans danger.

Première observation :

Tout d'abord, le référentiel démocratique n'est malheureusement ni univoque, ni même unique. En effet, si ce référentiel avait été simple et indivisible, on aurait pu circonscrire la démocratie au moyen d'un test appelé « bien commun statistique » ! Or cela n'est pas possible car il y a autant de biens communs que de cultures différentes ...

Luc BOLSTANSKI ne s'y est pas trompé puisqu'il a bâti SEPT CITÉS (et non une seule), à savoir sept modèles de représentation, dont émaneraient tous les sentiments d'injustice (et corollairement, toutes les justifications en réponse à une doléance d'injustice). Ces sept modèles de philosophie politique et sociale dessinent une image impressionniste de la démocratie ; ils expliquent tous les sentiments d'injustice qu'on pourrait répertorier au sein des multiples sous-cultures constitutives de notre culture dite « occidentale ». Le modèle explicatif de Luc BOLTANSKI est cependant relatif. D'une part, il ne fonctionne pas lors d'un conflit multiculturel ou dans des contextes conflictuels qui sont culturellement distincts de notre démocratie occidentale. D'autre part, ce modèle cesse d'être opérant en cas de violence ou en cas de purs rapports de force, inévitables. Notre seconde observation explicitera pourquoi.

Seconde observation :

Les valeurs et représentations fondant la démocratie, peuvent générer certains effets pervers.

En premier lieu, si l'arrachage d'un citoyen à la « sérialité » des masses renforce son identité, et partant sa motivation ainsi que sa « productivité sociale », la consolidation de cette identité est aussi créatrice de différence et accentue le sentiment d'altérité.

C'est pourquoi en renforçant l'identité (et donc la différence, l'altérité), on renforce par ricochet l'exaspération des conflits.

Le cercle est vicieux puisqu'en légitimant le retrait d'un sentiment d'injustice et en réglant le conflit qu'il suscitait, on potentialise simultanément d'autres risques de tension conflictuelle⁵⁹.

En second lieu, les institutions ont tendance à figer les valeurs et les représentations qui ont fondé leur naissance. En réalité, l'autorité tend à créer les conditions de sa propre conservation (qualifiée de « sécurité juridique »). Ceci est vrai plus particulièrement pour les praticiens du droit et de la justice, comme l'a démontré magistralement le sociologue français Pierre BOURDIEU⁶⁰. Par exemple, grâce à leur caractère répétitif, les solutions jurisprudentielles cherchent à pérenniser les fondements culturels sur lesquels elles se sont fondées, en les sacrifiant.

Les instigateurs de cette sécurité juridique sont désignés par le philosophe Michel FOUCAULT qui ne pointe pas seulement du doigt les praticiens du droit et de la justice, mais aussi les structures pédagogiques car celles-ci tendraient à diviniser les savoirs juridiques, en les enfermant dans un cadre disciplinaire.

Ce cadre disciplinaire signifie :

- que nos savoirs se sont constitués en disciplines scientifiques affirmant ce qui est « normal » et qui, donc, norment et codifient ce qu'il est permis de penser et de dire ;

⁵⁹ M.-L. ROUQUETTE, *La créativité*, Paris, PUF, 1973, p. 6.

⁶⁰ P. BOURDIEU, *op. cit.*, p. 3.

• que, plus particulièrement, les savoirs juridiques servent une certaine nature humaine (uniquement, l'être humain que la science désire : un homme raisonnable, un agent purement rationnel) au service des projets des dominants (ceux qui décident ce qui convient pour la collectivité).

FOUCAULT critique cette propension disciplinaire car elle affaiblit la légitimité, en grevant excessivement la liberté de l'être humain et l'autonomie de ses intérêts, sous le poids collectif. Il décrit clairement la prise de pouvoir qui se réalise grâce à cette logique disciplinaire, logique normative et pastorale (car elle manipule l'instinct grégaire).

En manipulant notre instinct grégaire, la sacralisation de la norme a pour effet, une obéissance au groupe (le versant collectif/autoritaire supplante donc le versant de l'autonomie personnelle). La légitimation par l'autorité vise à fabriquer un « sujet assujéti », et la démocratie servirait là de prétexte à d'occultes dispositifs de domination.

Ces dispositifs non transparents justifieraient leur emprise sur la conscience de l'individu, au motif de l'intérêt collectif (du moins ce qui est présenté tel).

Cette « disciplinarisation » du savoir juridique exclut tous ceux qui ne rentrent pas totalement dans le moule rationnel qu'elle institue.

Ainsi, celui qui agit de manière anormale et celui qui interprète la norme sans conformisme, sont considérés comme des « aliénés » (fauteurs de troubles ou scientifiques déviants) comme l'étaient devenus ceux qu'il fallait depuis le XVII^e siècle enfermer dans un asile d'aliénés !

Toutes ces conditions créent un rapport d'obéissance, en laminant les savoirs juridiques sous le poids d'une triple manipulation de la vérité scientifique :

- les contenus scientifiques deviennent un ensemble de vérités, de dogmes ;
- les contenus juridiques sont organisés en vases clos et séparés artificiellement des autres contenus scientifiques (c'est-à-dire en « clôture disciplinaire » : chaque discipline scientifique déployant une technique propre, réfléchie et bien organisée sous forme de règles générales, de préceptes, de méthodes, qui ne peut plus se mêler aux autres savoirs)
- les savoirs juridiques doivent être intériorisés comme légitimes (chaque individu doit être d'accord de calquer son action sur la normalité qui lui est inculquée comme « vérité scientifique » par « sa discipline scientifique »).

Les observations ci-dessus démontrent la nécessité d'une grande circonspection dans la pratique des dispositifs de légitimation par les métiers du droit et de la justice.

Troisième observation :

Notre postulat suppose ici que les individus raisonnent suivant un cadre de pensée qui leur est commun dans la détermination des comportements éthiquement inadmissibles.

Pour convaincre qu'un label de légitimité cautionnait telle norme ou tel jugement, les dispositifs de légitimation dont nous avons parlé jusqu'ici devaient démontrer que cette norme ou ce jugement constituaient la voie la plus sûre vers le bien commun et vers le « *vivre ensemble* ». Pareils dispositifs sont « orientés démocratie ». Ils opèrent seulement à partir d'une légitimité sensu stricto, tandis qu'il existe un second degré de légitimité.

Car même si notre instinct grégaire témoigne d'un profond besoin sociologique de participer à la vie collective et même si notre orientation pastorale est un réceptacle bien disposé à accueillir les dispositifs de légitimation, tous les dispositifs que nous avons évoqués, rencontrent seulement les facettes collectives de l'éthique (socio-éthique pour l'éthique au sein d'un groupe organisé, et anthropo-éthique pour l'éthique au sein de l'humanité tout entière) : ils se situent exclusivement en zone d'hétéronomie (versant collectif) et ils n'opèrent pas en zone d'autonomie (versant individuel).

Le dispositif de légitimation appelle aussi une seconde facette afin de répondre à d'autres sentiments d'injustice, de nature éthique : à cet égard, il peut être

Le référentiel démocratique n'est donc pas suffisant à lui seul et il faudra consolider les dispositifs de légitimation en y adjoignant un référentiel auto-éthique.

Une légitimité sensu lato implique donc une double logique de justification, non seulement sociologique, mais en outre philosophique.

Dès lors, après avoir justifié du bien commun, les processus de légitimation devront aussi expliquer pourquoi la solution imposée par le juge ou la solution négociée avec l'aide d'un juge conciliateur (ou d'un médiateur qu'il avait délégué) est conforme à l'éthique, ou plus exactement, ne consacre pas une solution éthiquement inadmissible.

En résumé, pour être crédibles, les processus de légitimation sont tributaires d'un référentiel. Pour les acteurs du droit et de la justice, le concept le mieux opérant au regard du pragmatisme juridique serait actuellement sans doute celui de démocratie.

Une bonne orientation des processus de subjectivation vers la démocratie n'est cependant pas suffisante. Certaines carences de légitimité risquent quand même de surgir : par exemple quand il existe une tentative de domination, les rapports de pouvoir altèrent les vraies valeurs démocratiques et corrompent la culture où baignent les dispositifs de légitimation.

Enfin, au-delà de la démocratie, le référentiel ultime est l'équité qui englobe deux composantes : le bien commun démocratique (critères socio- et anthropo- éthiques) et l'auto-éthique.

2. Comment donner une consistance opératoire au concept de « démocratie » ?

Il n'est pas simple de circonscrire la démocratie d'une manière suffisamment concrète pour que ce concept abstrait devienne un guide pratique de légitimation (c'est-à-dire un guide en vue d'une pragmatique juridique qui bâtirait des dispositifs approuvables comme significations normatives partagées).

Pour y parvenir, il faut éclairer la complexité du concept polysémique de démocratie, en différenciant les trois significations principales de la « démocratie », à savoir :

- un sens juridique (l'institution étatique),
- un sens sociologique (une culture et une idéologie, ainsi qu'une théorie de la gouvernance et de la gestion des organisations humaines),
- un sens philosophique (une théorie politique du vivre ensemble).

Malgré la distance qui les sépare, ces trois significations occupent un espace commun : leur intersection, c'est à la fois l'explication de la raison d'être du conflit et à la fois le chemin tracé vers une solution légitime pour ce conflit.

Chacun des trois sens du concept de démocratie agit comme un moteur de légitimité. En effet, ces trois significations ont l'aptitude de mettre en mouvement un dispositif de subjectivation, c'est-à-dire que toutes trois offrent la capacité d'être intériorisée par leurs destinataires, en suscitant chez eux une conformation de plein gré, tantôt à une décision autoritaire du juge, tantôt à une décision issue de leur propre négociation.

D'une part, pour réussir pareille subjectivation, le dispositif doit obtenir le remplacement d'un sentiment d'injustice, par des opinions nouvelles qui vont modifier l'état d'esprit des personnes destinataires, en convainquant celles-ci que les nouveaux raisonnements proposés sont mieux conformes à la démocratie que leurs raisonnements personnels antérieurs.

D'autre part, la réussite d'un tel processus de subjectivation dépend aussi de la bonne volonté et du dynamisme des praticiens du droit et de la justice. La vision de leur propre fonction doit s'élargir, s'ils veulent mettre en œuvre la légitimation préconisée :

- s'ils visent le pragmatisme juridique pour objectif, le « rôle politique » des acteurs judiciaires doit alors se conformer aux trois dynamiques ci-dessous de la démocratie ;
- mais surtout, leur attention doit se porter sur toutes les implications non juridiques du conflit à résoudre (politiques, sociologiques, culturelles, gestionnaires ou encore philosophiques).

Quelles forces animent ces trois moteurs de la démocratie ?

- La démocratie est tout d'abord une dynamique étatique et institutionnelle

La « démocratie des juristes » est avant tout une architecture juridique (un organigramme institutionnel et des procédures juridiques) qui étaye un système particulier de fonctionnement d'une collectivité politique. En d'autres mots, la démocratie est ici un modèle particulier d'organisation d'un système juridique.

En quoi ce modèle apporte-t-il une légitimité que d'autres modèles n'ont pas ?

Quels en sont les vices ?

Depuis la constitution de l'État français ou belge, nos démocraties ont principalement recherché leur légitimité au travers d'une architecture particulière : dessinant une répartition des pouvoirs entre trois autorités (à la fois divisées pour protéger les citoyens mais collaborant en vue d'une efficacité institutionnelle) et opérant une sacralisation de la loi, l'individu était assujéti au système juridique organisant l'État. Cette conception de la démocratie était acceptée par les individus, puisque ses deux figures successives (à savoir l'État-gendarme dans un premier temps, et puis l'État-providence dans un second temps), leur donnaient des motifs d'être plus contents que mécontents. La figure d'un tel État démocratique constitua un dispositif de subjectivation longtemps prééminent puisque ce modèle se prétendait efficace et puisque la majorité des citoyens acceptaient le postulat de cette efficacité meilleure, et donc, acceptaient de se soumettre à la loi et aux jugements de cet État.

À partir de 1980, les dysfonctionnements constatés par les citoyens ont fait douter ceux-ci du précepte démocratique. En réponse au scepticisme croissant et à la contestation des citoyens, le système juridique a généré de nouvelles valeurs démocratiques, dans le sillage et suivant les préceptes de la vague économico-gestionnaire à la mode.

La nouvelle architecture de l'État démocratique prit alors le visage de l'« *État social actif*⁶¹ ».

Ce dernier se caractérise notamment par l'emprunt aux entreprises privées de méthodes de gestion à visée économique : des services plus performants au moindre coût possible.

Les dispositifs de légitimation se sont singulièrement modifiés : aujourd'hui, le travail des métiers du droit et de la justice est déclaré « acceptable » s'il satisfait à des standards de qualité, à l'instar des normes ISO dont se sont dotées beaucoup d'entreprises.

Il en résulte que la porte s'ouvrait en faveur des divers guides de légitimation qui extrayaient hors de la CEDH, une procéduralisation, outre divers principes généraux et formels, et qui les transposaient en vue de garantir un procès modèle :

« la qualité de la justice s'apparente essentiellement à un enjeu de bonnes pratiques juridiques et gestionnaires, objectivable sous la forme de principes (apparences d'impartialité, procès équitable...) et d'indicateurs de rendement (plus grande rapidité, maîtrise des coûts) extérieurs à l'activité judiciaire elle-même⁶². »

⁶¹ D. DUMONT, « Vers un état social actif », dans J.T.T., 2008, p. 133.

⁶² A. VAUCHEZ, « Les jauges du juge. La justice aux prises avec la construction de sa légitimité », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*, Actes du colloque de Poitiers 8 - 9 mars 2007, p.66, <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf> : « Le premier courant réformateur s'articule autour du thème de la procéduralisation de la justice. Il s'inscrit dans le contexte d'un retour des thématiques de l'Etat de droit à partir du début des années 1980 et s'appuie sur l'afflux des jurisprudences européennes (Cour européenne des droits de l'Homme, Cour de justice des Communautés européennes) et constitutionnelles dont on sait qu'elles sont particulièrement soucieuses des garanties procédurales apportées dans l'administration de la justice. Le travail de systématisation et d'universalisation de ces jurisprudences engagé par un ensemble de professeurs de droit qui y voient le socle d'une nouvelle modernité juridique a conduit à redéfinir les différentes branches du droit et les différentes juridictions au prisme de nouveaux concepts tels que le procès équitable ou l'apparence d'impartialité. Pour divers qu'ils soient, ces investissements dans un droit savant de la procédure ont défini un ensemble de standards juridiques du procès qui tiennent à ses « principes directeurs » (droits de la défense, principe du contradictoire...), mais aussi d'une manière générale à l'organisation judiciaire (droit au recours effectif, droit au juge naturel, apparences de l'impartialité, double degré de juridiction...). Loin de n'être qu'un enjeu essentiellement technique bon pour les spécialistes de la chicane que sont les praticiens du droit, la procédure fait ainsi désormais figure de véritable socle fondamental pour l'ensemble de l'ordre juridique, une sorte de droit commun de liberté, d'égalité et de fraternité.

Il en résulte aussi, selon Jean-Paul JEAN, que « la légitimité de la décision judiciaire se gagne à travers le sentiment de justice » et qu'elle se mesure à l'aune des exigences de qualité : « quelle que soit la qualité des systèmes judiciaires, le respect ou l'acceptation de la décision de justice ne s'appuie plus seulement sur sa légitimité institutionnelle, elle doit aussi bénéficier de la confiance des citoyens. Le niveau d'exigence des citoyens européens vis-à-vis des institutions est aujourd'hui plus élevé. C'est ce que nous montrent en particulier les enquêtes qualitatives auprès des usagers effectuées dans un nombre de plus en plus grand de pays.

A partir des éléments disponibles au Conseil de l'Europe et notamment au sein de la CEPEJ, l'on peut rapidement évoquer la question des attentes des citoyens puis un second point qui intéresse directement la qualité des décisions, celui des dysfonctionnements de la justice.

C'est là où intervient de façon centrale la question de l'évaluation en termes de politique publique. Comment, à travers la démarche-qualité, mesurer et améliorer la confiance des citoyens dans celles et ceux qui rendent les décisions de justice⁶³ ?

L'avènement de cette démarche-qualité est minutieusement décrit par Antoine VAUCHEZ⁶⁴, mais plus sûrement encore, la limite des capacités légitimatrices d'une telle dynamique institutionnelle.

Pour Antoine VAUCHEZ, plusieurs effets pervers commencent à se dévoiler :

« Forme de rationalisation juridique savante, le procès équitable ou l'apparence d'impartialité ... s'opère in fine aux dépens des savoir-faire et des usages professionnels développés par les juges eux-mêmes. Ainsi, ce double mouvement de rationalisation juridique et bureaucratique dépossède (partiellement) les professionnels de la justice de l'évaluation de leurs propres pratiques au profit de ceux qui sont, en dernière instance, les spécialistes de ces systèmes (juridique ou comptable), qu'ils soient professeurs de droit ou, de manière plus marquée, hauts fonctionnaires. »

« Dès lors, ces transformations dans les registres, dans les outils et dans les acteurs engagent bel et bien une déstabilisation des mondes judiciaires traditionnels sommés d'accepter l'intrusion de ces nouveaux standards dans l'évaluation des biens publics judiciaires dont la singularité est désormais contestée de toutes parts⁶⁵. »

De même, observait déjà Christophe MINCKE en 1999, les processus de subjectivation semblent avoir atteint le seuil de leur acceptabilité dans le champ juridique : « d'une part, les modes de légitimation de l'autorité, qui sont aussi des modes de dissimulation, semblent masquer aux yeux des magistrats, le cœur même de leur autorité ... d'autre part, les magistrats vivent aujourd'hui des difficultés particulières du point de vue de la légitimité de leur autorité (...) à savoir le fait que l'action du juge est définie par des cadres légaux parfois forts vagues. Les modes de légitimation et de dissimulation de l'autorité, fondés sur le syllogisme et la référence à la loi perdent alors de leur efficacité pour laisser le magistrat seul face au justiciable.

« Les difficultés structurelles rencontrées par les magistrats pour faire reconnaître la légitimité de leur autorité posent question. Comme on l'a vu ci-dessus, hors du cas de la lutte traditionnelle entre le magistrat et les délinquants, le deuxième étant

Ce nouvel étalon de la bonne justice fait ainsi apparaître un nouveau corpus de principes d'évaluation indépendants des comportements du juge lui-même, et qui tiennent à la régularité formelle du procès. La notion d'apparence d'impartialité est tout à fait caractéristique à cet égard, qui cherche moins à garantir l'impartialité subjective du juge qu'à assurer celle objective de la fonction et de la procédure judiciaires. Cet étalon procédural s'apparente à une entreprise de rationalisation/normalisation de l'écheveau complexe et hétérogène de juridictions... »

63 J.-P. JEAN, « La qualité des décisions de justice au sens du conseil de l'Europe », dans P. MBONGO (dir.), *Les qualités des décisions de justice*, Actes du colloque de Poitiers, tenu les 8 et 9 mars 2007, p. 42, <http://www.coe.int/t/dg1/legalcooperation/cepej/quality/Poitiers2007final.pdf>

64 A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p.59 : « Le second courant réformateur s'articule autour du thème de la modernisation administrative. La constitution de la justice en enjeu spécifiquement bureaucratique, c'est-à-dire en problème de gestion et d'organisation, suit de près la montée en puissance au cours des années 1980 de la thématique de la réforme de l'Etat au cœur de l'agenda politique. Cette préoccupation n'est pas nouvelle ... mais, puissamment relayée par les réseaux réformateurs de la haute fonction publique, elle acquiert à partir du milieu des années 1980 une légitimité politique sans précédent.

Dès lors qu'il est ainsi porteur d'une plus grande objectivité de l'institution judiciaire en organisant la calculabilité et la prévisibilité de son fonctionnement, dès lors qu'il tend à expliciter et à systématiser les critères du comportement attendu du magistrat, ce processus s'analyse comme une forme de rationalisation de l'exercice de l'activité judiciaire dont la légitimité tend à être jugée au regard d'une régularité formelle (et non plus substantielle) qu'elle soit procédurale ou gestionnaire. Parce qu'elle repose sur un système toujours plus complet d'indicateurs liés logiquement les uns aux autres, cette rationalité de type formelle éloigne davantage encore l'activité judiciaire de sa définition comme art professionnel irréductible à toute forme de mise en équivalence et de mesure. L'un des indices les plus frappants de ce mouvement de rationalisation est certainement la montée en puissance multiforme du chiffre dans l'univers judiciaire. On aurait tort en effet de voir dans ces transformations des registres et des outils de la réforme, un simple changement de référentiel ou de paradigme en matière de politique publique de la justice. »

65 A. VAUCHEZ, *op.cit.*, p.66.

souvent réticent à se rendre aux raisons du premier, ce sont aujourd'hui « les braves gens » qui admettent difficilement les normes imposées par les magistrats. Le problème est que, contrairement à ce qui se produit vis-à-vis des délinquants, il n'est ici plus question de faire usage de la coercition pour imposer des comportements conformes.

« La solution est-elle dans un durcissement des normes légales afin qu'elles reflètent l'état des normes préexistantes s'imposant aux individus dans la société et qu'elles permettent au juge d'émettre des normes légitimes ? Ou revient-il aux politiques d'agir sur les raisons au fondement de l'action des populations concernées afin de les mettre en accord avec le droit ? Cette question relève plus de la théorie de l'autorité et de la philosophie politique, sous la forme d'un questionnement sur le rôle de l'État démocratique. Ce dernier doit-il être le reflet fidèle de l'opinion du moment où le moteur de l'évolution d'une société vers un idéal de justice ? La question reste posée⁶⁶. »

- La démocratie est ensuite une dynamique sociale et sociétariaire

La démocratie des sociologues s'observe dans les valeurs et les représentations qui poussent les individus à s'agréger et à vivre en commun.

Ces valeurs et ces représentations sont des traits de nature culturelle et, sous diverses expressions, elles peuvent soutenir une justification au moyen de référents légitimes.

Par exemple, notre représentation d'une société étatique, ou pareillement, de toutes les organisations humaines (entreprises ou administrations publiques), engendre deux convictions intimes lesquelles facilitent la subjectivation d'un dispositif logique.

En premier lieu, nous voyons le pouvoir hiérarchique comme le mode le plus efficace de coordination d'un groupe (c'est l'aspect « *cratos - κρατος* » de la démocratie). Autrement dit, nous pensons qu'un groupe est toujours plus efficace que la somme des individus qui le composent, mais à condition que ce groupe soit structuré et hiérarchisé.

En second lieu, nous avons la conviction paradoxale que cette efficacité serait améliorée si, au sein du groupe, les individus trouvaient la reconnaissance des autres membres de cette collectivité (c'est l'aspect « *demos - δημοσ* » de la démocratie).

En d'autres mots, nous attendons du groupe, une identification valorisant la personne, apte à motiver chacun des membres du groupe.

Certes, toutes ces valeurs évoluent dans l'espace et dans le temps culturels.

Cependant, l'habilitation de la hiérarchie (versant collectif) et l'habilitation des qualités propres de l'individu (versant individuel) apparaissent comme deux valeurs ou deux représentations, démocratiques, constantes, mais en tension permanente.

L'OCDE propose de surmonter la résistance entre ces extrêmes, en encourageant la COOPERATION (plutôt qu'en imposant une COORDINATION), en reconcentrant les tâches par projets et en mettant l'accent sur la performance (et la responsabilité) globale plutôt qu'individuelle⁶⁷. Ces préceptes émanent de la sociologie des organisations, dont la clairvoyance est particulièrement utile pour étayer la présente démarche méthodologique.

- La démocratie est enfin une dynamique philosophique

En œuvrant à l'élaboration du bien commun (terrain de la philosophie politique et sociale), ces forces de communication et de compréhension constituent donc une double condition de validité pour les deux précédentes dynamiques démocratiques.

Dès lors, la légitimité démocratique sera intériorisée par les individus, à condition que les messages envoyés par les dispositifs de légitimation soient communiqués à tous les destinataires et soient bien compris par chacun.

⁶⁶ C. MINCKE, « Les magistrats et l'autorité », dans *Droit et Société*, n° 42/43, 1999, p.360.

⁶⁷ O.C.D.E., *Construire aujourd'hui l'administration de demain*, Gouvernance, Paris, 2001

Or la communication, à elle seule est une simple technique. Elle n'apporte pas la compréhension : si elle est bien transmise et si elle est décodable, une information apporte l'intelligibilité, c'est-à-dire la compréhension intellectuelle, mais seulement et uniquement la compréhension intellectuelle. Pas la subjectivation du message.

Car il y a une seconde compréhension, la compréhension humaine. Et celle-ci ne passe ni par l'explication, ni par l'intelligibilité.

Elle implique une connaissance de sujet à sujet :

- c'est l'empathie : reconnaître l'autre et être reconnu de lui (cette dimension est émotionnelle : reconnaître que l'autre éprouve un sentiment),
- c'est aussi la reconnaissance éthique (reconnaître que le sentiment éprouvé par l'autre est un sentiment d'injustice).

Souvent, le pouvoir hiérarchique qui coordonne le groupe, omet de prendre cette seconde compréhension, en compte. Nous entrons ici dans une dynamique institutionnelle et sociétaire de la démocratie. Celle-ci est une dynamique proprement philosophique car « *L'éthique se résume à résister à la cruauté du monde*⁶⁸ ».

Une organisation humaine pour se maintenir doit donc impérativement faire pencher la balance des affects qui résultent de la vie sous le rapport institutionnel. Ceci signifie que le rapport à l'autorité crée des affects. Cette dernière ne peut pas imposer n'importe quoi, qu'elle ne peut pas faire n'importe quoi à ses sujets :

- « *les actions auxquelles il est impossible d'amener personne, que ce soit par des récompenses ou des menaces, ne tombent pas sous le droit de la Cité.* » (SPINOZA, « *Traité politique* », II, 8)
- « *nul ne se dessaisit de sa faculté de juger.* » (SPINOZA, « *Traité politique* », III, 8)

Si l'autorité excède les bornes de la tolérance individuelle, les sujets se retourneront contre l'organisation humaine elle-même, car

- « *chacun par les lois de sa nature poursuit ou repousse nécessairement ce qu'il juge être un bien ou un mal ...* » (SPINOZA, « *Éthique* », IV, 19)
- « *plus grande et la tristesse, plus grande est la puissance d'agir par laquelle l'homme s'efforce de lutter contre la tristesse ...* » (SPINOZA, « *Éthique* », III, 37)

Si la vie sous le rapport institutionnel est devenue attristante au point d'être jugée intolérable, les individus repousseront ce qu'ils jugent être un mal (c'est-à-dire ce qu'ils imaginent cause de leur tristesse) et ils dénonceront leurs renoncements passés, consentis pour vivre au sein du groupe, entraînant la rupture avec l'institution et soustraction à ses rapports, soit individuellement, soit collectivement⁶⁹.

Pour qu'il en soit ainsi, il suffit donc un déplacement soudain de la frontière de l'acceptable et de l'inacceptable, au terme duquel le sujet prend le risque d'affronter des puissances qu'il craignait jusqu'alors (pas seulement d'ailleurs la crainte vis-à-vis de l'institution elle-même, mais aussi la crainte vis-à-vis des risques de la vie hors de l'institution et dont l'institution le protégeait).

Si l'affect de colère contre l'institution est suffisamment intense et surtout suffisamment partagé pour décider non plus seulement des fuites individuelles mais d'une mise en mouvement collectif, alors peut se former une coalition de puissance séditeuse se déterminant à la confrontation avec la puissance institutionnelle :

- « *Il est certain que la puissance et le droit de la Cité sont amoindris dans la mesure exacte où la Cité offrirait d'elle-même à un plus grand nombre de ses sujets, des raisons de se liquer.* » (SPINOZA, « *Traité politique* », III, 8)

⁶⁸ E. MORIN, « La citoyenneté terrestre comme remède à la barbarie », dans *Revue de l'Université de Franche-Comté*, janvier 2005, n° 118, www.univ-fcomte.fr/pages/fr/9-plan.html

⁶⁹ DIDEROT laissait poindre ce troisième visage de la légitimité démocratique, dans l'Encyclopédie dès 1755, « *Dictionnaire Raisonné des Sciences, des Arts et des Métiers* ». Denis DIDEROT y définissait le mot « *INDIGENT* : (adj.) *homme qui manque des choses nécessaires à la vie, un milieu de ses semblables, qui jouissent, avec un faste qui l'insulte, de toutes les superfluités possibles. Une des suites les plus fâcheuses de la mauvaise administration, c'est de diviser la société en deux classes d'hommes, dont les uns sont dans l'opulence et les autres dans la misère. L'indigence n'est pas un vice, c'est pis. On accueille le vicieux, on fuit l'indigent. Il n'y a point d'indigent parmi les sauvages.* »

La troisième dynamique démocratique, c'est une réflexion appréhendant les affects découlant du rapport à l'autorité ; c'est aussi une communication congruente, apte à impliquer et à donner confiance aux destinataires des processus de légitimation.

Sous une métaphore inspirée des mathématiques modernes, on pourrait visualiser la relation démocratique comme une qualité de certains éléments présents dans un ensemble (aptitude à la reliance), à l'inverse de la relation antidémocratique (aptitude à la déliance, aptitude de répulsion et de rejet).

5. DE NOUVEAUX HORIZONS METHODOLOGIQUES.

a) La méthodologie : intégrer les processus de légitimation dans le monde juridique.

Grâce à une grille de diagnostic sous la forme d'un arbre systématique de questionnement, nous préconisons d'affiner la substance exacte des problèmes de tension relationnelle, c'est-à-dire l'origine et la cause (les causes) d'un conflit. En remontant jusqu'à la source dans le ressenti d'une iniquité, le sentiment d'injustice s'éclaire alors sous un jour limpide. En effet, tout sentiment d'injustice apparaît toujours accouplé à une doléance, à un grief.

Or doléances ou griefs se regroupent globalement en deux catégories :

- les blâmes reprochant un comportement éthiquement inadmissible (blâmes visant l'éthique et la légitimité *lato sensu*) ;

- les blâmes reprochant qu'il n'avait pas été décidé ou agi selon le bien commun (blâmes visant la légitimité *stricto sensu*).

Réfléchir à partir des doléances et des griefs, correspond à un basculement complet de perspective pour les praticiens du droit et de la justice, formés au positivisme juridique.

Ceci force une approche des symptômes décrivant le mal (une atteinte aux représentations mentales du juste ou de l'équitable). Il faut obtenir la verbalisation de ce qui fut mal ressenti !

Mentalement, « répondre aux besoins de justice » doit se traduire dans le sens de « *fournir une réponse aux sentiments d'injustice* ». Car, en pratique, pour les acteurs de la justice, il s'agira de questionner un catalogue en deux catégories : les comportements anti-éthiques et les comportements illégitimes. Par le biais des projections individuelles d'une culture généralement partagée qui ressent l'« éthiquement inacceptable » et le « légitimement inacceptable », on parvient à découvrir l'origine des atteintes au principe de justice, dont se plaignent les personnes. Il suffit alors d'investiguer les causes de l'iniquité, lesquelles se situent foncièrement dans l'éthique et dans la légitimité. On les diagnostique grâce à l'indignation « généralement partagée » qu'elles suscitent. À partir de l'identification de ces atteintes, il devient envisageable de proposer une grille de travail pour traiter le conflit par la négociation et l'accommodation, ou sinon autoritairement.

Le raisonnement reste toutefois juridique. Il établit la correspondance analogique entre les comportements généralement tenus pour éthiques et pour légitimes, et le comportement qui a suscité une indignation. Cette relation analogique n'est pas toujours aisée à établir, surtout si les protagonistes situent leur comportement idéal sur des échelles différentes.

C'est pourquoi il nous faut achever la grille méthodologique suggérée, par une réflexion sur toutes les échelles personnelles qui classifient les référentiels éthiques des individus (nous les regrouperons sous l'appellation « syntaxe individuelle des sentiments d'injustice ») et toutes les échelles personnelles qui classifient les référentiels individuels de légitimité (nous les regrouperons sous l'appellation « cartographie mentale de l'activité normative »).

b) Une grille de lecture des conflits.

Le diagnostic de la substance d'un conflit procède d'une grille de lecture en huit étapes successives, qui correspondent à huit postulats sur lesquels le conciliateur ou le médiateur (qui utiliserait notre grille de lecture) devrait obtenir l'adhésion préalable des protagonistes :

1) Tout conflit résulte d'une situation de tension relationnelle. Or chaque problème de tension relationnelle découle d'une atteinte à un principe de justice car, dans les tensions qui les opposent, les personnes se réfèrent toujours à un principe de justice.

2) Tout principe de justice est inspiré par une représentation du comportement vertueux et/ou par une représentation du bien commun, car chaque décision ou chaque action humaine implique le choix préalable d'un principe de justice guidant, en fonction de l'éthique et/ou du bien commun, le choix décisionnel ou la volonté d'action.

3) Les individus agrègent leurs représentations personnelles d'un comportement vertueux (auto-éthique), au moyen d'un jugement éthique procédant par élimination : telle décision ou telle action n'aboutit-elle pas à un comportement « éthiquement inacceptable » ?

Entre plusieurs comportements possibles qui s'avèrent non « *éthiquement inacceptables* », les individus fixent leur ordre de priorité.

4) Les individus agrègent leurs représentations personnelles de la normalité/normativité, au moyen d'un jugement de légitimité : telle décision ou telle action correspond-elle aux prescriptions du bien commun ?

Entre plusieurs décisions ou actions « *légitimes* », les individus fixent par ordre de priorité celles qui correspondent le mieux à un comportement « *normal* » / « *acceptable* ».

5) Le comportement auto-éthique inacceptable est celui qui occasionne une indignation. Les causes possibles d'indignation éthique ne sont pas en nombre infini. Elles peuvent être recensées puis classifiées en quatre catégories exhaustives.

6) Chaque modèle personnel de normalité/normativité comprend un « registre des conduites » (versant décisionnel) et un « registre des justifications » (versant communicationnel). Les registres de conduites sur la base desquels les personnes formulent une dénonciation, et les registres de justifications ne sont pas en nombre infini ; ils peuvent aussi faire l'objet d'un inventaire. Ces représentations constituent de véritables « idéotypes » sur lesquels s'affrontent les individus parce que leurs choix et leurs priorités relèvent de différents registres ou parce que leurs choix sont différemment dévolus à l'intérieur d'un même registre.

7) Toute personne peut accepter de prendre du recul par rapport à ses décisions, à ses actions, à ses relations conflictuelles.

Toute personne a ensuite, dans cet esprit d'objectivité, la capacité de formuler une dénonciation blâmant l'atteinte à un principe de justice.

Toute personne a enfin, dans cet esprit d'objectivité, la capacité de formuler une justification en réponse à une telle dénonciation.

8) Les choix et les priorités opérés à l'intérieur des registres de conduites et des registres de justifications, peuvent être examinés SYMÉTRIQUEMENT, abstraction faite de la suprématie que leur attribuent les personnes en conflit.

c) La syntaxe individuelle des sentiments d'injustice : une classification des conduites auto-éthiques inadmissibles.

Principes

Pour mettre le doigt sur les comportements auto-éthiques inacceptables, il nous faut disposer d'un second instrument de questionnement.

Après le diagnostic (posé grâce à notre grille de lecture) des atteintes ressenties comme inéquitables, nous avons besoin d'une grille de travail apte à nous indiquer si les causes ayant provoqué une tension relationnelle, correspondent à un grief inscrit dans une des quatre catégories de conduites éthiquement inadmissibles.

Si la réponse confirme le grief éthique, l'indignation devient le témoin objectif du sentiment d'injustice. Selon Paul RICOEUR, L'INDIGNATION ÉTHIQUE constitue à la fois le critère symptomatique d'un comportement inacceptable mais aussi du besoin d'une justice autoritaire ou consensuelle qui écarte la violence :

« ... Ne discernons-nous pas dans l'indignation une attente précise, celle d'une parole qui instaurerait entre les antagonistes

une juste distance qui mettrait fin à leur corps à corps ? En cette attente confuse d'une victoire de la parole sur la violence consiste l'intention morale de l'indignation⁷⁰. »

L'approche méthodologique consiste ici à situer l'indignation éthique, une fois détectée, au regard des quatre causes catégorielles des comportements éthiquement inacceptables, énumérées par Paul RICOEUR.

Ceci suppose que L'ÉTHIQUE puisse être relativement bien comprise et conceptualisée⁷¹.

Grille méthodologique

L'INVENTAIRE DES INDIGNATIONS ÉTHIQUES regroupe tous les rejets relationnels qu'un individu opère parce qu'il s'estime victime d'une rupture aux principes de justice individuelle :

« ... Notre première entrée dans la région du droit a été marquée par le cri "C'EST INJUSTE" !

Or rappelons-nous ce que furent les situations typiques où notre indignation s'est enflammée :

- Ce furent, d'une part, des partages inégaux que nous trouvions inacceptables ...*
- Ce furent, d'autre part, des promesses non tenues qui ont ébranlé pour la première fois la confiance innocente que nous avions dans la parole sur laquelle reposent tous les échanges, tous les contrats, tous les pactes.*
- Ce furent encore des punitions qui nous paraissaient sans proportion avec nos larcins supposés,*
- ou des éloges que nous voyions arbitrairement échoir à d'autres que nous ; bref, des rétributions non méritées⁷². »*

En synthèse, le conciliateur ou le médiateur composera une grille méthodologique en dessinant quatre pistes possibles :

⁷⁰ P. RICOEUR, *Le Juste 1*, Paris, Éditions Esprit, 1995, p. 12.

⁷¹ L'éthique est une branche de la philosophie qui étudie l'agir humain : L'éthique théorique étudie les fins de la vie humaine ; au regard de la conscience, elle recherche la finalité de la vie humaine. Chacune des réponses à cette question constitue une théorie morale distincte. Cette théorie morale se développe soit la forme d'une réponse individuelle (les devoirs personnels ; les devoirs domestiques), soit sous la forme d'une réponse collective (les théories politiques et sociales, par exemple). En fonction de la théorie morale à laquelle on adhère, naît le sentiment d'une responsabilité (soit personnelle, soit sociale) spécifique ; le sentiment de la responsabilité personnelle/collective n'est donc pas nécessairement un sentiment partagé, même s'il existe des dominantes statistiques, distinctes selon le contexte historique et culturel. Dans nos sociétés, Luc BOLTANSKI estime que ces dominantes référentielles de la responsabilité collective sont au nombre de sept : il les appelle « les sept cités », soit sept façons différentes de se représenter le bien commun et de justifier ses actes au regard de celui-ci.

L'éthique appliquée vise plus directement les impulsions qui font agir chaque individu, c'est-à-dire les mobiles de la conduite humaine. Toute réflexion d'éthique appliquée se focalise sur l'espace délibératif et ce dernier devient le centre de gravité du questionnement sur les valeurs.

Dans cet espace délibératif, Paul RICOEUR distingue trois sphères : le sens de l'action individuelle (première visée), la nécessité d'une cohésion sociale (seconde visée) et le sens de l'action collective (troisième visée). Son éthique appliquée envisage successivement ces trois sphères, de la manière suivante : « *visée de la vie bonne, avec et pour les autres, dans des institutions justes* ».

Initialement, l'éthique s'applique donc aux mobiles de la conduite d'un individu : quels sont ses devoirs personnels ? comment échapper aux vices et atteindre les vertus ? Lorsqu'on observe les discours généralement partagés quant aux comportements considérés comme responsables, se dégagent des similitudes qui concourent à la conception des « bonnes pratiques » et rendent leur inventaire, concevable.

Depuis le développement de la sociologie des organisations, cette éthique appliquée s'est reportée également au niveau des collectivités humaines comme s'il s'agissait d'entités personnelles : y a-t-il manquement dans la façon dont chacune s'organise ? Le modèle suivant lequel s'est créé la structuration d'une organisation humaine et suivant lequel fonctionne la dynamique de cette organisation, est-il un modèle adéquat : répond-il à des mobiles réfléchis et légitimes, c'est-à-dire acceptables pour tous ? Cette interpellation sur les manquements organisationnels ouvre la porte de la responsabilité sociale des autorités, ou plus largement, sonde la responsabilité sociale dans toute expression institutionnelle d'une collectivité. Mais la différence entre le comportement vertueux de l'organisation humaine en éthique organisationnelle, et la normalité/normativité des individus devient ténue car nous pénétrons dans un même espace délibératif du bien commun.

⁷² P. RICOEUR, *op. cit.*, p. 12.

- le grief d'injustice repose-t-il sur un partage considéré comme éthiquement inacceptable ?
 - le grief d'injustice repose-t-il sur un manquement au pacte, au contrat, à la parole donnée ?
 - le grief d'injustice repose-t-il sur une punition perçue comme éthiquement disproportionnée ?
- Ou, plus largement, sur une violence faite en vue d'une prise de pouvoir et de domination, non consentie ?
- le grief d'injustice repose-t-il sur une récompense non méritée, ou inversement, sur une récompense méritée mais qui ne fut pas accordée ?

En focalisant ainsi ses questions sur les causes de l'indignation éthique à l'origine d'un conflit, le praticien de la justice découvre l'explication de la tension relationnelle, lorsque cette tension découle d'un comportement éthiquement inadmissible.

Le bon usage à en faire dans un office de judicature, serait de ne jamais légitimer la violence inéquitable ou la mauvaise foi procédurale, en les récompensant dans un jugement.

Le bon usage à en faire dans un office judiciaire d'accommodation, serait de ne jamais homologuer ou laisser se conclure un accord qui entérinerait les avantages illicites obtenus par un acte ou un manquement éthiquement/légitimement inadmissible.

Dans une telle hypothèse, le juge-conciliateur (ou les conciliateurs/médiateur qui sont délégués dans un cadre judiciaire) seront avisés de mener les négociations en référence aux normes de droit, afin que l'acte inadmissible soit d'abord puni ou réparé, convenablement, avant toute autre conciliation ou médiation entre les protagonistes.

En tel cas, la légitimité d'un processus d'accommodation (y inclus, l'activité des conciliateurs et des médiateurs qui agissent dans un cadre non extrajudiciaire) n'autorise pas une « justice alternative » qui serait voulue sans règles de fond – *déjuridicisée* - et sans règles de procédure – déformalisée -, c'est-à-dire d'une justice qui se voudrait préservée de toutes les lourdeurs de la judicature.

d) La cartographie mentale de l'activité normative : un registre de la normalité/normativité.

Principes

Certes, au-delà de la dimension individuelle de l'éthique, notre grille méthodologique fondée sur l'indignation éthique questionne aussi les responsabilités de l'organisation collective. Cette ouverture reste cependant très sommaire car l'indignation reste un témoin trop discret de l'iniquité lorsqu'elle a trait aux liens sociaux et aux rapports démocratiques au sein des organisations humaines. C'est pourquoi nous avons besoin d'une seconde grille de travail, pour affiner l'analyse et pour nous indiquer si les causes d'une tension relationnelle, correspondent vraiment à des atteintes aux principes de justice qui se situent dans l'orbite des sentiments de normativité. Dans ce but, la grille de travail analysera des convictions généralement partagées à propos du bien commun :

- la conviction d'un manquement au comportement acceptable ;
- la conviction d'une conduite illégitime.

Pour saisir ce raisonnement, il faut se dire que certains comportements, quoique auto-éthiquement admissibles, ne correspondent cependant pas à ce qu'un individu est en droit d'attendre légitimement, soit de la part des supérieurs hiérarchiques ou des collègues dans l'organisation humaine où il travaille, soit de la part de l'autorité ou des autres citoyens de son institution politique ou administrative. L'intégration dans des organisations humaines constitue l'expérience sociale et *civilisationnelle* de tout être humain. Cette expérience implique une double intériorisation : culturelle, d'abord ; ensuite, normative !

En effet, si un individu consent à s'intégrer dans une collectivité humaine, cela signifie qu'il accepte de se soumettre à une autre souveraineté que la sienne⁷³. À certains moments, les décisions ou les actions produites par cette normativité émanant de l'organisation humaine frappent un individu qui ne les accepte pas car il les trouve injustes (c'est-à-dire contraires à la socio-éthique). Dans cette situation, si toute doléance stigmatise un manquement à un principe de justice, le grief désigne une atteinte portée aux fondements du bien commun pour lequel cet individu avait accepté la souveraineté du groupe. Le plus souvent, le grief visera un manquement à la proportionnalité ou visera une discrimination (manquement à l'égalité). Les principes de justice touchent ici aux règles de la distribution collective⁷⁴. Or la justice collective doit seulement se traduire par une égalité proportionnelle ; celle-ci synthétise « le bien commun » dans l'action collective.

Autrement dit, il ne suffit pas qu'il y ait des inégalités pour qu'elles suscitent automatiquement un sentiment d'injustice. En plus, « pour qu'elles soient qualifiées d'injustes, il faut savoir dans quelles conditions sociales objectives, elles sont perçues comme injustes. Bien des inégalités ne sont pas vécues comme des inégalités et celles qui nous intéressent ici sont les inégalités perçues comme illégitimes, celles qui sont conçues comme des inégalités injustes⁷⁵. »

Le bien commun n'est pas perçu comme une égalité arithmétique, mais bien comme une égalité par équivalence. La légitimité n'est donc pas celle d'un partage simplement égal et le dispositif de légitimation devra ici verbaliser explicitement « les raisons qui justifient la décision ou l'action négociatrice » en réponse à la conviction d'une conduite inacceptable au regard des principes de la socio-éthique ou de l'anthropo-éthique.

Le mécanisme de la « non légitimité » s'appréhende en deux étapes :

- quand et sous quelles conditions se produit le sentiment d'injustice⁷⁶ ?

⁷³ Au premier rang des trois valeurs de l'éthique appliquée, décrites par Paul RICOEUR, se place le sens de l'action collective (le « bon sens », le « sens juste »). Cette action collective est la spécificité des organisations humaines ; elle en est même la finalité. Dans l'idée que l'être humain est principalement sociable et communautaire, l'action collective émanant des organisations humaines devient une priorité de premier rang dans notre questionnement. En effet, l'expérience humaine essentielle, celle qui civilise tout être humain, c'est son appartenance à différents groupes, collectivités et organisations humaines. C'est pourquoi, dans l'espace délibératif, une priorité certaine doit être accordée à la participation coopérative et à l'organisation humaine. Ce sont elles qui harmonisent la relation entre tous les individus du groupe et qui reconstruisent en permanence le tissu social.

Certes, cette priorité n'est pas sans faille : elle doit parfois céder le pas à des forces antagonistes qui viennent déréguler l'harmonie sociale (la violence, le pouvoir, le conflit, par exemple) mais qui, après coup, peuvent amener à une nouvelle harmonie (on retrouve là le principe dialogique de la pensée complexe !)

⁷⁴ P. RICOEUR, "Éthique et morale", dans *Soi-même comme un autre*, Paris, Le Seuil, 1990, p. 226 : « *Le sens de la justice est solidaire de celui de l'injuste, qui bien souvent le précède. C'est bien sur le mode de la plainte que nous pénétrons dans le champ de l'injuste et du juste : « C'est injuste ! » - telle est la première exclamation. On n'est pas étonné dès lors de trouver un traité de la justice dans les Ethiques d'Aristote, lequel suit en cela la trace de Platon. Son problème est de former l'idée d'une égalité proportionnelle qui maintienne les inévitables inégalités de la société dans le cadre de l'éthique : « à chacun en proportion de sa contribution, de son mérite », telle est la formule de la justice distributive, définie comme égalité proportionnelle. Il est certes inévitable que l'idée de justice s'engage dans les voies du formalisme par quoi nous caractériserons dans un moment la morale. Mais il était bon de s'arrêter à ce stade initial où la justice est encore une vertu sur la voie de la vie bonne et où le sens de l'injuste précède par sa lucidité, les arguments des juristes et des politiques. On peut en effet comprendre une institution comme un système de partage, de répartition, portant sur des droits et des devoirs, des revenus et des patrimoines, des responsabilités et des pouvoirs ; bref, des avantages et des charges. C'est ce caractère distributif - au sens large du mot - qui pose un problème de justice. Une institution a en effet une amplitude plus vaste que le face-à-face de l'amitié ou de l'amour : dans l'institution, et à travers les processus de distribution, la visée éthique s'étend à tous ceux que le face-à-face laisse en dehors au titre de tiers. Ainsi se forme la catégorie du chacun, qui n'est pas du tout le 'on', mais le partenaire d'un système de distribution. La justice consiste précisément à attribuer à chacun sa part. Le chacun est le destinataire d'un partage juste. »*

⁷⁵ F. DUBET, « Propositions pour une syntaxe des sentiments de justice dans l'expérience de travail », dans *Revue Française de Sociologie*, 2005, p. 525.

⁷⁶ Une rupture se produit dans la cohésion sociale, au moment où un sentiment d'injustice accable un individu qui s'estime traité avec une iniquité inadmissible. Même s'il avait initialement admis que l'organisation humaine lui impose sa normativité, cette acceptation préalable n'est pas nécessairement définitive, ni sans condition. S'il considère

• quand et sous quelles conditions ce sentiment d'injustice va-t-il entraîner une rupture / une dégradation du lien social⁷⁷ ?

Grille méthodologique

LA LEGITIMATION

Celle-ci consiste à fournir des explications en réponse au grief reprochant un comportement inacceptable au regard de la socio-éthique ou au regard de l'anthropo-éthique. La grille de diagnostic évoquait la même idée au moyen de mots plus significatifs : « registre des conduites », « registre des justifications ».

Parmi les modèles éthiques expliquant pourquoi une inégalité est perçue comme légitime / comme illégitime, nous avons opté pour l' « ÉTHIQUE DE LA JUSTIFICATION ÉQUITABLE » qui fait référence à la théorie de Luc BOLSTANSKI, Laurent THEVENOT et Eve CHIAPELLO, appelée : « Les sept cités (*Corps des principes généraux de justice*) ».

Ce modèle nous fournit une planification permettant de répondre à plusieurs questions pertinentes, énumérées ci-après :

• Quel est le problème de justice ?

Sur quel grief et sur quel registre de conduite repose-t-il ? Comment recenser les dénonciations d'injustice, en termes d'accords/des accords sur les registres de conduite ?

• Comment doit être surmontée la contrainte de justification ?

Comment analyser les réponses et les objections formulées selon le registre de justification ? Comment découvrir les points d'incompatibilité et les causes de tension résultant de la confrontation entre deux univers hiérarchisés, pas nécessairement compatibles entre eux ? Comment pressentir les espaces de menaces ou d'affrontements ?

Comment anticiper les espaces de rapprochement et de compromis ?

• Comment aménager des passages et des compromis entre ces différents registres de conduite et de justification ?

Quel peut être le prix des sacrifices à consentir pour un compromis ?

• Comment stabiliser ces compromis ?

Comment déterminer les compromis obéissant le mieux au bien commun ?

Comment trouver les légitimités en faisant accepter la cité juste comme base pertinente de compromis ?

LES AXIOMES INITIAUX : L'ÉTHIQUE ET LE PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE

Pour Luc BOLTANSKI, la justice prend son sens en tant qu'exigence d'égalité dans les distributions, c'est-à-dire plus exactement, comme une exigence d'équivalence acceptable par chaque bénéficiaire du partage⁷⁸.

que son organisation humaine ou les responsables de celle-ci, lui infligent un traitement injuste, c'est-à-dire un traitement sans légitimité, l'individu cessera de contribuer à la cohésion sociale ; il abandonnera le groupe ou l'institution, sinon, il n'y exercera plus aucun rôle actif et positif.

⁷⁷ Les hypothèses de rupture du lien social sont en nombre limité : « ... autant les inégalités sont infinies, autant il semble que les normes de jugements qui sont en arrière-fond des sentiments de justice soient à la fois plus stables et plus simples. Il y a probablement (une) régularité (ainsi qu'une) stabilité dans les systèmes normatifs et symboliques ... La question n'est pas de savoir s'il existe une universalité des normes de justice transcendant les cultures et l'histoire, mais de savoir s'il existe un système de principes de justice composé d'un vocabulaire et d'une syntaxe communs aux individus d'une même aire culturelle, leur permettant de construire une expérience normative propre, voire une action collective, et par là, de se constituer comme des sujets ».

QUELLES SONT CES SEPT CITÉS DE LUC BOLTANSKI ?

Chacune de ces cités correspond au modèle de légitimité auquel s'accroche un individu lorsqu'il ordonne son espace délibératif, lorsque, dans ses registres de conduite ou de justification (en réponse à un grief qui lui est fait), il donne priorité à certaines décisions ou acteurs, plutôt qu'à d'autres. Luc BOLTANSKI estime que chacun des sept modèles / registres prend sa source dans la philosophie politique, plus précisément dans la représentation du bien commun, que se fait tout individu ! Les sept rapports possibles à la légitimité (au bien commun), et par conséquent à la justice, se rattachent aux sept philosophies politiques particulières suivantes :

- la cité inspirée, de Saint Augustin est le système d'ordre qui se fonde sur l'inspiration, où l'état de grand est représenté par l'artiste et où la formule d'investissement est le renoncement ;
- la cité domestique, de Bossuet est caractérisée par la prééminence des relations personnelles, des relations de subordination ; dans cette cité, il existe des pères et des enfants, des supérieurs et des inférieurs ; le principe d'ordre se situe dans la hiérarchie, liée au devoir des grands envers les petits (formule d'investissement) ;
- la cité de l'opinion, de Hobbes : c'est la personne connue qui est le grand dans cette cité et ce renom est fondé sur l'opinion des autres ; pour parvenir à cette position, la personne doit renoncer à ses secrets, à sa vie privée ;
- la cité civique, de Rousseau : dans cette cité, c'est le citoyen, participant à une collectivité, qui symbolise l'état de grand ; l'individu doit renoncer à ses intérêts immédiats et particuliers et s'engager dans le sens de la volonté générale ;
- la cité marchande, dont les textes fondateurs sont ceux d'Adam Smith, dans laquelle il existe des riches et des pauvres (distinction entre états) qui sont clairement ordonnés entre eux par leur capacité à développer des comportements opportunistes ; la concurrence constitue, dans cette cité, le bien commun ;
- la cité industrielle, de Saint-Simon : le bien commun y est l'efficacité dans la mesure où elle seule permet de satisfaire les besoins ; le principe d'ordre distinguant les ingénieurs, les individus efficaces, des fainéants, est l'utilité sociale.

⁷⁸ En 1984, les sociologues Luc BOLTANSKI et Laurent THEVENOT réagissent contre les dérives dogmatiques de la sociologie des années 1960-1970, qui mettent l'accent exclusivement sur les rapports de force, sur les rapports d'intérêts et sur la violence (même symbolique comme celle de la justice). Certes, cette violence et ces rapports de force ou d'intérêts existent mais ce sont seulement des dérégulateurs de la cohésion sociale. Luc BOLTANSKI et Laurent THEVENOT partent de l'idée qu'aucune société ne pourrait trouver sa stabilité si elle était régie uniquement par de la violence et des rapports de force/d'intérêts. Il faut donc des régulateurs de la cohésion sociale, plus forts que ces dérégulateurs : ils pensent que la normativité et l'éthique jouent le rôle du centre d'attraction. Ils en déduisent que, dans toute situation relationnelle où les rapports de force sont relativement équilibrés, il fallait prendre au sérieux les exigences éthiques invoquées par les personnes, et au sein de celles-ci plus particulièrement, leurs exigences de justice. Dans l'esprit de cette première supposition, Luc BOLTANSKI publie notamment : « La dénonciation » (avec DARE Yann et SCHILTZ Marie-Ange), en 1984, dans *Actes de la recherche en sciences sociales*, 51 : 3-40 ; *L'amour et la Justice comme compétences. Trois essais de sociologie de l'action*, Paris, Métailié, 1990 ; *De la justification. Les économies de la grandeur* (avec THEVENOT Laurent), Paris, Gallimard, 1991 ; *Le nouvel esprit du capitalisme* (avec CHIAPPELLO Eve), Paris, Gallimard, 1999. Ainsi, la justice prend son sens en tant qu'exigence d'égalité dans les distributions. Mais il ne peut pas s'agir d'une égalité mathématique, Aristote de l'avait déjà constaté : il s'agit plus exactement d'une exigence d'équivalence. Luc BOLTANSKI constate que cette exigence d'équivalence correspond au « principe supérieur commun » évoqué par Jean-Jacques ROUSSEAU dans *Le Contrat Social*, grâce auquel les personnes dispersées sans ordre et sans lien, vont se rapprocher et vont créer un rapport d'ordre entre elles qui leur permettra de coexister dans une même communauté. Tant que la justice est respectée, la cohésion sociale subsiste. Toutefois, la justice n'est pas fondée sur un seul principe d'équivalence, mais sur une pluralité de principes/de valeurs dont Luc BOLTANSKI affirme qu'ils ne sont pas en nombre infini et qu'il est possible de les répertorier tous, au moins dans leurs grandes lignes. Dans un premier temps, ses recherches ont identifié six rapports référentiels à la justice auxquels les personnes se reportent en argumentant la légitimité de leurs actions, au cours de leurs disputes. Dans un second temps, avec Eve CHIAPPELLO, Luc BOLTANSKI a identifié un septième rapport de référence à la justice.

Chaque personne se situe, s'inscrit à l'intérieur de l'un de ces sept univers de représentation possible de la justice : chacun de ces univers, chacun de ces mondes est appelé « CITÉ » pour bien montrer le lien social qui relie tous les individus, même si parfois deux univers divergents créent une confrontation.

- la cité par projet (cité connexionniste) correspondant au modèle de l'entreprise en réseau : la hiérarchie est remise en question et rejetée, au bénéfice de la flexibilité, de l'innovation et de la compétence ; les individus créatifs et les leaders (coach, chef de projet) sont valorisés. L'épanouissement personnel est assuré par une multitude de projets dans lesquels l'individu s'autocontrôle.

« Chacune de ces cités constitue un ordre légitime, une grammaire du lien politique qui permet de donner une justification à la structure sociale selon le principe supérieur considéré, et par là, fournit aux individus une place dans la société, fournit des outils à même de rendre possible une interprétation et une coordination des actions. Mais ces cités ne sont pas exclusives : elles cohabitent et se côtoient au sein d'une même société, multipliant de ce fait les référents possibles de l'action et de la coordination. Dans leur vie quotidienne, les individus ne se réfèrent pas explicitement aux philosophies politiques qui sont à la base des cités. Cependant, ils n'en motivent pas moins leurs actions, leurs modalités de coordination sur la base des principes supérieurs communs qui fondent les cités. Pour ce faire, ils s'appuient sur des objets qui représentent, en quelque sorte, les cités sous une forme matérialisée.⁷⁹ »

GRANDEURS CONTRARIEES et DISCORDE : LE MOMENT DE L'EPREUVE

Luc BOLTANSKI constate que chaque personne s'étalonne elle-même et qu'elle se positionne au cours de ses disputes, dans le cadre de l'un de ces sept principes d'équivalence. Mais à quelles références s'accroche-t-elle lorsqu'il lui faut justifier qu'elle a raison et que l'autre a tort ? Cet accrochage s'opère, spontanément, par rapport à une façon d'être grand (comme chacun se voit personnellement agir) et par rapport à une façon d'être petit (comme chacun voit agir son protagoniste) : les principes d'équivalence reposent donc sur des rapports à la grandeur, à la légitimité, à la justice. Ce rapport à la grandeur découle d'une représentation personnelle, de l'idéotype qui guide l'individu⁸⁰. En d'autres mots, chacun se représente un monde de grandeur, de légitimité et de justice, en fonction duquel il décide et il agit de manière naturelle, sans même trop y réfléchir. La difficulté est que, tout aussi spontanément, d'autres se représentent un monde différent en fonction duquel eux-mêmes réfléchissent ou agissent, sans nécessairement délibérer dans le même sens, puisqu'il y a sept mondes distincts.

Luc BOLTANSKI admet que l'on peut vivre en cohésion sociale malgré ces divergences : cela signifie qu'aux antipodes de la violence et des conflits, chaque être humain est poussé par un principe de commune humanité. C'est grâce à ce principe de commune humanité que chacun tolère ou admet que ses protagonistes puissent s'inscrire dans d'autres principes d'équivalence que les siens : cette acceptation est appelée par Luc BOLTANSKI le principe de commune dignité. Le principe de commune dignité constitue une limitation nécessaire à la liberté de chacun. Puisque nous pouvons l'admettre et renoncer partiellement à notre autonomie, cela signifie que nous concevons une normativité derrière laquelle nous sommes d'accord de nous incliner.

TRANSPOSITION À LA LEGITIMATION PAR LES ACTEURS DE JUSTICE

Le juge conciliateur ou son médiateur trouvent ici un « modèle conceptuel », rien de plus.

⁷⁹ B. PFISTER, « Les économies de la grandeur : un renouveau dans l'analyse organisationnelle ? », dans *Cahiers du C.R.I.S.E.S.*, 2001, n° ET0106, p. 6.

⁸⁰ Il y a une échelle de grandeur et, si l'on veut accéder à un échelon supérieur, il faut consentir des investissements ou des sacrifices. À partir de là, Luc BOLTANSKI tente de clarifier le modèle normatif individuel. Pour y parvenir, il lui suffit d'observer les situations de paix (en déterminant l'équilibre des conventions grâce auxquelles l'équivalence apparaît satisfaisante) ou sinon d'observer les situations de dispute (en analysant les griefs et les critiques que les individus portent à l'encontre de l'ordre social ou à l'encontre de ceux qui ont, à leur égard, un pouvoir hiérarchique ou réglementaire). Dans cette dernière hypothèse, un moment de discorde est une violence naissante ; celle-ci correspond toujours à une incertitude à propos de la grandeur des uns ou de la petitesse des autres. Devant le risque d'une dégradation du lien relationnel ou social, vient spontanément le moment de « l'épreuve ». La mise à l'épreuve consiste à confronter les principes d'équivalence sur lesquels s'opposent deux protagonistes.

Mais en s'inspirant du principe d'équivalence et du principe d'égalité, ou en s'inspirant des registres de conduite et de justification, on dispose de plusieurs métaphores utiles au décodage des données factuelles de conflits concrets.

Par cette grille de lecture, les praticiens du droit et de la justice auront la capacité de soumettre à la négociation, des angles de vue originaux qui éclaireront sûrement le conflit d'une manière inattendue.

A tout le moins, disposent-ils d'un instrument dédramatisant l'approche du conflit car les protagonistes y ont la chance de se voir en objet, et non plus en sujet du conflit.

Au demeurant, ce prisme ouvre le processus de discussion, autrement que par le simple jeu de « bras de fer » d'une négociation ordinaire sur position.

Pour toutes ces raisons, l'outil pourrait se révéler efficace si le conciliateur/médiateur le maîtrise intellectuellement et si sa mise en œuvre est systématisée méthodiquement.

Il n'en va pas différemment pour la communication du juge en audience, car elle prépare le processus de légitimation d'une future décision imposée dans un cadre de judicature.

CONCLUSION

Lorsqu'un commerçant rencontre un client potentiel, il cherche d'abord à cerner le besoin d'achat de ce dernier (et parfois très discrètement, sa capacité de dépense), de sorte à y répondre en réalisant une vente.

Lorsqu'un médecin reçoit la visite d'un nouveau patient, ce médecin s'inquiète immédiatement du besoin de santé de ce patient. Lorsqu'il a pu cerner le problème de santé, il tentera de le prévenir ou de le guérir par des conseils et des soins.

Si l'on compare ces deux approches qui sont largement similaires, à la démarche d'un praticien du droit et de la justice, on est surpris : l'avocat ou le juge vont-ils commencer par s'enquérir du besoin de justice de celui qui les sollicite ?

À partir du constat lapidaire qu'il existe un conflit, la plupart des avocats conseilleront de « réclamer justice », par la voie d'une action judiciaire ou par la voie d'un arbitrage privé : c'est le recours instinctif à la « judicature » ! Dans un second temps, ils aideront le justiciable à y exprimer ses prétentions juridiquement formalisées.

Quant aux juges, ils se contenteront le plus souvent d'attendre cette réclamation et son contenu purement juridique, ainsi que la réplique tout autant juridique de l'adversaire, de sorte à trancher entre les deux thèses contraires.

À l'instar de certains professionnels américains qui réclament la réparation d'un enseignement fautivement lacunaire à l'encontre de leur ancienne université, on pourrait imaginer une action civile en réparation d'une légèreté professionnelle pour incitation à requérir la judicature, alors que le conflit aurait pu s'accommoder d'un autre sort moins violent et moins douloureux !

Plus probable est en revanche l'hypothèse d'une action civile en réparation d'un office judiciaire de mauvaise accommodation, parce que l'un des protagonistes estime qu'il n'aurait pas signé l'accord de conciliation ou de médiation, s'il avait été parfaitement informé par son juge, par son conciliateur ou par son médiateur.

Si l'on admet que, dans un cadre judiciaire (c'est-à-dire lorsque les parties au conflit ne souhaitent pas simplement transiger ou recourir à une médiation extrajudiciaire), les protagonistes ont le droit à la légalité, et aussi à la légitimité, du traitement de leur conflit, il faut alors leur reconnaître un droit corrélatif à la qualité du service de diagnostic et de traitement de leur conflit, ainsi qu'à la compétence des professionnels du droit et de la justice auxquels ils ont fait confiance.

C'est pourquoi il convient que ces praticiens du droit et de la justice prennent en compte toutes les obligations professionnelles qui en découlent pour eux :

- pour les avocats, ceci implique une méthode performante de travail, incluant la sélection du meilleur mode de règlement du conflit qui leur est soumis, puis en cas de recours à l'accommodation, impliquant un bon éclairage de leurs clients, au sujet de la règle de droit et au sujet de la règle d'équité ;
- pour les juges, les conciliateurs et les médiateurs, ceci implique une grande rigueur dans le processus de légitimation en vue de juger ou d'accommoder, incluant à notre avis, le recours à une grille méthodologique suffisamment éclairante à cette fin.

En professionnalisant ces exigences, les praticiens du droit et de la justice fourniront une réponse dynamique et moderne aux multiples besoins de justice pour lesquels ils sont sollicités, et, sans doute, ils

apporteront un service professionnel mieux approprié aux valeurs, aux intérêts, aux nécessités ou aux émotions de ceux qui viennent les trouver.

Un jour, les historiens du droit nous diront si toutes les pistes aujourd'hui débroussaillées et si tous ces sentiers dont nous avons ici tracé l'assiette de passage, ont utilement anticipé les évolutions que nous présageons dans l'avenir des métiers du droit et de la justice.

« La résolution des conflits en matière de commerce, terrestre et maritime »

Le droit français, qui attribue le contentieux commercial à des juridictions spécialisées, fait aujourd'hui figure d'exception. Dans la plupart des autres pays de la communauté européenne, la matière est de la compétence des tribunaux de droit commun.

Or, les spécificités et les impératifs du monde économique qui colorent le contentieux commercial ont, depuis l'Antiquité, justifié que les litiges en la matière soient soumis à un régime propre et non au droit commun de la procédure. Néanmoins, il faut attendre le milieu du XVI^e siècle pour que le pouvoir royal institue une juridiction commerciale à part entière : la juridiction consulaire, créée d'abord pour Paris en 1563. Celle-ci est vivement critiquée par les juridictions ordinaires et notamment par le Parlement qui obtient en 1681 que les litiges survenus en matière de commerce maritime relèvent d'autres juridictions d'exception : les Amirautés. Mais alors que les Amirautés sont supprimées à la Révolution, les tribunaux de commerce, consacrés par le Code napoléonien de 1807, subsistent toujours de nos jours.

En outre, le monde des affaires est un domaine caractérisé par un grand besoin de souplesse, dans lequel les acteurs de la vie économique disposent de multiples solutions pour résoudre leurs litiges. Ainsi, peuvent-ils prévoir, en amont du litige, l'insertion dans leurs contrats de clauses relatives à leurs éventuels conflits (clauses d'amiable composition ou clauses prévoyant une procédure de conciliation préalablement à tout recours contentieux). Et, en l'absence de telles dispositions contractuelles, les conflits commerciaux nécessitant d'être résolus avec rapidité et confidentialité, il est fréquent que les parties recourent à des procédés tels que l'arbitrage ou la conciliation. Par ailleurs, il est à noter que le commerce, lorsqu'il met en présence des acteurs de nationalités différentes, voit parfois ses conflits réglés par des instances internationales (CJCE) et selon les règles du droit international privé...

Juridictions d'exception, règles particulières, procédures abrégées et allégées, modes alternatifs de résolution des conflits multiples : voici l'état de l'arsenal juridique français à la disposition des commerçants.

Dans quelle mesure les acteurs économiques préfèrent-ils recourir à tel mode de résolution plutôt qu'à tel autre ? Pour quel résultat ? Que vaut l'exception française des juridictions consulaires par rapport à ce qui se pratique dans les autres pays européens ? Se justifie-t-elle toujours aujourd'hui ?

LA RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE DE COMMERCE A TRAVERS LES ARCHIVES DU PARLEMENT AU XIII^E SIECLE.

JEAN HILAIRE

Professeur honoraire de l'Université de Paris II
jeanyveshilaire@numericable.fr

Les premières archives du Parlement, les registres d'*Olim* (1254-1318), ne se situent plus vraiment au temps de la *Révolution commerciale* du début du second millénaire chère aux historiens mais dans celui de l'épanouissement du commerce au XIII^e siècle et même en un temps déjà proche de la dépression qui pointe après 1315 avec le conflit franco-anglais. On peut cependant considérer que si les marchands continuaient par leurs activités à créer des besoins juridiques inédits, ils constituaient encore à cette époque des groupes sociaux en voie d'organisation, secrétant dans la diversité leurs propres usages ; par là, les marchands se trouvaient toujours globalement face à un problème d'intégration. D'un côté en effet le monde de la marchandise était inévitablement à la recherche d'une reconnaissance de la spécificité économique et juridique de son activité à côté des traditions les plus anciennes de la société féodale. D'un autre côté, à cette époque ce processus d'évolution économique ne pouvait demeurer sans impliquer immédiatement les puissances publiques. Tout particulièrement, au dessus des pouvoirs seigneuriaux l'affirmation de plus en plus forte de la royauté capétienne imposait l'autorité de la *curia regis* en tant que la plus haute juridiction tandis que cette dernière offrait en même temps à travers ses décisions le spectre le plus large du contentieux suscité par les affaires du commerce dans l'ensemble du royaume.

Comme les historiens l'ont souvent souligné, la société féodale et son économie traditionnelle de subsistance ne constituaient pas un environnement très favorable aux activités d'échange marchand. La base du monde féodal était rurale en effet et cette société était organisée depuis le haut Moyen Age pour produire ce qui était nécessaire à sa survie quasiment en dehors de toute considération de rendement et en marge du circuit monétaire ; dans ce cadre le système reposait sur tout un réseau de privilèges et d'usages souvent opposés aux activités d'échange marchand. Au contraire ces dernières ne supposaient pas seulement l'encadrement et la sécurité des transactions mais également le développement du crédit et l'apprentissage de ses techniques. De plus, cette organisation publique très compartimentée avec, entre autres, de multiples péages pénalisait les déplacements pour des marchands que leurs affaires appelaient nécessairement à voyager en transportant à la fois marchandises et espèces ou lettres de change ; de même encore, l'insécurité avait certes diminué depuis le XI^e siècle à la suite de regroupements féodaux en puissantes seigneuries mais elle n'en demeurait pas moins très réelle. Il y avait divergence parfois jusqu'à la confrontation entre les deux types d'activité économique, l'un et l'autre appelaient l'intérêt et la protection des puissances publiques ; mais celles-ci étaient en quelque sorte partagées entre l'appât de la fiscalité et la recherche d'un équilibre entre les groupes sociaux.

Dès lors l'intérêt de la source judiciaire que représentent les archives du Parlement durant cette période de près de trois quarts de siècle, les *Olim*, est précisément de nous introduire dans ce processus à travers la montée en puissance de la royauté, au moment où l'affirmation de son autorité dans tout le royaume attire à sa cour un vaste contentieux de nature économique. Non seulement, par le jeu des appels, des affaires remontent à la cour depuis l'ensemble des pays qui relèvent de l'obédience capétienne, mais une part importante de ce contentieux pose des questions qui dépassent les limites des intérêts particuliers en présence. La cour devait alors les aborder dans le cadre de la justice suprême fondée sur la souveraineté royale. Or jusqu'à la fin de son règne saint Louis par sa présence fréquente en personne parmi ses conseillers avait marqué la cour de sa personnalité.

Ainsi pour évaluer la résolution des conflits en matière de commerce terrestre à travers la jurisprudence du Parlement il importe de préciser d'abord le cadre processuel à travers lequel la cour du roi était appelée à intervenir (I). Ainsi s'éclairent les aspects essentiels du contentieux dans lequel le commerce était directement impliqué pour faire apparaître l'esprit de cette jurisprudence (II).

- I - LE CADRE PROCESSUEL DE RÉOLUTION DES CONFLITS

Le cadre processuel de la résolution du contentieux impliquant le commerce terrestre était complexe au Moyen Age. Un réseau de juridictions proprement commerciales ne devait apparaître en effet qu'au XVI^e siècle lorsque la royauté en créa un à partir du modèle de l'édit de 1563 organisant la juridiction consulaire de Paris. Au XIII^e siècle au contraire il n'y avait que deux grandes institutions spécifiques pour le contentieux entre marchands : la juridiction de la Hanse des marchands de l'eau à Paris et surtout la juridiction des foires de Champagne et de Brie. En dehors de ces deux juridictions le contentieux marchand réglé en justice ne pouvait qu'être traité par la voie ordinaire. A partir des décisions des juridictions quelles qu'elles soient ce contentieux pouvait toujours aboutir en appel devant le Parlement. Enfin rappelons également que certains personnages ou institutions pouvaient saisir le roi directement, en Parlement, *omisso medio*.

La Hanse des marchands de l'eau, d'abord, était une association privilégiée d'entrepreneurs de transport par eau qui a constitué le premier noyau de la municipalité parisienne comprenant le prévôt des marchands et quatre échevins qui se réunissaient au Parloir aux Bourgeois. La municipalité avait sa juridiction tenue par le prévôt des marchands avec compétence pour tout ce qui touchait les privilèges commerciaux de la Hanse et plus largement pour tous les privilèges concédés aux bourgeois parisiens. De plus la municipalité était propriétaire d'un important domaine foncier sur lequel elle exerçait la basse justice. La question a été autrefois posée de connaître l'étendue véritable de sa compétence. Selon Olivier Martin dans ces limites la juridiction de la municipalité aurait alors joué le rôle de juridiction arbitrale pour un contentieux entre bourgeois de la ville ; de plus le Parloir aux Bourgeois faisait autorité en matière d'usages parisiens et il était souvent consulté à ce sujet par la juridiction du prévôt de Paris sise au Châtelet comme le montre le recueil des *Sentences du Parloir aux Bourgeois*. Mais la juridiction du prévôt des marchands n'aurait pas exercé une véritable juridiction contentieuse¹.

A vrai dire la Hanse des marchands de l'eau apparaît peu dans les registres d'*Olim* qui permettent cependant de verser au dossier quelques éléments non pas inédits mais guère exploités jusqu'ici. Ainsi une décision de la *curia regis* de 1263 montre en effet des bourgeois de Paris agissant contre un marchand espagnol qui, selon eux, violait les privilèges de la Hanse en faisant transiter des marchandises diverses (dont des figuiers) par la Seine entre Melun et Paris sans être associé à un marchand parisien. Or ils font effectuer la saisie du bateau et des marchandises, au nom du roi et au leur, par un sergent du Prévôt de Paris. Il semblerait donc qu'ils aient dû en quelque sorte passer par l'intermédiaire du prévôt de Paris installé au Châtelet pour faire saisir des marchandises en dehors du cercle des membres de la Hanse ; mais, en fait, ils avaient peut-être suscité cette intervention du côté de Saint Cloud parce que ce lieu était situé dans le ressort d'une juridiction royale².

Une recension d'une décision de 1318, plus développée comme d'ailleurs toutes celles du début du XIV^e siècle, permet de saisir sur le vif les risques juridiques de ces opérations de transport de vins à travers les trafics d'intermédiaires suscités par les privilèges de la Hanse. Un marchand de Beauvais avait acheté du vin à Paris en place de Grève à un marchand parisien. Ce dernier lui ayant rappelé les privilèges de la Hanse pour le transport des vins l'acquéreur demanda des garanties et le vendeur l'assura que le vin vendu appartenait à un bourgeois affilié à la Hanse, qu'il pouvait sans

¹ Olivier MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, Paris 1922, t. I, p. 77-78.

² *Olim*, I, 572, XIV, 1263 : ...*cives parisienses fecerunt navem ipsius et mercandisiam arrestata tanquam commissam domino regi et ipsis per quemdam servientem prepositi parisiensis*. L'affaire s'était d'ailleurs compliquée parce que l'intervention ayant lieu du côté de Saint Cloud le long d'un chemin dont la justice appartenait au roi, les gens de l'évêque de Paris s'était livrés à une rescousse prétendant que la justice du lieu appartenait à leur maître. Après de nombreux débats l'évêque a fini par payer l'amende et reconnaître la saisine du roi sur la justice du chemin en présence de l'archidiacre et de l'official, d'un côté, et de plusieurs membres du conseil du roi, de l'autre côté.

crainte et sans risque le faire transporter sur la Seine, qu'en cas de danger lui, le vendeur, se chargerait de le dédommager. Or le prévôt des marchands avait fait saisir le vin et l'avait posé sous sa main ; mais à l'audience le vendeur, appelé en garantie, avait fait défaut et le prévôt avait décidé que les biens saisis étaient acquis à la marchandise de l'eau. L'acquéreur s'était alors retourné contre son vendeur en le citant devant le prévôt de Paris qui décida au vu de toute la procédure précédente que l'acquéreur avait bien prouvé son *intentio* et condamna le vendeur à restituer le prix des vins saisis. Le vendeur fit alors appel au Parlement qui décida au contraire que le prévôt avait mal jugé et que la condamnation prononcée ne serait pas exécutée³. D'une part, le dispositif de l'arrêt ne comportant aucune motivation il est simplement possible d'en retenir que les arguments de l'acquéreur décrivant de manière claire et habile des manœuvres dolosives n'ont cependant pas convaincu le Parlement. D'autre part, à travers cet arrêt qui semble reprendre avec précision tous les éléments du dossier on retrouve les degrés de juridiction que pouvait franchir un marchand à Paris, à partir de la compétence du prévôt des marchands de l'eau puis en appel devant le prévôt de Paris et enfin au Parlement.

Si la compétence *ratione loci* de la juridiction du prévôt des marchands de l'eau était limitée, à l'occasion du transport des vins manifestement très actif sur la Seine était soulevé un autre problème, celui de la compétence *ratione materiae* de la Hanse à raison du commerce ; le Parlement a été appelé à se prononcer sur ce point. Ainsi en 1264 les hommes de Cormeille qui faisaient transiter leurs vins par la Seine vers la Normandie se plaignaient que les bourgeois de Paris entendaient les faire confisquer au nom du roi et en leur nom propre. Ils affirmaient que ces vins avaient été récoltés dans leurs propres vignes et qu'eux-mêmes étaient en saisine de faire circuler librement les vins de leur production par cette voie sans être associés à un marchand de Paris même non affilié à la Hanse. Les bourgeois prétendaient au contraire qu'entre les mains des gens de Cormeille ces vins devaient être considérés comme une marchandise. Les parties ayant prié la cour de se prononcer sur la question de principe, celle-ci *hinc inde propositis plenius intellectis* a jugé *quod vina hujusmodi non erant mercatura sive mercandisia*⁴. Cette décision reposait implicitement sur la distinction entre la production pour vendre, spécialement venant d'un particulier ou d'un artisan, et l'achat pour revendre qui sera considéré comme acte de commerce. La compétence de la juridiction de la Hanse était ainsi délimitée et cette jurisprudence fut encore précisée dans la recension d'une décision de la cour datée de 1277 : en effet ordre fut alors donné au prévôt des marchands parisiens de faire restituer à un marchand de Gascogne la taxe levée sur les vins que ce dernier faisait transiter par la Seine sans être lui-même affilié à la Hanse, cela précisément parce qu'il s'agissait des vins de sa propre production⁵. D'une part, à partir de cette distinction le parlement en arrivait à sanctionner ce qui devenait alors un abus de la juridiction de la Hanse dont la compétence paraissait ainsi précisée et étroitement limitée. D'autre part, la jurisprudence du Parlement annonçant par là un futur concept d'acte de commerce apportait une réponse de principe à une question qui allait être encore agitée au XVIII^e siècle.

A l'inverse de la Hanse parisienne la juridiction des foires de Champagne était, comme l'on sait, une institution puissante aux compétences très étendues sur la base essentiellement du *conduit de foire* et pour l'exécution des engagements pris sous le sceau de la juridiction des foires⁶. Le développement de cette juridiction avait été largement déterminé par l'intervention très inspirée de la puissance publique, en l'occurrence le comte de Champagne. Le privilège sans doute le plus ancien accordé par le comte, était ce conduit de foire qui plaçait les marchands qui s'y rendaient, corps et

³ *Olim*, III², 1252, , 1318 : le transport de vin venant ...*ad cognitionem prepositi mercatorum aque parisiensium idem prepositus mercatorum fecit dicta vina arrestari et in manu sua poni vocavitque super hoc dictum Symonem (acquéreur) coram se dicendo contra ipsum quod dicta vina erant commissa et ad mercaturam aque pariensem acquisita ratione consuetudinis antedictae cum ipse Symonem non esset hanseatus nec dicta vina fecisset transvehi in societate hominis hanseati nec emisset ea a cive parisiensi hansato...*

⁴ *Olim*, I, 597, 12, 1264 : les hommes de Cormeille affirmaient...*cum hujusmodi vina sua de propriis vineis suis collecta nec sint nec dici debeant mercatura cum etiam ipsi sint et fuerint in possessione pacifica ducendi taliter propria vina sua absque societate mercatoris parisiensis et etiam non ansati...* ce que les bourgeois niaient formellement.

⁵ *Olim*, II, 93, XXIII, 1277 :...*Preceptum fuit preposito mercatorum parisiensium ut ipsi restituerent cuidam mercatori de Wasconia...sexaginta solidos...quos ab ipso levaverant pro eo quod non erat hansatus parisiensis.*

⁶ Les foires de Champagne et de Brie se succédaient en un cycle annuel sur les quatre villes de Troyes, Bar-sur-Aube, Lagny et Provins. Chacune de ces foires comprenait échanges des produits et règlements au comptant et à terme. Vers le milieu du XIII^e siècle l'activité financière prenait le pas sur le commerce et les foires devenaient surtout un marché international des espèces et du change.

biens, sous la protection du seigneur lequel s'obligeait à les indemniser à bref délai des éventuels dommages subis durant le voyage. Dès 1174 en effet des officiers nommés par le comte avaient été chargés de la *Garde des foires*, conservateurs des privilèges conférés aux foires, avec des pouvoirs de police et de justice. Cette juridiction était itinérante suivant les foires de ville en ville, avait une large compétence et une procédure sommaire et accélérée⁷. En fait la juridiction des foires n'est parvenue à son complet développement que dans la seconde moitié du XIII^e siècle précisément au moment où on la voit apparaître dans notre source des *Olim*, disposant alors de tout un personnel d'auxiliaires de justice, clerks rédacteurs d'actes et sergents jurés dont le rôle d'huissier les conduisait jusqu'en Italie, aux Pays-Bas ou en Angleterre.

L'activité de la juridiction des Gardes des foires de Champagne est perceptible à travers les décisions du Parlement rendues sur appel ou directement à partir d'une supplique. Cette jurisprudence permet d'abord de suivre le règlement des conflits nés de l'exécution des engagements pris en foire et de suivre également les difficultés rencontrées dans le fonctionnement du conduit de foire. Or elle fait apparaître en même temps le rôle de protecteur des coutumes et de la juridiction des foires de Champagne dans lequel s'est ainsi installé le Parlement. De plus les appels concernant des sentences de cette juridiction deviennent surtout nombreux au début du XIV^e siècle au moment d'ailleurs où les recensions des actes du Parlement sont sinon plus précises, du moins plus développées.

En ce qui concerne le règlement des engagements pris aux foires un arrêt de 1282 offre un excellent exemple du contentieux lié à l'activité financière des foires à cette époque. Un marchand qui s'était porté caution avec ses associés à l'égard du comte de Champagne pour des changeurs aux foires de Champagne devenus « fugitifs » c'est-à-dire faillis, demandait que tous les biens de ces derniers soient attribués à lui-même et à ses associés pour leur permettre de se libérer de cet important cautionnement vis-à-vis du comte ; celui-ci avait réclamé un engagement écrit du demandeur pour la somme de 2.100 livres tournois. L'affaire traînant devant la cour de Champagne les parties, les cautions et le comte, s'étaient accordées pour remettre le procès à la cour du roi afin d'en terminer. L'arrêt du Parlement rendu après une diligente instruction du procès dispose que tous les biens des faillis, ceux qui avaient été saisis par le comte ou ses agents comme tous les autres biens où qu'ils se trouvent, seront remis aux cautions pour éteindre la dette. L'éventuel reliquat après liquidation des biens et extinction des engagements des débiteurs sera remis au comte⁸. Il ressort du dispositif de l'arrêt que l'affaire avait suscité de laborieux débats, *altercationes*, devant la cour de Champagne parce que l'administration comtale entendait s'en tenir au strict engagement des cautions sans leur permettre de se dédommager sur les biens des faillis qu'elle avait déjà saisis.

Un autre arrêt du Parlement en 1306 vient encore éclairer les problèmes d'exécution des engagements pris en foire, *de corpore nundinarum*. Devant la juridiction des foires un seigneur et son épouse avaient introduit une action pour faire annuler la vente des biens de débiteurs défaillants effectuée par un tiers à la demande des Gardes pour éteindre des dettes contractées aux foires ; ils demandaient que ces biens leur soient attribués. On peut supposer qu'ils devaient être eux-mêmes créanciers à hauteur de la valeur de ces biens pour engager une telle action ; les Gardes ont cependant rejeté la demande, maintenant ainsi le privilège attaché aux obligations contractées sous les rigueurs de

⁷ La compétence était très large *ratione materiae* (violation du conduit de foire ; litiges concernant les obligations contractées en foire sous le sceau de la juridiction) et *ratione personae* (strictement limitée aux personnes couvertes par le conduit de foire). Quant à la procédure elle ne comportait qu'un ajournement bref, écartait les exceptions dilatoires et l'effet suspensif de l'appel qui devait d'ailleurs être interjeté immédiatement après la sentence. Le système des preuves reposait sur le serment et l'écrit. Enfin cette procédure était marquée surtout par la rigueur de l'exécution. Les débiteurs de foire étaient en effet obligés tacitement corps et biens. Ils sont déclarés « fuitifs de foire » (fugitifs) en cas d'absence et l'exécution est alors poursuivie auprès de la juridiction où se trouve le fugitif et dont il relève ou de celui où se trouvent ses biens. S'il fallait agir auprès d'une juridiction hors des terres comtales, les Gardes utilisaient un puissant moyen de pression, la « défense des foires » qui emportait interdiction de venir commercer aux foires à tous les ressortissants de la juridiction refusant de faire droit aux requêtes des Gardes, forme particulière du droit de représailles).

⁸ *Olim*, II, 214, XXXVIII, 1282 : ...*bona omnia dictorum fugitivorum que per dictum comitem vel mandatum suum capta fuerunt vel saisita et omnia alia bona eorumdem fugitivorum ubicunque poterunt inveniri tradi et assignari debere prefato R. Pro se et sociis suis ad conservandos eos indemnes de fidejussione predicta...idem R. et fidejussores dati a dicto Renerio dicto comiti vel mandato suo pro duabus millibus et centum libris de quibus dixit R. resaisierat mandatum dicti comitis per unam cyrotecam a dicta obligatione et fidejussione remanebunt liberi et immunes.*

leur juridiction ; sur appel de cette sentence le Parlement a décidé qu'ils avaient bien jugé et que le jugement devait être exécuté⁹. La même orientation reparait également dans la jurisprudence de la cour quelques années plus tard en 1309 pour maintenir formellement la rigueur des usages des foires champenoises. La maison d'un débiteur en foire avait été vendue à la demande des Gardes à un pelletier mais le débiteur défaillant demandait devant le prévôt de Paris l'annulation de la vente, arguant de la grâce dont il devait bénéficier en raison de sa présence à l'armée de Flandre ; il avait eu gain de cause au Châtelet mais en appel le Parlement a décidé que le prévôt avait mal jugé¹⁰.

La force de la juridiction des foires venait aussi de la possibilité d'appuyer les demandes adressées par les Gardes auprès des autres juridictions pour l'exécution de leurs sentences par de fortes pressions. Comme l'on sait la procédure de *défense des foires* entraînait l'exercice de repréailles sur tous les marchands justiciables des juridictions défaillantes. Ainsi en voit-on apparaître la menace dans une cause d'appel en Parlement de 1306 impliquant le bayle du roi de Majorque à Montpellier. Des marchands de Clermont avaient en effet demandé aux Gardes des foires d'enregistrer une *sentencia seu defensia* rendue contre la communauté des marchands et des hommes relevant du bayle parce que ce dernier avait été négligent et défaillant dans l'exécution d'un mandat des Gardes à l'égard de débiteurs montpelliérains défaillants pour des engagements pris aux foires. Le bayle de son côté se défendait en affirmant avoir toujours été diligent dans l'exécution des mandats délivrés par les Gardes¹¹. Ces derniers avaient néanmoins accordé l'enregistrement de la défense mais en appel le Parlement a décidé que les Gardes avaient mal jugé. Il reste que cet arrêt souligne le poids de la procédure de défense des foires ; l'argumentation du procureur du bayle montre, parce que cette procédure engageait de gros intérêts, que les autres juges en dehors du ressort redoutaient l'accusation de négligence à l'égard des demandes qui leur étaient adressées par la juridiction des foires. On peut d'ailleurs suivre dans les *Olim* le mécanisme de l'exécution des obligations aux foires en dehors de la juridiction, à Paris, à travers une procédure rapportée par un arrêt de 1312 où un *exécuteur des lettres des foires de Champagne*, apparemment un agent des Gardes, intervenait auprès de la prévôté de Paris au Châtelet pour veiller à leur exécution dans le ressort¹². Ainsi avait-il fait condamner par le prévôt un débiteur défaillant et en appel le Parlement avait confirmé la sentence.

A travers toutes ces décisions le Parlement se montre donc rigoureux dans la mise en pratique des privilèges de la juridiction des foires de Champagne. De manière générale dans sa jurisprudence il apparaît véritablement en défenseur des coutumes des foires tout particulièrement dans une série d'actes de l'année 1318 où il confirme des sentences des Gardes appuyées sur les coutumes des foires¹³. A cette occasion il exerçait un contrôle effectif de la juridiction à travers les causes d'appel et avec le relais des Grands Jours de Troyes ; un arrêt de 1310 montre d'ailleurs que l'on pouvait encore faire appel d'une décision des maîtres des Grands Jours qui avait confirmé une sentence des Gardes¹⁴. Peut-être parce que ce type de recours aurait pu devenir plus fréquent, au cours de l'année 1318 le Parlement rappelait même qu'il n'admettait le recours devant lui contre une décision des Grands Jours sur appel d'une sentence des Gardes que de manière exceptionnelle, *de gracia speciali*¹⁵.

La diversité des recours exercés au Parlement montre encore ce dernier dans ce rôle protecteur chaque fois que sa jurisprudence tend à maintenir la juridiction des foires dans l'esprit de défense des intérêts des marchands. Le Parlement est ainsi amené à sanctionner aussi bien les interventions excessives d'agents royaux au service de la juridiction. Un arrêt de 1299 innocente un marchand qui

⁹ *Olim*, III¹, 200, XXII, 1306.

¹⁰ *Olim*, III¹, 395, VI, 1309.

¹¹ *Olim*, III¹, 216, XLVII, 1306 : ...*dicto bajulo in contrarium asserente se semper esse et fuisse in executione dictorum mandatorum diligentem et multis aliis rationibus proponente dictam inhibitionem seu defensam non tenere nec registrari...*

¹² *Olim*, III¹, 709, LXXII, 1311 : *Lite mota coram preposito parisiensi inter Gefrinum Alemmani executorem litterarum nundinarum Campanie in prepositura parisiensi et ejus ressorto ex una parte...*

¹³ *Olim*, III², 1264, XLVII, 1318 : ...*secundum notoriam dictarum nundinarum consuetudinem...* avait plaidé le demandeur et les Gardes s'y réfèrent également : ...*dicti vero custodes...certificati que de consuetudine predicta per suum judicium pronunciaverunt quod secundum dictarum nundinarum consuetudinem...*

¹⁴ *Olim*, III¹, 615, CVIII, 1310 : ...*per curie nostre judicium dictum fuit predictos custodes et magistros bene judicasse...*

¹⁵ *Olim*, III², 1289, LXVII, 1318 : appel est interjeté au Parlement à Paris d'une décision des Grands Jours confirmant une sentence des Gardes des foires ...*auditis igitur in parlamento nostro dictis partibus et magistris predictis super judicato predicto et ejus confirmatione non ratione appellationis predictae cum eadem non admiserimus sed de speciali gracia ...fuit dictum predictos magistros bene judicasse...*

avait emporté deux draps *furtive* des foires de Provins et était poursuivi par les Gardes des foires apparemment sur dénonciation. Il avait reconnu les faits devant une juridiction de Montlaur tandis que sur mandat des Gardes le sénéchal de Beaucaire l'avait poursuivi, banni avec saisie de ses biens placés sous la main du roi après inventaire ; il avait également été emprisonné. En appel devant le Parlement l'enquête a fait apparaître son innocence et la cour a alors prononcé l'annulation des différentes procédures et décidé la restitution *sine difficultate* de ses biens¹⁶.

Ensuite le Parlement entend réprimer sans ménagement les fraudes par fausses déclarations dans les contrats. D'un côté, les *Olim* contiennent le commandement fait aux baillis et maîtres des foires de Champagne, en 1290, de ne pas délivrer de lettres conférant la force d'obligation contractée en foire à des contrats passés en dehors ; de même ne devaient-ils pas reconnaître de valeur obligatoire à des lettres de ce genre quand il apparaissait manifestement que les contrats concernés n'avaient pas été contractés en foire¹⁷. Les conseillers du Parlement entendent ainsi conserver la rigueur formelle et tendent à éliminer même l'hypothèse d'une simple erreur. D'un autre côté, en 1304 une fraude de ce genre destinée à faire attacher indument à un contrat la valeur d'obligation des foires de Champagne ayant été avouée durant la procédure devant la cour, celle-ci en tire toutes les conséquences en condamnant en outre l'auteur à une amende au roi de 200 livres tournois *pour servir d'exemple*¹⁸. On pourrait en déduire alors que ce genre de fraude n'était peut-être pas rare et, en tout cas, que le Parlement entendait par une ferme répression protéger les marchands à travers la puissance de la juridiction des foires.

A l'exécution des obligations contractées en foire, s'ajoute enfin le contentieux né du conduit de foire. Ainsi en 1296 alors que des marchands vénitiens avaient été victimes de vols effectués par des voituriers milanais les gardes des foires avaient délivré une défense de foire contre laquelle il était fait appel au Parlement ; ayant examiné toutes les procédures ce dernier décidait qu'il n'avait trouvé aucune cause d'annulation de cette défense¹⁹. En 1306 un lombard, Renaud Bouche Noire, introduit une action contre les agents du roi parce que marchand transportant, depuis les foires de Champagne jusque dans son pays, des draps plus une forte somme pour ses dépenses, les gardes des ports dans le bailliage de Mâcon avaient confisqué cet argent. Les gens du roi affirment au contraire qu'ils avaient effectué la commise parce qu'il n'était pas un marchand mais un usurier avéré qui voulait faire sortir du royaume ces sommes d'argent malgré la prohibition royale ; au surplus passer par le port n'était pas accoutumé et devenait suspect. L'enquête ayant montré que ce lombard était bien marchand et non pas usurier le Parlement ordonne la restitution de la somme²⁰.

En dehors des compétences de ces deux grandes juridictions, pour le contentieux en matière de commerce terrestre il n'y avait guère d'autre voie que les juridictions ordinaires avec toujours la possibilité de multiples degrés d'appel avant d'aboutir au Parlement. Cela n'écartait pas, en principe, la voie de l'arbitrage ; mais alors que la matière civile a donné lieu dans les *Olim* à des appels de décisions arbitrales en matière civile, en particulier dans des affaires de succession, aucun appel d'une décision arbitrale sur un contentieux entre marchands n'apparaît dans cette source.

- II - L'ESPRIT DE LA JURISPRUDENCE DU PARLEMENT DANS LA RESOLUTION DES CONFLITS

Il convient d'abord de rappeler que le contentieux affectant le commerce terrestre ne se limitait pas aux seules affaires de contestations entre marchands. Les féodaux et les communautés urbaines ou même rurales étaient en effet parties prenantes en matière de péages, de foires et de marchés, de prix de certaines denrées, de protection des marchands dans leurs déplacements vers les

¹⁶ *Olim*, III¹, 36, XLVIII, 1299.

¹⁷ *Olim*, II, 303, XIV, 1290 : *Preceptum fuit omnibus ballivis et magistris nundinarum campanie quod de contractibus initiis extra nundinas non dent litteras sicut de corpore nundinarum nec justiciant obligatos per tales litteras sicut de corpore nundinarum etiam si per errorem essent vel scierent postquam contractus non esset celebratus in nundinis...*

¹⁸ *Olim*, II, 470, V, 1304.

¹⁹ *Olim*, II, 411, XXIII, 1296 : *Cum custodes nundinarum Campanie pro quadam roberia facta mercatoribus Venecensibus per quosdam vecturarios mediolanenses in conductu nundinarum contra mediolanorum defensionem dedissent a qua defensione ad nostrum curiam appellaverant...*

²⁰ *Olim*, III¹, 189, VI, 1309.

foires etc. Il en résultait que ce contentieux était très étendu non seulement par son objet mais également par la grande diversité des acteurs. En effet dans le principe les affaires, quelle qu'en soit la nature, arrivaient devant la cour du roi en appel de juridictions inférieures, royales ou seigneuriales et de tous les points du royaume. Mais il y avait aussi des possibilités de saisir directement la cour et la constatation s'impose que, du moins en apparence, la voie d'appel n'était pas la plus fréquente en ce qui concernait le contentieux suscité par les activités commerciales et tout ce qui entourait les intérêts des marchands. Or, de ce point de vue, de nombreux grands seigneurs laïcs et tous les prélats et abbés, avaient le privilège de saisir la *curia regis* directement, *omisso medio*. Les villes pouvaient de leur côté saisir également le roi soit par privilège notamment aux termes de chartes concédées par le roi, soit par *supplicatio* toutefois si toute autre voie de droit leur était fermée. Un contentieux très important portant sur l'exercice du commerce terrestre pouvait ainsi être soulevé sinon en dehors du commerce lui-même, du moins en dehors d'une affaire entre marchands.

En effet on ne saurait trop souligner en premier lieu que l'activité marchande entraînait souvent en conflit avec l'activité économique traditionnelle dont les usages tendaient très fréquemment à se situer en dehors du circuit monétaire dans lequel au contraire s'insérait l'échange marchand. Un épisode exemplaire de conflit entre agriculteurs et marchands apparaît dans les *Olim* à l'extrême fin du règne de saint Louis à propos des droits d'usages dans les forêts domaniales. En 1270 les hommes de Bois le Roi, de Samois et de villages des alentours de la forêt de Bière, qui avaient des droits d'usage dans cette forêt pour faire paître leurs porcs se plaignaient des marchands et du forestier royal qui avaient saisi indûment plusieurs milliers des bêtes de ces hommes pour y placer les leurs en très grand nombre. Déjà du temps du roi Louis ou de la reine Blanche, le roi avait fait repousser les porcs des marchands hors de la forêt et brûler les cabanes que les marchands y avaient construites. Cependant les marchands avaient recommencé, passant même entre eux une entente pour percevoir une certaine somme sur chaque homme venant faire paître ses porcs. Les marchands opposaient qu'ils avaient autrefois acheté le droit de faire paître (*panage*) leurs porcs à travers toute la forêt et les paysans avaient si terrorisés leurs bêtes qu'ils en avaient perdu une centaine. L'enquête a prouvé que les marchands n'avaient pas le droit de *panage* mais seulement un droit de passage pour leurs bêtes et la cour a alors décidé que les demandeurs seraient indemnisés, le bailli étant chargé d'enquêter sur les dommages exacts et d'assurer l'indemnisation²¹.

Inversement la cour du roi veille à protéger les marchands des excès de la féodalité. Ainsi cette protection est particulièrement utile et sollicitée pour la sécurité durant leurs déplacements, aller et retour, vers les foires qui sont nombreuses en dehors des foires de Champagne. La cour étend ici un système analogue à celui des foires champenoises à partir du conduit de foire. Un arrêt de 1265 nous en rapporte le processus en détail. Des marchands de Barbezieux avaient été victimes d'un vol du fait d'Olivier de Chalais, chevalier, homme lige du comte d'Angoulême, et cela sur les terres de ce dernier. La cour avait ordonné au comte d'assurer les restitutions. Il avait alors poursuivi le seigneur de la Roche pour qu'il s'en charge, les marchands ayant été victimes du vol en venant à sa foire ou sur le chemin du retour. Le seigneur de la Roche opposait que le comte l'avait déjà poursuivi pour cette affaire devant la cour qui l'avait absous, ajoutant que le vol avait eu lieu dans la ville de Blanzac où il ne possédait pas de péage. Un record de cour confirmait ses dires et il fut à nouveau absous tandis qu'il était ordonné au comte d'Angoulême de lui restituer les objets saisis sur lui à propos de cette affaire. En revanche le comte devait assurer les dédommagements aux marchands sur les revenus de la terre de l'auteur du vol, Olivier de Chalais ; si nécessaire pour y pourvoir il devait vendre la terre de ce dernier qui était dans sa mouvance²². Ainsi la cour en suivant l'argumentation du seigneur de la Roche semble bien lier la responsabilité du conduit de foire à la possession d'un péage sur le chemin emprunté par les marchands. Plus encore, en 1268 la cour condamne un féodal, Bosen *de Bordelia*, à indemniser des marchands de Nontron sur la terre de la vicomtesse de Limoges ; il les avait détournés et retenus

²¹ *Olim*, I, 359, I, 1270.

²² *Olim*, I, 640, XIV, 1265 : *Cum per curiam preceptum fuisset comiti Engolismensi quod dampna data quibusdam mercatoribus de Berbezillo ab Olivero de Chalesio millite homine suo ligio et in foedis ipsius comitis eisdem redderet vel reddi faceret et dictus comes ad dampna hujusmodi restituenda compelleret dominum de Ruppe et quod dicti mercatores disrobati fuerant veniendo ad feriam ipsius domini de Ruppe seu inde redeundo sicut idem comes dicebat, idem dominus de Ruppe accedens ad dominum regem proposuit quod...per curiam fuit super hoc absolutus addiciens quod in dicta villa de Blanzac in qua fuerant disrobati non habebat pedagium...*

longtemps alors qu'ils étaient sous la protection du roi *in conductu et securitate regis*²³. Enfin dans un arrêt de peu postérieur la cour lui impose également de s'engager solennellement en séance de Parlement par *asseurement* envers eux et d'autres marchands de cette ville²⁴. En revanche les marchands ne sauraient échapper aux péages sans titre valable tels deux marchands qui perdent leur cause en Parlement face au maire et à la commune de Chaumont en 1306²⁵ ; la cour met fin aux malversations de sergents des fermiers des péages de Péronne et de Bapaume qui détournaient autour d'Amiens à leur profit, et sans doute à bon compte pour les usagers, le trafic commercial avec la Flandre²⁶.

Les marchands portent aussi jusqu'au Parlement leurs plaintes contre la fiscalité urbaine, en particulier en 1312 les marchands des pays d'Agenais, de Quercy et d'Albigeois agissent contre les représentants de la municipalité de Bordeaux. Au temps de la guerre de Gascogne, la ville étant sous la main du roi, ce dernier leur avait permis de lever une taxe (*constuma* appelée, dit le texte, en langue courante *malatolta*) pour mettre la ville en état de défense, taxe portant sur les blés, les vins et autres marchandises transitant par là, par terre ou par voie d'eau ; mais la ville avait maintenu cette fiscalité après la guerre bien que le privilège n'ait plus de raison d'être et les marchands réclamaient non seulement la suppression des taxes mais le remboursement des sommes prélevées indûment. Les marchands obtiennent gain de cause, la cour veillant en outre à la correcte évaluation des dommages qu'ils ont subis²⁷.

Le processus de résolution des conflits nés de ce contentieux suscité par l'activité commerciale largement entendue, dès lors qu'il intervenait sous l'autorité royale prenait dans certains cas une importance considérable. Parmi les arrêts de la juridiction suprême il faut en effet faire une place à part à certaines décisions parce qu'elles ont été prises à propos d'un conflit nés d'une opposition entre intérêts particuliers mais dont la source dépassait largement ce cadre et concernait l'intérêt général. La cour était alors amenée à se placer dans cette perspective au moment de décider.

Déjà à l'occasion d'affaires particulières la cour du roi rappelait - et même paraissait poser - des principes généraux en matière économique tel que celui de l'autorisation royale pour créer un marché ou une foire, établir un péage, émettre de la monnaie malgré l'existence de privilèges reconnus, ce qui marquait une forte reprise en main par le pouvoir royal. Or la cour en arrive aussi à saisir l'occasion d'un contentieux commercial d'importance économique certaine, voire considérable, pour procéder à un véritable règlement de portée générale dans l'intérêt commun.

Un premier exemple de conflits d'un très grand intérêt pour le commerce est bien celui des péages. En 1667, le contentieux entre le maire et les jurés de Pontoise, d'un côté, et les marchands entre Seine et Garenne, d'un autre côté, est tranché par la *curia regis*. Les gens de Pontoise prétendaient percevoir un péage en vertu d'une charte royale et après de longs débats la décision de la cour paraît bien être une sorte de règlement de la perception du péage sur la navigation tout spécialement entre Pontoise, Meulan et Mantes. Les termes même du dispositif de l'arrêt évoquent en quelque sorte un règlement négocié avec les parties : « enfin, après de multiples discussions entre les parties, ce qu'elles ont voulu proposer ayant été entendu et compris, l'affaire ayant été délibérée en conseil, la cour a décidé en la forme suivante que... »²⁸. Suit un texte qui précise méticuleusement les conditions de perception du péage.

Autre sujet de conflit, l'utilisation des halles ou la construction d'une nouvelle halle du fait des problèmes de concurrence réglés là encore dans le cadre judiciaire en Parlement. En 1282 le

²³ *Olim*, I, 279, IX, 1268.

²⁴ *Olim*, I, 735, XXVIII, 1268 : *Boso de Bordelia miles de mandato curie in hoc parlamento...assecuravit in plena curia de se et de suis jus faciendo, Aymericum Rosardi, Aymericum Canbet, Stephanum Petri, Heliam Bruchot, Heliam Gasquet, Raymundum Bosonis et Stephanum Bonemigue, mercatores de Nontronio, in terra vicecomitisse Lemovicensis.*

²⁵ *Olim*, III¹, 159, IV, 1306.

²⁶ *Olim*, III¹, 535, XXXIV, 1310.

²⁷ *Olim*, III², 794, LXXIX, 1312 : *...per curie nostre iudicium dictum fuit quod dicti burdegalenses dictam impositionem injuste levaverunt et quod ipsi factum huiusmodi nobis emendabunt et dictis mercatoribus reddent ex integro quecumque ipsi de mercaturis eorum levaverunt post revocationem et prohibitionem predictas ac dampna super hoc eis illata de quibus vocatis partibus poterit de plano constare quodque curia nostra dictum privilegium tanquam invalidum retinebit.*

²⁸ *Olim*, I, 675, XXII, 1267 : *Cum questionem diu ventilata fuisset in hac curia inter majorem et pares Pontisara ex una parte, et mercatores de inter Secanam et Garennam quos dicti major et pares dicebant esse reddicionarios et consuetudinarios de Pontisara secundum cartam regis Philippi inde confectam... Tandem post multas altercationes parcium auditis et intellectis que partes proponere voluerunt deliberato consilio de contentione huiusmodi ordinatum fuit per curiam in hunc modum videlicet...*

contentieux entre les bouchers de Sens et ceux de Nailly, village voisin, est réglé par le Parlement qui, ayant examiné la charte des bouchers de Sens, décide que les bouchers de Nailly pourront vendre chaque jour de la semaine dans la nouvelle halle de Sens pour la part leur revenant et le samedi pour une plus petite *costuma* (taxe) que les autres jours en raison de la franchise qu'ils avaient précédemment aux portes de la ville²⁹. En 1285 le prieur du couvent de saint Pierre d'Abbeville introduit au Parlement une action contre les lieutenants du roi d'Angleterre qui par novellété font vendre des draps de laine dans la halle d'Abbeville deux jours par semaine au lieu du seul jour de marché au grand préjudice de l'abbé et du couvent qui tiraient profit de la vente des draps dans les maisons des bourgeois. La cour décide que cette novellété devra cesser, le bailli étant chargé d'y contraindre les gens du roi d'Angleterre³⁰. On pourrait retenir encore le règlement concernant la concurrence autour de la halle des marchands drapiers de Paris entre ces derniers et ceux de saint Denis qui avait l'habitude de venir vendre leurs draps en un lieu proche de cette halle. En effet les gens du roi au Châtelet s'y étaient déjà opposés et les drapiers de saint Denis avaient eu gain de cause mais le prévôt avait à nouveau interdit cette pratique. La cour décide que les gens du Châtelet devront lever l'empêchement qu'ils y ont mis tout en veillant cependant à ce que les drapiers de saint Denis ne suscitent pas en ce lieu un *impedimentum nocivum et non permissibile*³¹.

Le Parlement est amené en 1283 à interpréter les accords passés entre les marchands de Nîmes et le roi pour régler les problèmes de concurrence entre eux et les marchands de Montpellier. La cour en se référant aux usages du temps où avaient été passées ces conventions rappelle que selon ce texte les marchands nîmois ne peuvent aller vendre leurs marchandises à Montpellier. En revanche ils peuvent aller dans cette ville pour y acheter des marchandises et les rapporter à Nîmes ; ainsi en sera-t-il de même pour les marchands montpelliérains qui pourront seulement aller acheter à Nîmes³².

L'approvisionnement en pain dans la ville était également une question redondante devant le Parlement. Elle apparaissait dès les premières années de notre source, soulevait de sérieux conflits entre boulangers et mettait en cause les intérêts des diverses puissances publiques intéressées tant pour la fiscalité qui y était afférente que pour l'équilibre social et l'ordre public. En 1260 était en cause à Senlis l'approvisionnement de la ville en pains de petit prix, soit 1 denier. Or les boulangers, particulièrement ceux des villages à l'entour, préféraient offrir à la vente des pains de 3 ou 4 deniers. Au nom du bien commun le maire et les jurés de Senlis avaient alors pris un règlement interdisant la fabrication, et par voie de conséquence la vente, de pains au-delà de 1 denier. L'évêque de Senlis, gérant son temporel en tant que seigneur, demandait à la *curia regis* l'annulation de ce règlement au titre du dommage qui lui était causé du fait que ses manants avaient l'habitude de porter à la ville des pains de plus grosse valeur. Or la cour a suivi l'argument d'intérêt général de défense de ce que l'on appelait le *menu peuple* et a rejeté l'argument de l'évêque³³. Or en 1266, à Pontoise devant le même problème d'approvisionnement de la ville en « petit pain », c'est-à-dire à petit prix, le maire et les pairs (la municipalité) demandent au contraire que la liberté d'approvisionnement depuis l'extérieur soit assurée pour le pain comme pour les autres marchandises. Ils développent une argumentation très serrée dirigée en fait contre les boulangers de la ville : la population de leur ville croît rapidement alors qu'il n'y a aucune banalité de moulin et de four ; une enquête sur la question leur a déjà été favorable et ils ont pour eux le droit commun ; plus encore la charte royale octroyée aux boulangers de la ville ne s'oppose pas à la liberté de ce commerce. Les boulangers s'efforcent, quant à eux, de préserver leur privilège corporatif, ajoutant même que cette concurrence venue de l'extérieur ne leur permettrait plus de payer la considérable redevance annuelle qui est la contrepartie de leur privilège. La cour cependant retient que cette charte contient un *jus quasi iniquum* et qu'elle doit être interprétée strictement ; elle fait donc droit à la demande des bourgeois de Pontoise et décide, en fait en faisant plier l'intérêt particulier devant l'intérêt général, de laisser jouer la loi du marché face à la corporation en ajoutant simplement une restriction pour éviter les fraudes³⁴.

²⁹ *Olim*, II, 202, XVIII, 1282.

³⁰ *Olim*, II, 251, XIV, 1285.

³¹ *Olim*, II, 502, I, 1309.

³² *Olim*, II, 233, XX, 1283.

³³ *Olim*, I, 472, XIII, 1260.

³⁴ *Olim*, I, 659, I, 1266.

Autre exemple, le maire et les échevins de Saint Omer agissent en 1279 par la voie judiciaire, à la cour du roi, contre le comte de Flandre qui a ordonné la limitation de la préparation et de la commercialisation des *allecs* (petits poissons pêchés dans la mer du Nord) au port de Gravelines à leur préjudice et à l'encontre de l'utilité publique et demandent l'intervention royale pour faire lever cette réglementation. Le procureur du comte oppose que son maître se devait d'agir ainsi parce que c'était utile et conforme à la raison, allusion assez claire à l'intérêt public auquel le prince doit être attentif. Le Parlement n'en décide pas moins que ce règlement doit être annulé et que les marchands de Saint Omer pourront librement exercer ce commerce.

Enfin le dossier des relations de Rouen avec la royauté est le plus important peut-être ici par ses aspects économiques. Les bourgeois de Rouen percevaient un péage sur le déchargement et la vente des vins au titre de leur charte concédée par Philippe Auguste en 1207 et ils avaient eu gain de cause à la cour du roi en 1260 à l'encontre des établissements ecclésiastiques qui prétendaient s'en exonérer aux termes de leurs propres chartes royales³⁵. Or un arrêt de 1293 rappelle qu'agressant les gens de l'Echiquier de Normandie (la cour de justice royale la plus élevée dans la province et héritée de la domination anglaise) lors d'une séance, les bourgeois avaient conduit la royauté à venger l'affront en plaçant la ville sous sa main, lui retirant sa commune ; surtout en supprimant les taxes et péages que les bourgeois rouennais levaient sur la circulation des marchandises sur la Seine le roi les privaient de profits considérables. Or la mesure était aussi présentée comme prise par le roi *pro publica utilitate regni sui*. C'était placer sous le signe de l'intérêt général l'abolition, de fait, d'entraves à la liberté du commerce par le plus grand port du royaume et une libre ouverture de Paris sur la mer. Mais, précise cet arrêt de 1293, le roi venait d'assouplir sa position et de décider d'accéder aux demandes des bourgeois de Rouen en leur restituant leur commune tout en maintenant la liberté de circulation sur la Seine pour tous les marchands du royaume³⁶. Puis, un peu plus tard, les bourgeois avaient même réussi à obtenir du roi le rétablissement de leurs privilèges fiscaux leur permettant de lever les anciens péages. Mais l'affaire devait rebondir en 1315. Cette fois en effet c'est la pression des bourgeois de Paris qui a poussé la royauté à prendre conscience de l'enjeu économique considérable. L'affaire est rondement menée ; l'on fait même siéger le Parlement hors session sur ce dossier. La recension de l'arrêt, très circonstanciée de ce point de vue, met les tergiversations royales sur le compte d'une information insuffisante. La discussion en assemblée des conseillers a fait apparaître que l'énormité du préjudice subi par la chose publique dans l'ensemble du royaume du fait du rétablissement des péages n'était pas alors prévisible. Le Parlement après examen de tous les titres présentés par les rouennais n'en décide pas moins le rétablissement de la complète liberté de circulation des marchands et des marchandises sur la Seine³⁷.

La première conclusion est que si les plus anciens registres du Parlement de Paris, les *Olim*, offrent une source volumineuse d'autant plus importante pour le XIII^e siècle qu'elle présente le contentieux concernant le commerce terrestre au niveau juridictionnel le plus élevé, en revanche une faible part de ce contentieux concerne des opérations commerciales proprement dites, et même le crédit, entre marchands. Le contraste est net alors avec les causes en matière civile qui montrent que l'on ira s'il le faut jusqu'en Parlement pour des affaires de très moyenne importance. Mais alors il n'y aurait pas lieu de s'étonner qu'entre marchands on évalue mieux, c'est à dire d'abord d'un point de vue économique, les risques de la procédure et que l'on s'y décide que s'il y a de sérieuses chances de gain. D'une manière générale cependant on risque fort d'en rester sur ce point aux conjectures faute de preuves d'un tel processus hors du cadre judiciaire.

La seconde conclusion est que la plus grande partie de ce contentieux impliquant le commerce terrestre dans les *Olim* a été suscitée par l'environnement dans lequel devait se développer l'activité marchande à ce moment là. En fait, dans le large contentieux concernant la matière économique dans son ensemble que la *curia regis* puis le Parlement ont été amenés à examiner et à juger, une part importante était suscitée par les relations complexes nées de la confrontation entre économie de subsistance et économie d'échanges marchands comme par le développement d'un commerce

³⁵ *Olim*, I, 484, I, 1260.

³⁶ *Olim*, II, 356, XIV, 1293.

³⁷ *Olim*, II, 622, XII, 1315.

international. C'est pourquoi il y est beaucoup plus question de foires et marchés ou de péages que d'obligations et lettres de change.

Dernière conclusion, dans la résolution de ce contentieux l'esprit de la jurisprudence de la cour du roi était d'abord d'équité, d'équilibre entre le respect des droits passés en coutume ou des privilèges dans la société médiévale et la protection des marchands et du commerce, ou encore à un autre point de vue, dans la lutte contre les abus de quelque côté qu'ils viennent. Le critère de l'intérêt général était toujours sous-jacent et certains arrêts posent à l'occasion d'un conflit particulier un règlement général. Ainsi est encore soulignée l'importance de la jurisprudence du Parlement qui apparaît là aussi comme un appoint à l'action du pouvoir royal et qui offre souvent à cette époque une voie plus efficace, semble-t-il, que la voie d'ordonnance encore mal assurée dans la construction d'un Etat de droit.

„STAUBIGEN FÜßES“. MITTELALTERLICHE GERICHTSBARKEIT UND DIE BEDÜRFNISSE DER KAUFLEUTE

ALBRECHT CORDES

Universität de Francfort, Allemagne
cordes@jur.uni-frankfurt.de

A. EINLEITUNG: BEZUG ZUM KONFERENZTHEMA

[Folie 1: Gliederung des Vortrags]¹

(1 Intro betr. Sammeltitle der 6 Konferenzen „Eine Grenze in Bewegung“)

« Une frontière mouvante: Justice publique – justice privée ». Dies ist das Leitmotiv, welches unsere Gastgeber aus Lille einer Serie von sechs Konferenzen gegeben haben, die dem Zusammenspiel von öffentlicher und privater Justiz auf verschiedenen Rechtsgebieten gewidmet waren. Dass das Verhältnis dieser beiden Grundtypen von Konfliktlösung nicht konstant war, kommt im Haupttitle der Serie zum Ausdruck: „Eine Grenze in Bewegung“, wie man „une frontière mouvante“ wohl übersetzen darf.

(2 Konkretisierung -> Handels- und See[handels]recht)

Diese heutige Tagung über die Konfliktlösung² in handels- und seerechtlichen Streitigkeiten ist die letzte in dieser Reihe. Es ist demnach unsere Aufgabe, die allgemeine Frage nach der Konfliktlösung für die Konflikte der Kaufleute und Handelsschiffahrt zu konkretisieren. Dazu nur eine Vorbemerkung zur Terminologie: Aus einem obrigkeitlichen und gesamtgesellschaftlichen Blickwinkel, also aus der Vogelschau, spricht nichts dagegen, von „Konfliktlösung“ zu sprechen; auch ich werde das im Folgenden tun. Das ist jedoch nicht die Perspektive von unten, also der Standpunkt der „Kunden“, welche die Justiz in Anspruch nehmen; in Deutschland spricht man neuerdings gern von „Justiznutzern“. Die Kaufleute, die vor Gericht ziehen, tun dies primär, um ihre Interessen durchzusetzen bzw. zu verteidigen, und nicht unbedingt, um den Konflikt mit ihrem Kunden, Lieferanten, Konkurrenten oder sonstigen Prozessgegner zu lösen. Ob der Streit durch den Prozess beigelegt wird, ist weder sicher noch ist es primäres Ziel einer Prozesspartei. Diese Überlegung führt zu Konsequenzen für die Grenzen desjenigen, was man unter den sehr offenen Begriff „justice privée“ subsumiert.

(3 Enges oder weites Verständnis von privater Konfliktregelung)

Was also ist unter „justice privée“ sinnvoller Weise zu verstehen? Die andere Seite, die „Justice publique“, ist bei aller Vielfalt von königlichen, kirchlichen, städtischen und anderen Gerichten auch schon im Mittelalter zumindest theoretisch klar zu fassen. Für die „justice privée“ hingegen bieten sich zwei Möglichkeiten, ein weites und ein enges Verständnis, an. Dies ist eine Freiheit, die in etwa mit den beiden Bedeutungen des französischen Wortes „justice“ korrespondieren: Man kann es im Deutschen sowohl mit „Gerichtsbarkeit“ als auch mit „Gerechtigkeit“ wiedergeben. Im Resümee auf unserem Tagungsprogramm sind die beiden Möglichkeiten angedeutet. Es kann entweder – eng – um eine Sondergerichtsbarkeit für Handelsachen gehen, zu der dann auch spezialisierte Markt- und Messegerichte zu zählen wären. Oder man fasst darunter – weit – alle Formen privater Konfliktlösung. Das umfasst alle Formen von Schiedsgerichten und Schlichtungsstellen, von Mediation und Vergleich. Sie sind mit dem

¹ Was in den Klammern steht, wird nicht vorgetragen. Runde Klammern = interne Überschriften über die Absätze; eckige Klammern = Powerpoint-Folien.

² Terminologie? Konfliktregelung? -entscheidung?

ordentlichen Gerichtsverfahren vielfach verzahnt und diesem oft vorgeschaltet. Diese Zweispurigkeit der Konfliktlösung kommt in der verbreiteten (von der neueren Forschung aber manchmal etwas überstrapazierten) Paarformel „mit Minne und Recht“ gut zum Ausdruck.

(4 Formen außergerichtlicher Interessenwahrnehmung)

Doch gerade im kaufmännischen Bereich sollte man die Grenze sogar noch weiter ziehen und auch die gänzlich außerinstitutionellen Handlungsmöglichkeiten, die einem Kaufmann gegenüber einem zahlungsunwilligen Kunden, einem Lieferanten verdorbener Ware usw. zur Verfügung stehen, in die Überlegungen einbeziehen. Zunächst gibt es da die Möglichkeit der Gewalt. Deutschen Ohren klingt die wörtliche Übersetzung von „Justice privée“, „Privatjustiz“, genau danach: Der Stärkere holt sich sein Recht mit der Faust. Auch so lassen sich Interessen wahrnehmen und vielleicht auch Konflikte lösen. Ganz fern liegt diese Möglichkeit nicht, wenn man sich etwa die enge Verzahnung von Seehandel und Piraterie vom frühen Mittelalter bis in die Gegenwart vor Augen führt. Ebenso gehört zu den Handlungsmöglichkeiten die einfache Untätigkeit, also die tatenlose Hinnahme eines Interessenschadens aufgrund einer Abwägung, etwa weil ein Prozess zu viel Zeit und Geld kostet oder wenig erfolgreich erscheint oder weil die Gefährdung einer Geschäftsbeziehung schwerer wiegt als ein Sieg im Prozess. Auch wenn diese beiden Aspekte in der Folge ausgeklammert bleiben: Zu den Pfeilen, die der Kaufmann zur Interessendurchsetzung in seinem Köcher hat, gehören auch das Faustrecht und der Verzicht auf eine Inanspruchnahme der Justiz.

(5 Verweigerung von Folgegeschäften, Sorge um guten Ruf)

Die schärfste Waffe im Arsenal des Kaufmanns, gefährlicher als das Faustrecht und auch als der Weg zum Gericht oder zum Schiedsrichter, ist die Verweigerung von Folgegeschäften. Denn der Schaden durch Verlust eines guten Kunden oder Lieferanten wird schnell größer als durch die Niederlage in einem einzelnen Prozess. In die gleiche Kategorie von außergerichtlichen, aber trotzdem sehr wirksamen Möglichkeiten der Interessenwahrnehmung fällt alles, was zur Schädigung des Ansehens des Gegners führt. Nicht ohne Grund ist die Sorge der Kaufleute um ihren guten Ruf, ihr Renommee, ihre Kreditwürdigkeit eine der konstantesten Themen in der Geschichte der Kaufleute überhaupt. Ein symbolträchtiges Beispiel dafür ist der hansische Kaufmann Hildebrand Veckinchusen, der um 1400 in Brügge lebte und auf seine alten Tage von seinen Gläubigern in den dortigen Schuldturm gebracht wurde. Seine erste Sorge dort war, dass seine Familie ihm seinen Pelzmantel dorthin brachte, denn auch vom Schuldturm aus konnte man seine Geschäfte weiterführen. Und es hätte seinem guten Ruf, seinem „geloven“, wie die norddeutschen Kaufleute sagten, geschadet, wenn er seinen Geschäften nicht standesgemäß im Pelzmantel nachgegangen wäre.

(6 Erkenntnisprobleme dabei)

Eine Tagung über Konfliktlösung über Kaufleute muss diese alternativen Möglichkeiten der Akteure stets mit bedenken und sich klarmachen, dass der Gang zum Gericht nur eine unter mehreren Möglichkeiten war. Doch es bereitet große methodische Schwierigkeiten, diese informellen Wege der Interessenwahrnehmung zu gewichten und in ihrer Bedeutung gegen den Weg zur Justiz abzuwägen – obwohl genau das nötig wäre, um den relativen Rang der „Justice publique“ in Handelssachen zu bestimmen. Doch die Erkenntnismöglichkeiten sind schwach, die Spuren in den Quellen gering. Oft erfährt man nur am Rande von solchen informellen Sanktionen oder kann sie gar nur indirekt erschließen. Wichtige Indizien sind eine allgemeine Abneigung gegen die Inanspruchnahme der Justiz und erst recht die im Mittelalter häufigen Verbote, einen Streit aus einer geschlossenen Gruppe heraus vor eine auswärtige Instanz zu bringen. Es galt (und gilt heute noch häufig) die Devise „Das regeln wir unter uns!“ Unter Umständen lassen sich die besagten informellen Sanktionen aber auch aus der Einstellung zum ordentlichen Prozess und seinen Regeln erschließen. Vor allem das Beweisrecht – und das ist im Mittelalter vor allem anderen das Recht der Eidesleistung – liefert dafür Beispiele.

(7 Zum Beispiel die Abrechnung des Kapitalführers)

Eines sei hier geschildert, weil es zugleich die genannten methodischen Probleme vor Augen führt. Die hansischen Handelsgesellschaften des 13. und 14. Jh. beruhten, in sofern nicht unähnlich der mediterranen Commenda, auf einer klaren Arbeitsteilung zwischen dem Kapitalgeber (am Mittelmeer: socius stans) und dem Kapitalführer (am Mittelmeer: tractator). Die größere Autorität lag dabei meist bei dem älteren und reicheren Kapitalgeber, während der Kapitalführer sich durch solche Handelsreisen oft

erst die Sporen und ein Vermögen verdienen musste. Wenn es jedoch zur Abwicklung der Geschäfte kam, so hatte der Kapitalgeber keine rechtliche Möglichkeit, die Abrechnung des Kapitalführers anzuzweifeln, wenn der nur beschwor, dass die Abrechnung korrekt war. Diese Regelung ist eine rechtlich konsequente Anwendung des weit verbreiteten Prinzips, dass der Schuldner Existenz und Höhe seiner Schuld auf seinen Eineid nehmen kann, denn die Pflicht, über die Gesellschaft abzurechnen, wurde als Schuld des Kapitalnehmers gegenüber dem Kapitalgeber aufgefasst. Doch wirtschaftlich verständlich wird diese Regelung nur durch die oben angestellte Überlegung über die Folgegeschäfte: Die Beweisregel bevorzugt den Kapitalführer und könnte wie eine bequeme Einladung zu einem Meineid wirken. Doch wer weitere, evtl. größere Handelsreise mit fremdem Geld unternehmen wollte, musste sorgfältig darauf achten, dass kein Schatten des Misstrauens auf die Abrechnung fiel und seinen guten Ruf gefährdete. Das methodische Problem an dieser Beweisführung ist nun freilich: Es gibt keinerlei direkten Nachweis für meine Überlegungen. Stattdessen gelangt man zu diesem Ergebnis nur mit einer Mischung aus indirekten Indizien, Plausibilitätsüberlegungen und der Interpretation des Schweigens der Quellen. Man wird sich davon die Lust am Spekulieren nicht verderben lassen, doch der Grad von Unsicherheit, mit dem man hier operiert, ist nicht zu übersehen.

(8 Vorgehensweise anhand der Bedürfnisse der Kaufleute: Problemgeschichte)

Diese Überlegungen über informelle, außergerichtliche Möglichkeiten der Interessenwahrung sind geeignet, das relative Gewicht unseres Untersuchungsgegenstandes „Handelsgerichtsbarkeit“ zu schwächen. Trotzdem soll es in der Folge nur um institutionalisierte Formen der Konfliktlösung gehen. Der Gedankengang wird sich aber nicht an diesen Institutionen, also den einzelnen Gerichten, ihrer Verfassung und ihren Verfahrensordnungen orientieren. Stattdessen gehe ich von den Interessen und Bedürfnissen aus, wie sie sich in den Anforderungen der Kaufleute an die Prozessordnungen manifestieren. Dieses Vorgehen beruht auf der Prämisse, dass die Kaufleute bei den Stadt- und Marktherren ein offenes Ohr für ihre Bedürfnisse fanden, und so erreichten, dass die Besonderheiten des für Kaufleute und andere Marktbesucher angewandten Verfahrens ihren Wünschen und Forderungen entsprachen.³ Man hat dieses topische Vorgehen in jüngster Zeit gelegentlich als Problemgeschichte bezeichnet, und diesen an neuzeitlichen Gegenständen erprobten Zugriff möchte ich auf das mittelalterliche Handelsrecht übertragen. Andere Möglichkeiten wären eine Institutionengeschichte im Sinne einer Geschichte einzelner Gerichte, was sich aber bei einem geographisch nicht begrenzten Übersichtsreferat über ein ganzes Zeitalter verbietet, oder eine Dogmengeschichte, die aber in der Gefahr ist, die normative Ebene der Statuten und der juristischen Diskussion zu sehr zu betonen und die Rechtspraxis, das alltäglich gelebte Recht, darüber zu vernachlässigen.

(9 Fünf Themen)

Diese „Problemgeschichte des mittelalterlichen Handelsrechts“ führt mich heute zu fünf Themen, die sich sowohl noch untergliedern als auch noch um weitere wichtige Bereiche vermehren ließen. Es geht

1. um die Einrichtung des Gerichts,
2. den Ort der Gerichtsstätte,
3. die Zuständigkeitsregeln,
4. um einige kleinere Punkte im Zusammenhang mit Leistungsklagen und vorläufigem Rechtsschutz sowie
5. um ein zentrales beweisrechtliches Problem.

³ Die ältere Literatur (Hans Planitz, Fritz Rörig) hat in diesem Punkt etwas übertrieben, indem sie die Stadtgründungen des 12./13. Jh. ganz kaufmännischen Gründerkonsortien zugerechnet, den herrschaftlichen Einfluss minimiert und die Ähnlichkeiten zwischen Stadt- und Dofgründungen im Hochmittelalter übersehen hat. Dennoch ist nicht zu leugnen, dass es solche einflussreiche kaufmännische Siedlergruppen gegeben hat, und da sie vor allem in der Gründungsphase der Märkte und Städte mit den Stadtherren an einem Strang zogen, weil ihre Interessen kongruent waren, ist es eine legitime Vermutung, dass insbesondere das Prozess- und das Handelsrecht auf Märkten und Messen, in Häfen und Städten nach den Wünschen der Kaufleute gestaltet oder zumindest modifiziert wurde.

1. Die Einrichtung des Gerichts

(10 Erstens: Einrichtung des Gerichts. Spezielles Marktgericht oder gemeines Recht des Landes?)
[Folie 2: Wolfenbüttler Ssp]

Begonnen sei mit der Einrichtung des Gerichts, der Gründung der Institution „Marktgericht“. Das Recht, mit dem Marktgericht überhaupt einen neuen, separaten Gerichtstyp einrichten zu dürfen, lässt sich wohl nur als ein Annex zu dem Marktprivileg selbst erklären. In den ältesten Quellen erscheint das Recht, einen Markt betreiben zu dürfen, als Prärogative des Königs, in einer Reihe mit anderen Regalien wie Münze, Mühle und Taverne. So gesehen ist eine besondere Marktgerichtsbarkeit als Abspaltung vom allgemeinen Recht des Landes zu verstehen. Solche Marktgerichte als spezielle Gerichte neben einer traditionellen ordentlichen Gerichtsbarkeit ist die eine Möglichkeit, den Bedürfnissen der Händler gerecht zu werden. Die andere Möglichkeit besteht darin, diesen Anforderungen in der allgemeinen Gerichtsbarkeit Rechnung zu tragen. Zumindest in den Rechtskreisen, in welchen die Kaufleute das Recht und das Gerichtswesen mitbestimmten, war dies der bevorzugte Weg.

(11 Einheitssystem in handelsfreundlichen Gemeinwesen: Lübeck)
[Folie 3: Lübecker Gerichtstür]

Das prägnanteste Beispiel dafür ist das Lübische Recht, also die vom Rat der Stadt Lübeck als Oberhof getragene Rechtsordnung, welche in den ganzen Ostseeraum hinein ausstrahlte. Die dort als Richter tätigen Ratsherren waren keine studierten Juristen, sondern Angehörige des bürgerlichen Patriziats und zumeist selbst erfahrene Kaufleute. In ihren Händen waren die kaufmännischen Belange in so guten Händen, dass eine separate Markt- und Messegerichtsbarkeit daneben nicht mehr nötig gewesen wäre.

(12 In England: Common Law als Mutter der Lex Mercatoria)

Das erstgenannte Modell hingegen liegt dem sächsischen Recht zugrunde – dazu sogleich noch mehr – ist aber am reinsten und systematischsten in England verwirklicht worden. Im englischen Königreich wurde im Mittelalter bei der Einrichtung der Gerichte die höchste Effizienz und bei der theoretischen Durchdringung der Probleme des Gerichtsaufbaus die tiefste Reflexion aller Länder nördlich der Alpen erreicht, und auch das Problem des Verhältnisses zwischen Common Law und Kaufmannsrecht wurde dort früh und klar gelöst. Die Lex Mercatoria sei die Tochter des Common Law, heißt es in einem bekannten Traktat aus Bristol aus dem späten 13. Jh.⁴ Die so verstandene „Lex Mercatoria“ wird dann näher charakterisiert, und zwar ausschließlich durch prozessrechtliche Abweichungen vom Common Law des englischen Königreichs. Daraus ergibt sich, wie ich an anderer Stelle einmal zu zeigen versucht habe, zwingend, dass „Lex Mercatoria“ im Mittelalter ausschließlich prozessrechtlich gemeint ist, also auf die besondere Rechtsstellung der Kaufleute vor Gericht bezogen ist.

(12 a – Exkurs zur Lex Mercatoria – fällt u.U. weg.)

Lassen Sie mich kurz einschleichen, was es mit der Debatte um die hier immer wieder erwähnte Lex Mercatoria auf sich hat. Die Vertreter eines internationalen, nicht auf staatliche Autorität gegründeten Handelsrechts, das der momentanen und künftigen Globalisierung einen rechtlichen Rahmen setzen könnte, behaupten eine Einheitlichkeit oder gar Universalität des mittelalterlichen Handelsrechts, um dem modernen, Erdball umspannenden Wirtschaftssystem ein wenig historische Legitimation oder zumindest Patina zu verleihen. Doch wie stets tut der Rechtshistoriker gut daran, sich solchen verlockenden Indienstnahmen zu versagen. Ich habe, obwohl ich nun schon einige Jahre „auf der Suche nach einer mittelalterlichen Lex Mercatoria“ bin, bisher noch keine einzige Regel des Handelsrechts gefunden, die „zu allen Orten und zu allen Zeiten gleich“ gewesen wäre (so die Definition der Lex Mercatoria des berühmten Richters Lord Mansfield aus dem 18. Jh., der als Begründer des englischen Handelsrechts gilt). Die Doktrin, die in England zur Unterscheidung zwischen Common Law und Law merchant entwickelt wurde, mag gelegentlich auch in das materielle Recht ausgestrahlt haben, doch die in diesem Zusammenhang konkret genannten Rechtsregeln sind allesamt prozessrechtlicher Natur.

⁴ *Lex communis, que est mater legis mercatorie et que suam filiam ex certis privilegiis et in certis locis dotavit*“.

(12 b – Exkurs zum prozeduralen Charakter einheimischen mittelalterlichen Rechts – fällt u.U. weg)

Damit ist, wie en passant erwähnt sei, der Grund für die zentrale Rolle berührt, welche die Gerichtsbarkeit und das Prozessrecht für das mittelalterliche Handelsrecht im allgemeinen spielen muss. Der erste und wichtigste Platz einer Geschichte der Kaufleute im Mittelalter gebührt dem Prozessrecht, genauer gesagt, den Rahmenbedingungen und Spielregeln, nach denen die Konflikte der Kaufleute entschieden wurden. Im Allgemeinen war das einheimische deutsche Recht, wie unter den Mediävisten mittlerweile unstreitig sein dürfte, in erster Linie prozessualer Natur. Zur Illustration komme ich noch einmal auf mein Beispiel zurück. Ein sächsisches oder hansisches Gericht entschied nicht über die materielle Rechtsfrage, ob beispielsweise dem Kapitalgeber einer Handelsgesellschaft noch Ansprüche gegen den Kapitalführer, der mit den Mitteln der Gesellschaft auf Handelsreisen gewesen war, zustanden. Es entschied lediglich, ob der Kapitalführer mit seinem Eid den Beweis erbringen durfte, dass er dem Kapitalgeber gegenüber korrekt abgerechnet und die ihm zustehenden Gewinnanteile pflichtgemäß ausgekehrt hatte. Wer meint, dass in einer solchen Entscheidung doch die materiellrechtliche Aussage notwendig mitgedacht sei, hat die uns Heutigen – und zwar den juristischen Laien eher noch mehr als den studierten Juristen – so selbstverständliche Verzahnung von materiellem und prozessuellem Recht unversehens auf ein Rechtsdenken zurückprojiziert, in dem das Bewusstsein davon, was objektives Recht eigentlich ist, sich erst allmählich Bahn bricht.

(13 Spezielle Marktgerichte in England)

Wenn es also in einem mittelalterlichen Text heißt, das gemeine Recht sei die Mutter des Kaufmannsrechts, so darf man diese Aussage getrost in erster Linie auf den Gerichtsaufbau beziehen. In England ist dies eindrucksvoll bestätigt durch die flächendeckend in den englischen Märkten und Häfen eingerichteten besonderen Marktgerichte, die so genannten Piepowder Courts⁵.

[Folie 3a: Übersetzungsgleichungen – auf die Lübecker Tür]

„Piepowder“ ist die lautliche Übertragung des Wortes „pieds poudres“ aus dem Law French, der normannisch-englischen Juristensprache, ins Englische. Auf lateinisch heißen diese Gerichte „curiae pedis pulverisati“ und bereits aus dem 12. Jh. stammt eine schottische Übersetzungsgleichung, die zu dem Wort „dustifute“ führt. Verschiedene Deutungen wurden vorgeschlagen; am überzeugendsten ist die Rückführung auf die staubigen Füße der fremden Händler, denen in so enger räumlicher und zeitlicher Nähe zum Marktbesuch Recht gesprochen wird, dass sie keine Gelegenheit haben, zuvor ihre Füße zu säubern. Die fremden Händler also sind es, denen der Weg zum Markt geebnet werden muss, damit der Markt mit den begehrten Waren des Fernhandels versorgt wird. Dazu ist für sicheres Geleit zu sorgen, die Marktzölle und sonstigen Abgaben müssen sich im Rahmen halten, und der Auswärtige muss erwarten dürfen, dass er vom Recht und vom Gericht des Markortes nicht übervorteilt wird und auch nicht übermäßig viel Zeit verliert. Dieses Anforderungsprofils an die Rahmenbedingungen eines funktionierenden Markts liegt auf der Hand – Gerichte wie die englischen Piepowder Courts sind dabei ein wesentlicher Faktor.

2. Der Ort der Gerichtsstätte

(14 Stätte des Marktgerichts, z.B. Seegericht im Hamburger Hafen)

Zur Einrichtung des Marktgerichts gehört entscheidend die Bestimmung des genauen Platzes der Gerichtsstätte. Anders als möglicherweise im Strafrecht bot es sich an, einen Ort in unmittelbarer Nähe zum ökonomischen Geschehen zu wählen.

[Folie 4: Hamburger Hafen mit Gericht]

⁵ “... *vagans qui vocatur piepoudrous hoc est anglive dustifute*” (“Fragmenta Collecta,” c. 29, ascribed to King David, 1124-1153; Acts of Part. of Scotl., [http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533\(190602\)20%3A2%3C231%3ATCOP%3E2.0.CO%3B2-8](http://links.jstor.org/sici?sici=0033-5533(190602)20%3A2%3C231%3ATCOP%3E2.0.CO%3B2-8))

Ferner: Josef Kulischer u.a., Allgemeine Wirtschaftsgeschichte des Mittelalters und der Neuzeit, 1988 (http://books.google.com/books?id=nY5JsRZ7neoC&pg=PA286&lpq=PA286&dq=pedis+pulverisati&source=web&ots=_WxuJ-740f&sig=c_G9XXIw4TGVAU-pmOpBvjofpdQ) S. 286; Grimm, Rechtsaltertümer II 467 (Vorauf. S. 838): Gast-, Notgerichte für fremde Jahrmachtsbesucher in E und F: court of pipoudres, cour des piedpouldreux, schottisch dustifute, griech (Plutarch) chonipodes.

Ausweislich der berühmten Miniatur zum Hamburger Stadtrecht von 1497 tagte das Hamburger Seegericht direkt am Hafen.

(15 Das „Forum“ Freiburg als Beispiel im Binnenland)

Als Beispiel im Binnenland diene Freiburg im Breisgau,

[Folie 6: Freiburger Gerichtslaube]

das besonders früh, nämlich schon 1120 gegründet wurde, aber nicht als Stadt, sondern als Forum, als Markt. Dort führte die Suche nach der in städtischen Quellen überlieferten „Gerichtslaube“ zu der Einsicht, dass es sich dabei nicht um das gotische, eher am Rand der Altstadt gelegene älteste Rathaus der Zähringerstadt handelte, das diesen Namen daher heute nur noch in Anführungszeichen führt.

[Folie 7: Stadtplan von Freiburg]

Vielmehr war die Gerichtslaube lediglich eine längliche Bretterbude mitten auf der breiten Marktstraße, welche die Stadt bis heute in nord-südlicher Richtung halbiert in einer Reihe mit den ähnlich gestalteten Fleisch- und Brotbänken. Bauliche Spuren haben sich von diesen flüchtigen Gebäuden nicht erhalten, doch der Standort dieser wenig aufwändigen, aber optimal gelegenen Gerichtsstätten lässt sich zuverlässig rekonstruieren. Hat daneben auch die architektonisch und vom Bildprogramm als Schöffengericht gestaltete Eingangshalle des Freiburger Münsters eine Rolle als Marktgericht gespielt?

[Folie 8: Jüngstes Gericht, Freiburger Münster]

Auch von dort waren es nur ein paar Schritte zur Marktstraße, während der heutige Marktplatz als Friedhof diente. Es gibt keine Gerichtsakten oder andere Schriftzeugnisse, welche diese auf den architektonischen Befund gegründete Hypothese unterstützen würden, doch diese Quellenarmut ist eine logische Folge des mündlichen Verfahrens im einheimischen Recht und deshalb auch kein zwingendes Gegenargument.

[Folie 9: Normalmaße an den Kirchenportalen]

Für die Nutzung als Marktgericht sprechen die in der Nähe der Kirchenportale an nicht wenigen Orten zu findenden Normalmaße.

Hier sind Beispiele aus

- Freiburg und
- Regensburg, und auch in
- Frankfurt auf dem Römerberg sind Gerichtsverhandlungen unter freiem Himmel vor dem Südportal der Bartholomäuskirche belegt; auf der gegenüberliegenden Straßenseite findet sich diese standardisierte Frankfurter Elle
Frankfurt – wobei eine reiche Stadt ihren Stolz darauf richtet, besonders große Normalmaße zu verwenden.

3. Die Zuständigkeit des Marktgerichts

(15 Einleitung zu Zuständigkeiten)

Für die Zuständigkeiten eines solchen Marktgerichts steht eine Quelle aus dem bekanntesten deutschrechtlichen Rechtsbuch, dem Sachsenspiegel des Eike von Repgow, zur Verfügung. [Folie 10: Heidelberger Bilderhandschrift]

Es handelt sich um eine Passage aus dem Landrecht des Sachsenspiegels aus dem ersten Drittel des 13. Jh. und die dazugehörige rund 75 Jahre jüngere Illustration aus der Heidelberger Bilderhandschrift (um 1300).

(16 Bildbeschreibung Heidelberger BilderHs)

Ein Richter weist auf einen Mann und fordert ihn durch diesen Fingerzeig auf, sich vor dem Gericht zu verantworten. Der Mann zeigt dem Richter jedoch die kalte Schulter. Er wendet ihm den Rücken zu, weist mit der einen Hand weg vom Gericht und macht mit der anderen eine Bewegung, welche die Bildinterpreten als Verweigerungsgestus deuten. Der Mann erkennt die Autorität des Gerichts also nicht an. Das hängt damit zusammen, dass es sich nicht um irgendein Gericht handelt, welches hier tagt. Das große Kreuz zwischen den beiden symbolisiert in der Bildersprache der illuminierten Handschriften des Sachsenspiegels stets den Markt: Es handelt sich um ein Marktkreuz,

[Folie 11: Trierer Marktkreuz als rechtsarchäologische Entsprechung]

und diese Symbolik hat sich der Zeichner nicht ausgedacht, sondern sie ist rechtsarchäologisch belegt.

(17 Analyse der Zuständigkeiten des Marktgerichts, Ssp LdR III 25)

[Folie 12: Wolfenbüttel mit Text]

Der Text, der mit diesem Bild erläutert wird, gibt dem sich verweigernden Mann unter bestimmten Umständen Recht.

„Binnen markte oder binnen uswendigene gerichte endarf nimant entwerten, he enhabe da wanunge oder gut binnen, be en vor wirke sich mit ungerichte da inne oder vorphant vor sin gelt.“

Es werden also das Markt- und das auswärtige Gericht in einem Atemzug genannt, aber der Illustrator hat sich auf das Marktgericht konzentriert. Die Gleichsetzung ist trotzdem aussagekräftig. Diesen Gerichten braucht sich nur zu stellen, wer im Gerichtsbezirk wohnhaft ist, mit eigenen Waren auf dem Markt handelt oder Güter dort verpfändet oder im Gerichtsbezirk Straftaten begangen hat.

(18 Räumliche und rechtliche [Ab-]Geschlossenheit des Marktgeschehens)

Auf den ersten Blick wirken diese Zuständigkeiten disparat, doch das einigende Band, der gemeinsame Grundgedanke, ist wohl, dass sich vor dem Marktgericht nur derjenige verantworten muss, der sich auf die eine oder andere Weise freiwillig in den Einzugsbereich des Markts begeben hat – ein Einzugsbereich, wie er hier auf einer anderen Bildquelle des 14. Jh. beeindruckend als auch räumlich abgeschlossener Bezirk dargestellt wird.

[Folie 13: Foire du Lendit]

(19 Zuständigkeiten des Marktgerichts und Folgefragen)

Der Sachsenspiegel weist also diesen so bestimmten sachlichen, räumlichen und personellen Bereich dem Marktgericht zu und gliedert ihn damit aus der normalen Gerichtsbarkeit aus. Die Beobachtung dieses Ausgliederungs- und damit Ausdifferenzierungsprozesses führt zu einer Reihe von Folgefragen: Was waren die Motive für die Einrichtung einer solchen Sondergerichtsbarkeit? Wie war sie im einzelnen ausgeprägt? Welche besonderen Spielregeln der Streitlösung wurden entwickelt, wenn eine Rechtsordnung sich auf die Bedürfnisse der Kaufleute und anderen Marktbesucher einließ?

(20 Eikes Außenperspektive)

Doch statt diese Fragen weiter zu verfolgen, lassen Sie uns lieber einen Blick auf den Standpunkt, von dem aus sowohl Eike von Reggow als auch die Illustratoren (die Szene ist in allen vier Bilderhandschriften des Sachsenspiegels überliefert) das Marktgericht darstellen. [Folie 14: Wolfenbüttel groß]

Es ist eine Außenperspektive, die Perspektive eines Beobachters, der eine neue, ungewohnte Gerichtsbarkeit entstehen sieht, die einen Fremdkörper in der traditionellen ritterlich-bäuerlichen Lebens- und Gerichtslandschaft darstellt. Es wäre übertrieben, aus dieser Darstellung auf Skepsis oder gar Feindschaft des Sachsenspiegels gegenüber dem Marktecht zu schließen. Doch die Person, die hier über ihre Rechte informiert wird, ist gerade nicht der klagende Kaufmann oder sonstige Marktbesucher, um die es im heutigen Vortrag geht. Eike informierte einen Leser, der mit dem Marktgeschehen und deshalb auch mit der dort wirksamen Marktgerichtsbarkeit nichts zu tun hatte. Die Bildzeile, die wie stets nur einen bestimmten Aspekt aus der Fülle der Textinformationen herausgreift und illustriert, spitzt diese Außenperspektive noch zu. Das Bild enthält im Unterschied zu fast allen anderen Gerichtsszenen des Sachsenspiegels keinerlei positive Informationen über die Arbeit des Gerichts, sondern zeigt nur denjenigen, dessen Leben von diesen [neumodischen] Dingen unberührt bleibt. Eike von Reggow war, wie wir aus einer Reihe von Gerichts- und Geschäftsurkunden wissen, gelegentlich an gerichtlichen Handlungen beteiligt. Ein Marktgericht war nicht dabei.

(21 Markt als Insel besonderen Rechts in der See des mittelalterlichen gemeinen Rechts)

Die Marktgerichtsbarkeit – oder allgemeiner: die für kaufmännische Angelegenheiten zuständigen Sondergerichte und ihr Prozessrecht – sind das Thema der Konferenz; doch rufen wir uns zumindest einmal ins Bewusstsein, dass diese Gerichtsbarkeit nur für einen Bruchteil der mittelalterlichen Menschen und ihrer Streitfälle zuständig war und mit ihren Neuerungen erheblich von den in der traditionellen einheimischen Gerichtsbarkeit der Dinggenossenschaft geübten Regeln, Bräuchen und Gewohnheiten abwichen.

4. Weitere Themen: Vorläufiger Rechtsschutz, Kurze Verhandlungen, Leistungsklagen

(22 Abschnitt von Rechtsmitteln, vorläufiger Rechtsschutz, Vollstreckung)

Es gibt noch eine Reihe weiterer prozessrechtlicher Probleme, die sich nach derselben Methode aufschlüsseln ließen, etwa die Frage der Rechtsmittel und der übergeordneten Instanzen und der ganze Bereich der Vollstreckung durch Zugriff auf die Person des Schuldners (Stichwort Schuldturn) oder auf seine Sachen durch den Arrest, also die Beschlagnahme, von Handelswaren. Der Arrest war zudem auch schon das Mittel der Wahl beim vorläufigen Rechtsschutz und zudem ein elegantes Mittel, dem Schuldner die Initiative aufzuzwingen. Wenn er nicht aktiv wurde, um seine – möglicherweise irgendwo in der Fremde – arretierten Güter freizubekommen, so wurde diese vorläufige Regelung im Handumdrehen zu einer endgültigen. Das Verfahren war denkbar einfach. Der Gläubiger brauchte nur zu behaupten, dieser oder jener Tuchballen oder Pfeffersack gehöre seinem Schuldner, und der beschlagnehmenden Stadt Schadlosigkeit versprechen, falls sie später wegen unberechtigtem Arrest belangt werden sollte. Doch diese Bequemlichkeit war ein zweischneidiges Schwert! Vom Standpunkt des Schuldners war sie eine erhebliche Gefährdung vor allem von auswärts lagernden Waren. Nun suchten die Kaufleute sich bereits mindestens seit karolingischer Zeit gegen die kollektive Haftung aller Mitbürger einer fremden Stadt zu sichern. Es gehört zum festen Bestand der Privilegien beispielsweise der Kölner in London, dass sie nur individuell oder evtl. noch für die Schulden ihrer Kompagnons haften brauchten, aber nicht automatisch für die Schulden aller Kölner an der Themse. Genau dieser Fortschritt konnte aber durch zu bequeme Arrestmöglichkeiten konterkariert werden. Das Beispiel zeigt, dass die zum Zwecke der Erkenntnisleitung in den Titel des Vortrags aufgenommenen „Bedürfnisse der Kaufleute“ nicht immer zu eindeutigen Ergebnissen führen. Ein Beispiel für diese Ambivalenz ist die Frage, ob dem Gläubiger der Zugriff auf Waren gestattet wird, von denen unklar ist, ob sie wirklich seinem Schuldner oder aber nur dessen Mitbürger gehören.

(23 Kurzfristige und kurze Gerichtstermine, Umfassende Leistungsklagen)

Als Obertitel zu diesem Vortrag hätte man auch „Zwischen Ebbe und Flut“ wählen können. „Zwischen zwei Gezeiten“ wäre vielleicht noch genauer gewesen. Denn „Entre deux marées“, so das Versprechen vieler englischer Marktrechte, sollte dem auswärtigen Kaufmann Recht gesprochen werden. Mehr Zeit sollte er auf dem Weg zum nächsten Hafen nicht verlieren, mit der nächsten Flut sollte er wieder auslaufen können. Das ist ein Versprechen, das in scharfem Kontrast zu dem Bild steht, das man sich von der mittelalterlichen englischen Gerichtsbarkeit gemeinhin macht. Es ist geprägt von dem erstarrten System der Klagformeln, der writs⁶. Nun ist die Eigentümlichkeit, dass es im Common Law keine Klagformel für eine ganz normale Geldschuld gab. Das bedeutete für einen Gläubiger, der eine nicht durch Zeugen oder Urkunde gesicherte Geldschuld einklagen wollte, dass er nicht möglicherweise aus Beweisgründen unterlag, sondern, dass er diesen Prozess überhaupt nicht erst beginnen konnte, weil es keine passende Klagformel gab. Doch vor den Piepowder Courts war dies anders, dort konnten auch nackte Geldschulden eingeklagt werden. Jeder Rechtshistoriker, der in diesem Zusammenhang das Wort „nackt“ hört, wird an das parallele Problem der *pacta nuda* des Gelehrten Rechts erinnert. Auch der Lösungsweg war durchaus parallel. Das klassische Zivilrecht hatte einem Versprechen, das weder förmlich stipuliert war noch den akzeptierten Vertragstypen (wie *emptio-venditio* und *locatio-conductio*) entsprach, die Klage verweigert: „*Ex nudo pacto actio non oritur*“. Doch unter kanonischem Einfluss setzte sich die

⁶ Writs waren Klagformeln, in denen ähnlich wie in den *actiones* im antiken römischen Recht der Gerichtsherr dem Richter Anweisungen gab, einem konkreten klägerischen Begehren statt zu geben, falls bestimmte in dem writ benannte Voraussetzungen bewiesen werden konnten. So lautet beispielsweise der berühmte writ of novel disseisin (Kroeschell I 181 Q 46: „...postea injuste et sine iudicio dissaisiti...“; um 1155/66) König Heinrichs II. aus dem 12. Jh. „Wenn sich herausstellt, dass jemandem ein Gut nach dem Tod meines Großvaters (Heinrich I) ungerechterweise und ohne Urteil entzogen wurde, so soll es ihm erstattet werden.“ Solche Formeln bestimmten die Aufgabe des Richters genau, begrenzten sie aber zugleich sehr eng. So hatte man etwa mit der Behauptung, das Unrecht sei schon zur Zeit des früheren Königs geschehen, keinen Erfolg mehr. So lang der König jederzeit für alle nur denkbaren Anliegen neue writs zur Verfügung stellte, war diese Begrenzung kein Problem, doch das änderte sich, als der Kanon in Angesicht der unübersichtlich werdenden Fülle von bereits existierenden writs erstarrte – wieder nicht unähnlich dem römischen Recht, wo das *Edictum perpetuum* ab ... dem Erfindungsreichtum des Prätors in Bezug auf neue Klagen einen Riegel vorschoob. Von da an mussten Kläger – in England wie in Rom – versuchen, ihr Begehren unter eine der bereits vorgegebenen Klagformeln zu subsumieren. Davon war der Zugang zum Gericht abhängig: Fand sich keine passende Formel, gab es auch keinen Prozess. Wo keine Klagformel, da kein Richter.

entgegengesetzte Doktrin durch, dass alle Versprechen einzuhalten seien, ein Ergebnis, zu dem schließlich auch das Common Law außerhalb der Marktgerichte fand, indem es einen neuen Gerichtszweig, den Court of Chancery einrichtete, der nicht nach den strengen Beweisregeln des Common Law, sondern nach Equity, nach Billigkeit, entschied⁷.

Bei der Ermöglichung der einfachen, „nackten“ Leistungsklage erscheinen in England also die Marktgerichte als Vorreiter für einen Fortschritt, der auf dem Kontinent dem kirchlichen Recht zu verdanken ist.

5. Beweisrecht; insbesondere: Der Reinigungseid

(24 Ein beweisrechtlicher Konflikt – N.B.: Falls Vortragszeit knapp, fällt Teil 5 u.U. weg)

Als fünftes und letztes Problemfeld soll das Beweisrecht berührt werden. Dies dürfte auch im heutigen Gerichtsverfahren noch die Materie sein, an der sich der Ausgang der meisten Prozesse entscheidet. Seine Bedeutung im Mittelalter war noch ungleich höher. Doch statt das näher auszuführen, sei exemplarisch ein besonders wichtiger Konflikt vorgestellt und anhand seiner Lösungsmöglichkeit durch das Hochmittelalter verfolgt. Es geht um einen Gläubiger, der seinen leistungsunwilligen Schuldner verklagt (man stelle sich etwa vor, weil er Ware herausverlangt, die er dem Schuldner in Kommission gegeben hatte). Der Beklagte leugnet seine Schuld (etwa weil er behauptet, niemals Ware vom Kläger empfangen zu haben) mit einem Eideid, also einem Eid ohne Eidhelfer – man spricht auch von dem Reinigungseid des Beklagten. Die unterschiedlich beantwortete Frage ist nun, ob die Rechtsordnung es dabei bewenden und die Klage damit scheitern lässt oder ob der Kläger die Chance erhält, den Reinigungseid zu überwinden und doch noch den Sieg davonzutragen. Man unterschätze die Relevanz dieser scheinbar sehr technischen Frage nicht!

(25 Karoling. Privilegienformel)

Geregelt wird sie bereits in karolingischen Privilegien. So lassen sich jüdische Kaufleute ausweislich eines Formulars aus der Zeit Ludwigs des Frommen (vor 825) bestätigen, dass sie beim Übersiebnen des leugnenden Schuldners, also bei seiner Überwindung zusammen mit sechs Eidhelfern, drei Glaubensbrüdern hinzuziehen dürfen und demnach nur ebenfalls drei Christen dazu bringen müssen, mit gegen den Schuldner zu schwören. Im parallelen Formular für christliche Kaufleute wird einfach auf die Rechtslage der Juden Bezug genommen; diese galt den Christen also als Vorbild.

(26 Bericht des Mönchs Alpert von Metz über die Kaufleute von Tiel, 1018)

An solche kaiserlichen Kaufmannsprivilegien denkt man auch, wenn sich 200 Jahre später die Kaufleute von Tiel am Niederrhein auf eine Karta imperialis berufen. Sie tun das zur Rechtfertigung für eine Rechtsgewohnheit, die dem Chronisten, der uns über die Tieler Kaufmannsgilde informiert, höchst dubios vorkommt. Es handelt sich um den Mönch Alpert von Metz, und er berichtet voller Unverständnis und Empörung über die rohen Sitten der Kaufleute:

Homines sunt duri et pene nulla disciplina adsuefacti, iudicia non secundum legem set secundum voluntatem decernentes, et hoc ab imperatore karta traditum et confirmatum dicunt.

[JETZT PARAPHRASIEREN: *Si quis quicquam ab alio mutuum sive accomodatum acceperit, et ille ad constitutas inducias rem suam repetit, constanti animo inficias it et sine mora se nihil ab illo accepisse iurat. Et si quis deprehensus fuerit publice peiurasse, a nullo posse redargui confirmant.*]

[WIEDER WÖRTLICH:] *Si rem quoque una manu tenuerit, si tantilla est, ut pugno includi possit, cum altera iuramento denegabit:* Ist eine Sache – vielleicht ein Schmuckstück – klein genug, um es in der Faust zu verbergen, schwört der Schuldner mit der anderen Hand, er hätte sie nicht erhalten. Was dem frommen Mönch wie eine Einladung zum Perjurium, zum Meineid erscheint, ist in unserem Zusammenhang einfach eine andere Lösung des geschilderten Beweisproblems. Man kann tatsächlich den Ausgang des Prozesses in die Hand des Beklagten legen. Man kommt so sehr schnell zu einer Entscheidung des Streits, und die Missbrauchsgefahr dürfte in einer sozial homogenen und zahlenmäßig überschaubaren Gruppe wie der Tieler Kaufmannsgilde geringer gewesen sein als Alpert befürchtete. Denn die Sanktion, welche den Kaufmann im Zweifel am härtesten trifft, ist die Verweigerung eines Folgegeschäfts, und das heißt, dass

⁷ Lerch, Art. Engl.R, in: HRG I, 2. Aufl. 2008, 1332-1345.

der Schuldner es sich gut überlegt haben wird, bevor er den Empfang einer Ware leugnete und so seinen guten Ruf gefährdete.

(27 Reaktion im Hofrecht des Burchard von Worms, 1023/25)

Doch auch wenn sich also Gründe für diese Lösung des Problems finden lassen – die Reaktion auf Alperts Bericht war erst einmal negativ. Alperth hatte seine Notizen für den Bischof Burchard von Worms geschrieben, und dieser berücksichtigte das Problem, als er rund fünf Jahre später ein Hofrecht für seine Wormser Hörigen schuf.

Über die von Alperth berichtete Lösung heißt es nun bereits: „*Habuierunt et hoc in consuetudine*“ Denn in einem für das frühe 11. Jh. seltenen aktiven Akt der Gesetzgebung hat der Bischof die Rechtslage geändert;

„*Sed ut declinentur periuria* – der Bischof legt seine Motive offen – *constituimus: Si ille, qui pecuniam suam prestiterat, iuramentum eius pati noluerit, ipse contra eum duello pugnaturus negatam pecuniam acquirat, si voluerit...*“

Der leugnende Beklagte kann nun also nicht mehr wie in der karolingischen Formel durch Übersiebnen, sondern durch gerichtlichen Zweikampf, also eine besondere Art des Gottesurteils, überwunden werden.

(28: 12. Jh. Soest – Eine andere, westfälisch-hansische (oder doch auch kirchliche?) Lösung)

Wieder eine andere Lösung findet sich im darauffolgenden Jahrhundert in der zu dieser Zeit noch treu Köln untertanen Stadt Soest. Deren ältestes Recht ist in einer Rechtsmitteilung an die Stadt Medebach aus dem Jahre 1165 konkret überliefert, und dort begegnet erstmals die Lösung, die von da an bis heute die tragende geblieben ist: Der Zeugenbeweis. Er ist in der wenig älteren kirchenrechtlichen Sammlung, dem *Decretum Gratiani* von 1140, der rasche Verbreitung auch nördlich der Alpen fand, erwähnt und wird hier nun auch für unser Problem eingesetzt: Der Reinigungseid des leugnenden Schuldners kann mit Hilfe von Tatsachenzugehen überwunden werden. Die Stelle wurde bisher stets in den Zusammenhang des Rechts im Hanseraum gerückt, weil die zu dieser Zeit gegründeten Städte Hamburg und Lübeck sich auf Soester Recht beriefen. Doch wenn es um den Ursprung der Idee geht, scheint, wie schon bei der Frage der Klagbarkeit „nackter“ Verträge, die moderne und wirtschaftsfreundliche Innovation aus Kirchenkreisen in die Rechtssphäre der Kaufleute gelangt zu sein.

(29 Übersicht über die mittelalterlichen Lösungen)

Überblickt man abschließend noch einmal die Regelungen der Frage, wie der Kläger auf das Leugnen des Beklagten reagieren kann, die zwischen dem 9. und 12. Jh. erprobt wurden, so ergibt sich einerseits ein erstaunlicher Reichtum an Lösungswegen – und ganz sicher keine einheitliche Lösung, die man als Beleg für ein allgemeines mittelalterliches Kaufmannsrecht werten könnte. Andererseits jedoch beeindruckt die große Problemkontinuität. Jede Generation wurde von neuem mit dem Problem konfrontiert und war gezwungen, darauf zu reagieren, auch wenn die Antworten verschieden waren. Damit ist die Arbeitshypothese, auf der die weitere Forschung basieren soll: Kontinuität nicht der Lösungen, sondern der Interessen und Probleme.

C. SCHLUSSBEMERKUNGEN

(30 Die kaufmännischen Erwartungen an das Prozessrecht im Kontext: Aussagen über Autonomie kfm Rechts? Über seine Gleichförmigkeit im Sinne einer *Lex Mercatoria*?)

Erlauben Sie mir zum Abschluss noch einen kurzen Ausblick auf den Überlieferungszusammenhang, in dem die geschilderten prozessrechtlichen Modernisierungen stehen. Welche Gegenstände standen noch auf den Wunschlisten der Kaufleute, wie sie sich in den inhaltlich von ihnen beeinflussten Statuten, Privilegien usw. präsentieren? Im Kampf um die Verbesserung des Rechtsstatus im Umfeld des Prozessrechts geht es z.B. um die Zurückdrängung des Strandrechts, um die oben kurz erwähnte Befreiung von der Kollektivhaftung für alle Mitbürger im Ausland, um die Einbeziehung der Kaufleute in die Gottes- und Landfrieden und damit um ihren Schutz durch Landfriedensgerichte, um die Sicherung der Transportwege und die Zusicherung von freiem und sicherem Geleit. Erreicht werden sollten diese Ziele außer durch Privilegien auch durch Handelsverträge, Gründungsverträge bei der Besiedlung neuer Städte und Dörfer, durch Förderung der Schiedsgerichtsbarkeit sowie dadurch, dass die Kaufleute und anderen Stadtbürger eigene Rechtssetzungskompetenzen erlangten und die für Handelsangelegenheiten zuständigen Gerichte besetzten.

(31 Fazit)

Wir begegnen hier einem Pragmatismus, der an juristischen Grundsatzfragen desinteressiert ist und sich in erster Linie um günstige Rahmenbedingungen für die Verfolgung der Geschäfte bemüht. Das Recht hat gegenüber den wirtschaftlichen Zielen eine dienende Funktion. Wer die rechtlichen Verhältnisse, die Rechtspraxis des mittelalterlichen Handels untersucht, tut gut daran, diese Hierarchie nicht aus dem Auge zu verlieren. Die Frage, ob dieser pragmatischen Vielfalt rechtlich verbindliche Handlungsmaximen abgelauscht werden können, ist noch offen. [Frage der Normativität von Gewohnheiten]

CARSTEN JAHNKE

Université de Copenhague, Danemark

jahnke@hum.ku.dk

Meine sehr geehrten Damen und Herren.

Wenn wir über den Seehandel der Hansezeit sprechen, so sprechen wir über eine Materie, die nur auf den ersten Blick einfach und klar gegliedert zu sein scheint. Hansezeit, das bedeutet stolze deutsche Kaufleute, die mit ihren Koggen die Weltmeere bereisen und versuchen, andere Nationen zu unterdrücken.

Nichts kann falscher sein, als dieses Bild. Nicht nur, dass wir nicht einmal wissen, was ein Koggen eigentlich war, sondern vor allem lebte der hansische Kaufmann nicht allein auf der Welt, nicht in seinem eigenen Sternensystem.

Für einen Historiker und Nichtjuristen wie mich ist mittelalterlicher Seehandel in erster Linie der Handel über weite Strecken, von Novgorod bis Lissabon, von St. Andrews nach Santander, und ist vor allem Internationalität. Internationalität in der Frequentierung ausländischer Häfen, bei der Ausreedung von Schiffen, bei Schiffsbesatzungen und bei Handelswaren. Hätte der hansische Kaufmann sich auf die Produkte des Ostsee- oder Hanseraumes beschränken müssen, so wäre er kläglich verhungert!

Jeder gewinnbewusste Kaufmann handelte vor allem mit Waren fremder Provenienz und am besten tat er dies, wenn er sie an fremden Orten kaufte und dann mit Schiffen in seine Heimat bringen konnte.

Unter diesen Voraussetzungen spielte der Seehandel natürlich eine herausragende Rolle und – in unserem Zusammenhang – die Frage, wie auftretende Konflikte im Zusammenhang mit diesem internationalen Seehandel gelöst werden konnten.

Diese Frage wird vor allem dann problematisch, wenn Konflikte zwischen Parteien verschiedenster Herkunft und/oder in einem fremden Hafen auftraten. Was geschah, wenn ein französischer Schiffer mit baltischen Waren in Lissabon ein Schiffsunglück verursachte? Welche Regelungen griffen hier, gab es überhaupt einheitliche Regelungen oder galt einfach das Prinzip des Stärkeren?

Schaut man in die uns zur Verfügung stehenden Quellen so ist der erste Eindruck erstaunlich mager. Aus der Zeit des gesamten hansischen Seehandels zwischen dem 13. und dem 16. Jahrhundert sind uns gerade einmal ein paar Dutzend Fälle überliefert, Fälle, die bei näherer Betrachtung sich alle in denselben Problemfeldern der Rechtssprechung bewegen. Diese geringe Anzahl von überlieferten Rechtssprüchen hat einige Autoren dazu verleitet, die Existenz eines mittelalterlichen Seerechts überhaupt in Abrede zu stellen.¹ So einfach kann man es sich nicht machen, denn Rechtsfälle hat es viele gegeben,

¹ Klaus FRIEDLAND,

vor allem zwischen eigenen Bürgern und fremden Kaufleuten, „some pleyntes come between densyns and foreyn people“ wie es ein Rechtskodex der Stadt Yarmouth ausdrückte.²

Wo lag also das Problem oder besser gesagt das Nichtvorhandensein eines Problems in Hinsicht auf die Seerechtsprechung? Kurz und knapp gesagt, die Erklärung liegt darin, dass im Seerecht andere, auf mehr internationaler Basis stehende, Rechtssätze galten als im Territorialrecht.

Die Unterschiede kurz zusammengefasst kann man sagen, dass im Territorialrecht das Wort des Herrschers resp. der Stände galt, die ihr Recht individuell für ihren Bereich setzten. Natürlich kann man dabei Rechtskreise und Gewohnheiten erkennen, doch war die Ausprägung letztendlich regional. Rein praktisch bedeutete dies, dass ein hansischer Kaufmann in Brügge, Paris, der Brouage oder in Lissabon mit anderen Rechtsgewohnheiten und Vorgehensweisen konfrontiert wurde, als er es von zuhause aus gewohnt war, etwas, was umgekehrt natürlich auch galt.

Wenn man sich nun vorstellt, dass täglich ausländische Schiffe den Swin vor Brügge oder die Seine anliefen, so müsste es auf dieser Basis zu einer Flut von Rechtsverwicklungen und Missverständnissen gekommen sein – kam es aber nicht!

Warum war das so? Nun, die Begründung lag darin, dass im Seerecht andere Rechtssätze galten als im Territorialrecht, Rechtssätze, die unabhängig vom landsässigen Recht entstanden waren und auch unabhängig von diesem angewandt wurden.

Dieses spezielle mittelalterliche Seerecht war im atlantischen Raum in einem Gebiet vom Nordatlantik und von der Westsee (Nordsee) über den Kanal bis in die Biscaya und vor allem auch im Weinhandelsgebiet der Gascogne entstanden. In diesem Raum begannen spätestens im ausgehenden 11. oder im beginnenden 12. Jahrhundert die zur See Fahrenden ihre Streitigkeiten nach mehr oder weniger gleichen Rechtsgrundsätzen zu entscheiden. Diese Rechtsgrundsätze entwickelten sich aus der seemännischen Praxis heraus, und vereinen nordeuropäische mit mittel- und südeuropäischen Elementen. So stammt zum Beispiel unser Wort Matrose aus dieser Rechtsentwicklung, in der der mitfahrende Speisegenosse skandinavischer Schiffe, der motunautr, im Mittelfranzösischen zu matelot verballhornt wurde, ein Wort, aus dem sich dann der Begriff des Matrosen entwickelt hat.³

Diese Rechtssätze wurden in Seerechtsfällen parallel zu den territorialen Rechten angewandt. So kennen zum Beispiel die frühen englischen Stadtrechte die ley marine, die vor allem bei Streitigkeiten mit fremden Seefahrenden, „pur mariners estraunges passauntz“ angewandt wurden⁴, ohne, dass eine entsprechende Rechtssatzung der englischen Könige bekannt wäre.

Diese – aus der Arbeit der Seeleute heraus entstandenen Rechtssätze – wurden zu Beginn des 13. Jahrhunderts im Kerngebiet des englischen Weinhandels auf der Ille d’Oléron kodifiziert, wodurch eine verifizierbare Fassung dieses Gewohnheitsrechtes entstand. Diese Fassung – die Rôles d’Oléron – wurde dann spätestens seit der Mitte des 13. Jahrhunderts als die einzige gängige Seerechtsgrundlage anerkannt. Spätestens 1266 galt sie in Kastilien, danach in Westfrankreich, in Bordeaux, der Gascogne, dem eigentlichen Frankreich, der Bretagne, der Normandie, in England, Schottland, in Flandern und höchstwahrscheinlich auch im Hanseraum.

Die Rôles d’Oléron schufen eine einheitliche Rechtsgrundlage für die wesentlichen, am Seehandel beteiligten Personengruppen d.h. für Schiffer, Besatzung, Befrachter und Reeder. Diese Rechtsgrundlage umfasste vor allem Regelungen im Arbeits-, Vertrags-, Betriebs- und Handelsrecht⁵, also eben jene Bereiche, die im internationalen Handel die meisten Probleme verursachen.

Diese Rechtsgrundsätze entwickelten sich im Mittelalter in ganz Mittel- und Nordeuropa zu einem allgemein akzeptierten Recht für alle im Zusammenhang mit dem Seeverkehr stehenden Fragen. So

² Nach Karl-Friedrich KRIEGER, *Ursprung und Wurzeln der Rôles d’Oléron*, QDHG, N.F. Band XV, Köln, Wien 1970, S. 102, Note 480.

³ Aleksander BUGGE, *Paavirkning*, S. 7 f.

⁴ Stadtbuch von IPSWICH, nach TWISS, *The black book*, Vol. II, S. 22.

⁵ Carsten JAHNKE, *Hansisches und anderes Seerecht*, S. YYYYYY.

überwies zum Beispiel im Jahr 1471 das Gericht der Stadt Lebau in Preußen einen solchen Seerechtsfall an den Magistrat von Danzig, da der zuständige territoriale Landesherr keine Kenntnis des Seerechts besaß und daher auch nicht entscheiden konnte.⁶ Seerechtsfragen wurden in der allgemeinen Rechtspraxis zumeist immer von anderen Rechtsfällen getrennt und nach den Prinzipien der Rôles d'Oléron entschieden.

Wie sah diese Rechtsteilung nun in der Praxis aus und wie funktionierte das Seerechtsverfahren?

Erst einmal bleibt wohl festzuhalten, dass die allgemeine Gerichtshoheit eines Territorialherren über „seine“ Wasserflächen erhalten blieb. Das bedeutet in der Praxis, dass ein Schiff, welches einen fremden Hafen anlief, damit auch ein fremdes Rechtsgebiet betrat. Ein wie auch immer geartetes Mitnehmen eines anderen Rechtes in einen fremden Hafen wird zwar immer wieder unterschwellig postuliert, lässt sich aber in der Praxis nicht nachweisen. Das Seegerichtsverfahren war somit von den vor Ort gegebenen Möglichkeiten abhängig.

Im Falle von Ausländern nun hätte das in der Regel bedeutet, dass das Verfahren in einem langwierigen Prozess vor dem Hofgericht anhängig gewesen wäre, eine Verzögerung, die nun wahrlich nicht im Interesse der Kaufleute, des Handels und damit letztendlich der Zolleinnahmen des Herrschers gewesen sein kann.

So wurden schon frühzeitig Möglichkeiten gefunden, das Seegericht unter offizieller Wahrung der Gerichtshoheit des Landesherrn, gesondert vom eigentlichen Rechtsgang stattfinden zu lassen. So räumte 1364 der französische König Charles V. den kastilischen Kaufleuten das Recht ein, ihre Streitigkeiten vor dem Hafenkaptain von Harfleur nach den „coustumes de la mer et les droiz de Layron“ verhandeln zu lassen⁷ und in Schottland unterstanden seit dem 12. Jahrhundert die Seerechtsfälle nur so lange dem Königsgericht, bis die rechten Zölle entrichtet worden waren. Danach stand es den Kaufleuten und Schiffern frei, jedes Gericht frei zu wählen.⁸ Eine andere Entwicklung können wir in England feststellen, wo Schiffs- und Kaufmannsangelegenheiten dem Court of Admiralty in London unterstanden, in dessen sogenanntem Black Book sich nun die Aufzeichnungen der Rôles d'Oléron wiederfinden.⁹

Wiederum eine andere Entwicklung fand im Hanseraum statt. Hier waren die Kaufleute des 13. Jahrhunderts vor allem auf den regelmäßigen Zustrom fremder Seeleute in ihre Häfen angewiesen, um ihre Waren außer Landes zu bekommen. Aus diesem Grunde ließen sie den Seerechtsfragen die größtmögliche Freiheit. So sieht zum Beispiel die Fassung des Lübecker Stadtrechtes von 1282 vor, dass alle Angelegenheiten des See- und Handelsrechtes nicht vor dem städtischen Magistrat, sondern vor den Schiffen und den Mitreisenden an Bord abzuhandeln seien.¹⁰ Allerdings wurde in den folgenden Jahrhunderten versucht, diese Freiheit einzuschränken. So wurde in Auslandshäfen die Seegerichtsbarkeit – so weit dieses möglich war – den Kontorsgerichten unterstellt, die sich allerdings auch aus Kaufleuten und Schiffen zusammensetzten.¹¹ Zudem wuchsen der Lübecker und der Danziger Rat in die Rolle der höchsten Appellationsinstanz in Seerechtsfragen im Hanseraum hinein – ohne, dass deren Rechtssprechung weit von den Grundsätzen der Rôles d'Oléron abwich.

Letztendlich konnte man im Seehandel des Westatlantiks und der Ostsee den Grundsätzen der Rôles d'Oléron nicht entgehen und konnte überall vor ein Seegericht gezogen werden, welches aus Fachleuten des Metiers bestand. Lassen Sie mich das an einigen Beispielen erläutern. Im Jahre 1482 erließ der dänische König Johann I. ein Handelsverbot für englische Waren im Öresund, welches relativ streng kontrolliert wurde. Unter den nach ihrem Gut befragten Schiffen befand sich auch der Schiffer Morthen Nienkerke, der unter Eid versicherte, keine englischen Waren an Bord zu führen, welches sich aber bei

⁶ „Wente wy hebben dat recht gesocht vor deme heren van Ghelichen und he heft uns nicht gherichtet. Worumme zo bydde wy jwe gnade, dat gy uns darane entrichten wolden na jwen waterrechte“. HUB X, Nr. 23, S. 13 f., hier S. 14.

⁷ KRIEGER, *Wurzeln und Ursprung*, (wie Anm. 2), S. 36.

⁸ KRIEGER, *Wurzeln und Ursprung*, (wie Anm. 2), S. 103.

⁹ TWISS, *The Black book*, (wie Anm. 4).

¹⁰ Lübecki Oiguse Tallinna Koodeks, *Der Revaler Kodex des Lübisches Rechts*, 1282, YYYY, Arbeitsausgabe, § 85, S. 52.

¹¹ JAHNKE, *Hansisches Seerecht*, (wie Anm. 5), S. YYYY. Paul Simson, *Geschichte der Danziger Willkür*, Danzig 1904, § 115, S. 55.

einer anschließenden Durchsuchung als falsch erwies. In einer solchen Situation entschied der dänische König bei seinen eigenen Untertanen normalerweise allein oder zusammen in Abstimmung mit seinem Reichsrat. Nicht aber in diesem Fall. Zu den Verhandlungen im Kopenhagener Rathaus am 24. Juli 1482, die in Anwesenheit des Königs stattfanden, wurden nicht nur der Reichsrat sowie der Magistrat von Kopenhagen herangezogen, sondern auch alle dänischen, deutschen, schottischen und preußischen Schiffer, die sich im Hafen von Kopenhagen befanden.¹² Was hier also stattfand, war ein Seerechtsprozess gegen einen ausländischen Schiffer. Das war die einzige Möglichkeit eines kurzen Prozesses gegen Ausländer, bei der man nicht damit rechnen musste, in diplomatische Schwierigkeiten zu geraten.

Wie flexibel diese Rechtsprechung gehandhabt werden konnte und wie international der Seehandel war, soll noch an zwei weiteren Fällen verdeutlicht werden. Am 12. März 1451 wandte sich zum Beispiel der Magistrat der Stadt Köln an die Behörden von Gravelingen und besonders an diejenigen, die mit dem Seerecht zu tun haben, „die dat seende waterreicht tobehoirt“,¹³ um mit diesen die Rückgabe geborgenen Gutes aus einem Dordrechter Schiff zu besprechen. Und im Jahr 1540 vollzog ein dänischer Schiffer auf dem Wege zwischen Malmö und Danzig einen Seewurf, in dessen Zusammenhang es zu Streitigkeiten mit seinen Kopenhagener, Malmöer und Danziger Befrachtern kam.¹⁴ Dieser Fall wurde nicht in Danzig verhandelt, obwohl hansisch-danziger Kaufleute darin involviert waren, sondern in einem ordinären Seegericht in Malmö, ohne, dass dieses zu Protesten von Seiten der hanseatischen Kaufleute führte.

In der Seegerichtbarkeit in Nord- und Mitteleuropa des Mittelalters konnte man damit rechnen, dass überall nach den selben Rechtsgrundsätzen – nämlich denen der Rôles d’Oléron – entschieden wurde, unabhängig von den jeweiligen Rechtsgewohnheiten des umgebenden Territoriums und unabhängig von der jeweiligen Landessprache. Ebenso konnte man damit rechnen, dass das ad hoc gebildete oder ständig residierende Seegericht tatsächlich mit fachkundigen zur See fahrenden Kennern der Materie, d.h. mit Schifffern und Kaufleuten, besetzt war, die sich mit den traditionellen Gewohnheiten der Seerechtsprechung auskannten. Insofern können jeweilige Partikularrechte gegenüber dem Seerecht als zweitrangig betrachtet werden. Für Kaufleute und Schiffer in einem Raum von Portugal bis Grönland und von Cornwall bis Novgorod spielte es keine Rolle, vor welches Seegericht sie zogen. Die herkunftsmäßigen Vorteile oder Probleme, die bei der territorialen Rechtsprechung über Ausländer eine so große Rolle spielten, waren beim Seerecht nivelliert worden. Dieses erklärt, warum Seerechtsprozesse so wenig Spuren in den Quellen hinterlassen haben. Es lohnte sich einfach nicht, den Prozess vor ein anderes Gericht zu ziehen oder vor einer anderen Obrigkeit zu appellieren, da diese nach den gleichen Prinzipien entschieden hätte.

Warum dieses so war, lässt sich zur Zeit noch nicht mit letzter Sicherheit begründen. Mit Sicherheit spielten die besonderen Verhältnisse auf See, mit ihrer Internationalität, der Losgelöstheit von regionalen Verhältnissen, der besonderen Verantwortung eines jeden einzelnen Besatzungsmitgliedes eine Rolle bei diesem Prozess. Ebenso kann auf die spezifische Situation des Seeverkehres im Allgemeinen verwiesen werden, auf die das Seerecht mit einem relativ hohen Abstraktionsgrad – verglichen zumindest mit den norddeutschen und dänischen Territorialrechten der Zeit – reagieren konnte. Hier wurden Lösungen geschaffen, die der Situation des Seeverkehres angemessen waren. Dass dieses natürlich den Sachverstand der Seefahrer voraussetzte, mag noch als ein weiteres Erklärungsmoment hinzukommen.

Bei der Betrachtung dieser Zustände stellt sich allerdings die Frage, warum sich die Kaufleute und Seeleute überhaupt einem Gerichtsverfahren gestellt haben. Wir kennen alle das Phänomen, dass wir Strafmandate in fremden Ländern nach Möglichkeit ignorieren und darauf bauen, dass wir eh nicht belangt werden können. Das Gleiche gilt für fremde Häfen. Warum soll ich mich einem Verfahren beugen, wenn ich doch einfach davONSEGELN kann?

Die Mobilität des Seeverkehres im Mittelalter ließ solche Überlegungen durchaus zu und es stellt sich die Frage, warum es überhaupt Seegerichtsfälle gegeben hat. In einigen Fällen, wie dem des im

¹² *Kjøbenhavns Diplomatarium*, hrsg. von O. NIELSEN, Vol. V, København 1879, Nr. 176 f., S. 103 f.

¹³ HUB VIII, Nr. 15, S. 7.

¹⁴ Malmö Rådstueprotokoll (Stadsbog), 1503-1548, hrsg. von Erik Kromann, København 1965, hier [p. 328], S. 178 f.

Öresund abgefangenen hansischen Schiffers, wurden die Schiffe und ihre Besatzung mit Gewalt festgehalten, doch war dieses die Ausnahme. Die meisten Schiffer und Kaufleute haben – soweit wir es beurteilen können – sich freiwillig den Gerichten unterstellt. Warum?

Auf diese Frage gibt es mehrere Antworten, die von den regionalen Gegebenheiten abhängig sind. Im eigentlichen Hanseraum, das heißt beim Verkehr zwischen hansischen Häfen spielten die besonderen Netzwerkverhältnisse der Hanse eine besondere Rolle. Jeder Kaufmann war zur Durchführung seiner Geschäfte auf ein funktionierendes Netzwerk angewiesen. Die Basis dieses Netzwerkes war nun der gute Ruf und ein Vertrauen in das Geschäftsgebahren dieses Kaufmannes, etwas, was jeden Tag von neuem wieder erarbeitet werden musste. Das gleiche galt für Schiffer, die zwar eher im Ruf standen, unzuverlässige Gesellen zu sein, die aber auch darauf angewiesen waren, dass man ihnen das nötige Vertrauen entgegenbrachte – anders hätte man ihnen niemals seine kostbaren Waren anvertraut. Vertrauen und Renommee waren also die beiden Bausteine auf denen der hansische Handel und auch der Seeverkehr beruhten.

In der Praxis sah dieses so aus, dass das Vertrauensverhältnis zwischen Kaufmann und Schiffer im Hanseraum so weit reichte, dass man auf die Aufsetzung schriftlicher Frachtverträge verzichtete, und es bei mündlich besiegelten Abmachungen beließ. Würde sich hier nun bei einem Streit eine Seite dem Gerichtsverfahren entziehen, so wäre das Vertrauensverhältnis nachhaltig gestört worden. Als Konsequenz hätte der gute Ruf so weit gelitten, dass Schiffer keine Waren zum Transport mehr erhalten hätten oder, dass man die Waren einzelner Kaufleute von Seiten der Schiffer nicht mehr zum Transport angenommen hätte, wodurch das Geschäft der hansischen Kaufleute ruiniert worden wäre. Letztendlich kann man im Falle der Seegerichtbarkeit im Hanseraum von einer erzwungenen Freiwilligkeit sprechen, die das System am Laufen hielt.

Dabei war die Seerechtssprechung vor allem zum Vorteil der Schiffer ausgelegt und eigentlich den Kaufleuten ein beständiger Dorn im Auge. Lassen Sie mich das an einem konkreten Beispiel verdeutlichen. Im Territorialrecht wird der Lieferlohn erst und ausschließlich dann fällig, wenn die Ware ordnungsgemäß und vollständig den Empfänger erreicht hat. Nicht aber im Seerecht. Hier hat sich die Gewohnheit durchgesetzt, dass bei unverschuldeten Unglücken Haftung und Anspruch auf Entgelt zwischen dem Befrachter und dem Schiffer aufgeteilt wurden. Konkret bedeutet dies, dass bei einer Havarie nach der Hälfte der vereinbarten Strecke auch die Hälfte der Fracht gezahlt werden musste, selbst wenn die Ware den Empfänger nicht erreichte.¹⁵ Dass nicht alle Kaufleute hierfür Verständnis hatten, ergibt sich von selbst – hatten sie doch den doppelten Schaden, da sie einerseits ihre Waren verloren hatten und dennoch etwas für deren Transport bezahlen mussten. Es hat deshalb auch einige Kaufleute gegeben, die versuchten, sich in solchen Fällen auf das Territorialrecht mit seinen günstigeren Konditionen zu berufen.¹⁶ So konnten Kaufleute 1425 den rigischen Rat zu der Aussage bewegen, dass dieser das Seerecht im Falle einer Havarie nicht beachten und sich mit dem binnens-rigischen Recht begnügen und sich damit über ein Seegerichtsurteil aus Wisby hinwegsetzen wolle.¹⁷

Ließ sich so ein Urteil im Falle einer Havarie auch zugunsten eines oder mehrerer Kaufleute erzwingen, so verlor man doch dadurch seinen guten Ruf und damit gleichzeitig die Möglichkeit, in Zukunft seine Handelswaren über See transportieren zu können. Die Abhängigkeit der Kaufleute vom Seetransport und damit von den Schiffen und ihren Gewohnheiten war so groß, dass sich das System nicht zugunsten der Kaufleute und der für sie besseren Territorialrechtssprechung verändern ließ.

Wirkten also im kleinen und überschaubaren Hanseraum mit seinen begrenzten Transportkapazitäten die Netzwerkmodalitäten als die treibenden Kräfte dafür, dass sich Kaufleute und Schiffer freiwillig der Seegerichtbarkeit unterstellten, so lagen die Verhältnisse außerhalb des eigentlichen Hanseraumes anders. An den Knotenpunkten des Warenaustausches zwischen der Hanse und den anderen Produktionsgebieten in London, Brügge, Bergen oder Novgorod versuchten die hansischen Kaufleute noch bis weit ins 15. Jahrhundert hinein, die soziale Kontrolle und deren Sanktionsmechanismen durch einen Kontorszwang aufrecht zu erhalten. Diesen Kontoren oblag dann

¹⁵ Seerecht YYYY. Siehe auch Ebel, Ratsurteile I, Nr. 321, S. 205.

¹⁶ Siehe zum Beispiel Ebel, Ratsurteile IV, Nr. 239, S. 190.

¹⁷ HUB VI, Nr. 594, S. 329 ff., hier S. 330.

auch die Seegerichtsbarkeit, so dass hier von einer Übertragung heimischer Verhältnisse gesprochen werden kann.

Anders sah es aber an „wirklich“ ausländischen Häfen, wie zum Beispiel in La Rochelle oder Lissabon, aus. Auch hier unterstellten sich die Kaufleute und Schiffer für gewöhnlich der dortigen Seegerichtsbarkeit, auch wenn diese außerhalb der heimischen Netzwerke lag. Die Gründe hierfür können in der Frage der Kollektivhaftung fremder Kaufleute gesehen werden. Den englischen, französischen oder portugiesischen Königen stand der Weg offen, geltend gemachte Ansprüche ihrer Untertanen kollektiv von den Kaufleuten und Schiffen der beklagten Nationen einzufordern. D.h. wenn sich ein Kaufmann oder ein Schiffer dem Seegericht entzog, so liefen dessen Kollegen die reelle Gefahr, an seiner statt belangt zu werden. Diese Aussicht und auch die Erkenntnis, dass es sich hierbei nicht um eine leere Drohung handelte, zwangen die zur See Fahrenden auch in ausländischen Häfen „freiwillig“ unter die dortige Seegerichtsbarkeit, die im übrigen ja nach den gleichen Grundsätzen urteilte, wie zu Hause.

Allerdings war dieser Kollektivzwang deutlich schwächer und galt vor allem auch nur dort, wo zahlreiche fremde Kaufleute Handel trieben. In wirklich exotischen Häfen konnte man gut und gerne einmal versuchen, sich der Verantwortung durch Flucht zu entziehen oder aber andere Rechtswege zu beschreiten. Eines der berühmtesten Beispiele für eine solche Handlungsweise stellt dabei der Prozess über die Verpfändung der französischen Karavelle St. Peter von La Rochelle in Danzig ab 1462 dar.

Am 5. Juni 1462 lief die St. Peter von La Rochelle in den Danziger Hafen ein. Das Schiff machte aufgrund seiner Erscheinung bei den Danzigern großen Eindruck – vor allem auch deshalb, weil ein Blitzschlag den Großmast des in der Motlau liegenden Schiffes zerstörte. Der Besitzer des Schiffes, Peter Cousinot, reiste zurück nach Frankreich, um die nötigen Mittel zur Reparatur zu beschaffen und überließ die Regelung vor Ort dem Schiffspatron Marcus Beuff. Allerdings kamen die nötigen Mittel in Danzig nie an. Und so organisierte Beuff unter Vermittlung des Danziger Bürgers Peter Biszarth 1.000 mk. preußisch für die Reparaturen, für die das laufende Gut des Schiffes zum Pfand gesetzt werden sollten.¹⁸ Dieses entsprach genau der Vorgehensweise, die die Rôles d'Oléron sowie die Vonesse von Damme für diesen Fall vorsahen.¹⁹ Allerdings starben kurz darauf unglücklicherweise sowohl Marcus Beuff als auch Peter Biszarth, so dass die Sache in die Hände ihrer Vertreter überging. Marcus Beuffs Vertreter Peter de Nantes stellte daraufhin einen Pfandbrief aus²⁰, der nach Ablauf des Termins zur Pfändung führte. Als 1464 Vertreter Peter Cousinots in Danzig eintrafen, war die Pfändung bereits geschehen und das Schiff befand sich in der Hand der Gläubiger. Allerdings berief sich der französische Eigner auf das französische Territorialrecht, in welchem der Schiffer kein Eigentumsrecht an diesem Gegenstand gehabt hätte.²¹ Peter Cousinot legte Protest ein und überließ, nachdem der Danziger Rat die Sache abgewiesen hatte, das Schiff und die Angelegenheit dem französischen König.²² Dieser nun forderte nicht nur das Schiff umgehend zurück, sondern verlangte darüber hinaus auch noch Schadensersatz und stellte als Drohung einen Exekutionsbefehl aus, nachdem der Schaden kollektiv von allen hansischen Kaufleuten in Frankreich ausgeglichen werden sollte.²³ Letztendlich verlief die Sache im Sande, verursachte aber erhebliche diplomatische Unruhe. 1469/70 lag das Schiff noch immer in der Motlau, bevor es 1471 vom Rat zu einem der bedeutendsten Kriegsschiffe der Zeit umgebaut wurde und den Namen Peter von Danzig erhielt und seine Tage 1478 bei einem Schiffbruch in der Brouage beendete.

Die Vorgänge um die St. Peter von La Rochelle können als Beispiel für diejenigen Fälle dienen, in denen die freiwillige Befolgung der Seerechtsregeln nicht funktionierte. Hierfür können verschiedene Gründe angegeben werden. Zum einen liefen nur sehr wenige französische Schiffe preußische Häfen an. Aus diesem Grunde waren kollektive Zwangsmaßnahmen gegen Franzosen in Preußen praktisch nicht durchführbar. Im Gegenzug aber waren die Preußen auf regelmäßige Salzlieferungen aus der Brouage angewiesen, wodurch sie in einer gewissen Abhängigkeit zum französischen König standen. Zum anderen war eine Berufung auf das Seerecht d.h. die Rôles d'Oléron und die Vonesse von Damme dadurch

¹⁸ HUB IX, Nr. 127, S. 71 ff., hier S. 71, sowie Nr. 95., S. 46 f.

¹⁹ Seerecht im Hanseraum, Nr. LXV, S. 31.

²⁰ HUB IX, Nr. 95, S. 46 f.

²¹ HUB IX, Nr. 123, S. 69 f.

²² HUB IX, Nr. 122 f., S. 67-70 und 127, S. 71 ff.

²³ HUB IX, Nr. 294, S. 177 f. und 296 f., S. 179-183.

erschwert worden, dass der eigentliche Schiffer der Kravelle zwischenzeitlich verstorben und die Sache anderen, des Seerechts unkundigen, übergeben wurde. Insgesamt können die Vorgänge als Zeichen dafür gewertet werden, dass der Seeverkehr zwischen Frankreich und Preußen so gering war, dass die französischen Kaufleute keinen Wert auf die Aufrechterhaltung ihres guten Rufes legen mussten. Hier galt in der Tat dann das Recht des (diplomatisch) Stärkeren.

Fassen wir nun die sehr kurz und sehr sporadisch skizzierten Konfliktlösungsmuster im internationalen Seehandel der Hansezeit zusammen, so soll vor allem auf folgende Punkte hingewiesen werden.

Zum ersten handelt es sich beim mittelalterlichen Seerecht um eine Sonderform des Privatrechts. Diese Sonderform hatte einen überregionalen Charakter entwickelt und hatte im gesamten Nord-Westeuropäischen Seeraum Geltung erlangt.

Die Seerechtssprechung war anfangs von der Rechtssprechung der öffentlichen Gewalten getrennt, wurde dann aber im Laufe des 12. Jahrhunderts in deren Rechtspraxis als Sonderrecht übernommen.

Die Normengleichheit der Rechtssprechung ermöglichte eine supranationale Rechtssprechung, in der der Sitz des Gerichtes keinen Einfluss auf den Prozessverlauf und –ausgang ausübte. Aus diesem Grunde spielte in der Seerechtssprechung der Hinweis auf territoriale Gerichtshoheit keine Rolle.

Die Unterstellung unter die Seerechte erfolgte in der Regel freiwillig. D.h. dass es im Normalfall immer die Möglichkeit gab, sich der Verfolgung durch Seegerichte durch Flucht zu entziehen. Allerdings standen dieser Flucht Sanktionierungsmöglichkeiten entgegen, die von sozialer Ächtung eines Einzelnen bis hin zur Kollektivhaftung ganzer Gruppen reichte. Insofern ist von einer erzwungenen Freiwilligkeit zu sprechen.

Die Rechtssprechung im Seerecht erfolgte *cum grano salis* durch eine private Rechtssprechung der zur See fahrenden Kaufleute und Schiffer. Selbst nach der Integration der Seerechtssprechung in die öffentliche Gerichtsbarkeit der Territorialherren blieb ihr Sondercharakter erhalten, insofern als dass immer Seefahrtsfachleute in diesen Gerichten vertreten waren. Gleichzeitig blieben die besonderen Entscheidungsgrundsätze, die teilweise im Gegensatz zu denen des Territorialrechtes standen, erhalten und wurden stringent angewandt – auch wenn sie zu ungunsten der Kaufleute sprachen.

Letztendlich waren es die Internationalität und die besonderen Verhältnisse auf See, die zur Herausbildung und zum Erhalt dieser Sonderform der nationalen und internationalen Rechtssprechung im Mittelalter führten.

BRÜDER UNTER SICH – DIE HANDELSGESELLSCHAFT BRENTANO VOR GERICHT.
ELEMENTE PRIVATER KONFLIKTLÖSUNG IM REICHSKAMMERGERICHTSPROZESS.

ANJA AMEND-TRAUT

Faculté de droit de francfort, Allemagne

a.amend@jur.uni-frankfurt.de

Mesdames et messieurs,

„Was immer für Zwiespalt und Irrungen, welche doch Gott verhüten wolle, in Societats-Sachen sich ereignen könnten ... versprechen beede Theile, solche in Frieden auszumachen, und in guter Harmonie als Freunde sich zu setzen, auch beede Theile mit gemeiner Einwilligung Schiedsrichter zu nehmen.“ – Diese Vereinbarung ist Teil eines Vergleichs, den drei Gesellschafter einer Handelsgesellschaft im Jahr 1752 geschlossen hatten.

Die Absprache steht im Zentrum eines Streits, der als Paradebeispiel für das Motto der Tagung gelten kann: An ihm können die sich bewegenden Grenzen zwischen öffentlicher und privater Konfliktlösung im Handelsrecht hervorragend skizziert werden. Der Fall steht gleichzeitig Modell für eine Vielzahl ähnlicher Streitbewältigungen unter Kaufleuten, die letztlich an das Reichskammergericht als eines der beiden Höchsten Gerichtsgremien im Heiligen Römischen Reich Deutscher Nation gelangten, nachdem zuvor verschiedene Möglichkeiten alternativer Streitbeilegung durch die Parteien ergriffen worden waren.

Die Frage, inwieweit zur Konfliktlösung öffentlichen, hoheitlichen Einrichtungen gegenüber privater Konfliktbewältigung der Vorzug eingeräumt wurde, ist von besonderer Bedeutung für die Frühe Neuzeit, also für eine Epoche, in der diese Grenze generell zugunsten der öffentlichen Justiz verschoben gewesen sein dürfte.

Die Auseinandersetzungen, um die es in dem hier vorgestellten Fall geht, schwelten rund 50 Jahre zwischen den Nachfahren der Brüder Stephano, Dominico Martino und Paolo Brentano, die Teilhaber der im Jahr 1703 gegründeten Handelsgesellschaft waren. Die in Tremezzo am Comer See begründete Gesellschaft handelte mit Südfrüchten und den verschiedensten Spezereiwaren – die Palette reichte von der Bergamott-Essenz über türkischen Safran bis zu „Indianischen Vogelnestern“, die ostindische Schwalben „in Felsenhöhlen am Meere, aus welchen sie mit Lebensgefahr geholt werden müssen, ... aus dem Speichel oder Magensaft des Vogels“ bauen und „nicht allein eßbar sind, sondern sogar zu den größten Leckereien gerechnet und theuer bezahlt werden“. Die Gesellschaft gehörte zu einem sich über große Teile Europas spannenden Netz Brentanoscher Familien-„Compagnien“. Die größten ihrer Import- und Bankhäuser befanden sich in Wien, Nürnberg, Mailand und Genua. Alle zeichneten sich durch präzise Regelungen der Einlagen, Fragen der Haftung und über Rechte und Pflichten in ihren Gesellschaftsverträgen aus.

Für den verstorbenen Paolo trat 1746 dessen noch minderjähriger Sohn Dominico Antonio in die Handelsgesellschaft ein. Die eingangs erwähnte Absprache trafen er und seine beiden Onkel Stephano und Dominico Martino, als der mittlerweile volljährig Gewordene die Gesellschaft verließ. Die beiden verbliebenen Gesellschafter verglichen sich mit ihrem Neffen, wonach dieser eine Abschlagszahlung von 4.500 fl. auf die Auszahlung des väterlichen Anteils an der Handelsgesellschaft und außerdem die Zusicherung weiterer Zahlungen erhielt. Allein, es blieb bei diesem Versprechen. Eine fehlende Liquidität der Gesellschaft konnte hierfür nicht die Ursache sein: Wie dem Aktenmaterial zu entnehmen ist, handelte es sich um ein sehr erfolgreiches Unternehmen. Es hatte neben der Frankfurter Hauptniederlassung Außenstellen in Tremezzo, Bingen, Mainz und Amsterdam, wo Waren direkt bei den Ost- und Westindischen Kompanien eingekauft wurden; 1752 beliefen sich die Aktiva der Gesellschaft auf 325.221 Gulden. Um die Höhe dieses Betrages zu verdeutlichen, seien zum Vergleich das jährliche Gehalt des

Betriebsleiters eines Eisenwerkes Mitte des 18. Jahrhunderts, das sich auf 355 Gulden belief, und das eines Frankfurter Bibliothekars, das im Jahr 1768 200 Gulden betrug, erwähnt.

Weil die versprochenen Zahlungen nicht erfolgten, klagte Dominico Antonio ab 1756 zunächst in Mainz, zwei Jahre darauf vor dem Frankfurter Schöffengericht gegen Stephano und die Erben des 1755 verstorbenen Dominico Martino. Zu ihnen zählten u. a. dessen Enkel Kunigunde, die mit Friedrich Karl von Savigny, dem deutschen Juristen, der der deutschen Rechtswissenschaft wie kaum ein zweiter eine neue Orientierung gab, verheiratet war, ebenso Clemens und Elisabeth, genannt Bettine und uns als Bettine von Arnim bestens bekannt – die beiden Letzteren zählen zu den bedeutendsten Vertretern der deutschen Romantik. Seine „vornehmlich aus seiner Handlungs-Societät herrührende[n] Forderungen“ begründete Dominico Martino vor allem mit der Größe des Vermögens, das sein Vater Paolo in die Gesellschaft eingebracht hatte, dem daraus abgeleiteten Gesellschaftsanteil sowie den aus der Hauptforderung resultierenden Zinsen. Beide Verfahren wurden mit Rücksicht auf den zwischen den Parteien geschlossenen *Compromiss* abgewiesen, der eine schiedsrichterliche Einigung vorsah.

So genannte *Compromisse*, mit denen sich zwei oder mehr Parteien freiwillig der ordentlichen Gerichtsbarkeit begeben, waren im Zivilprozess der Frühen Neuzeit durchaus keine Seltenheit. Die Beteiligten willigten hierbei schriftlich darein ein, dass im Falle einer Meinungsverschiedenheit an die Stelle der ordentlichen Richter ein oder mehrere Schiedsrichter bzw. Schiedsmänner treten sollten. Für solche *Compromisse* war allgemein anerkannt, dass „von Rechtswegen keiner einseitig davon abgehen“ könne, „obgleich es manchmal zu geschehen pflegt“. Um eine solche Umgehung zu verhindern, war es üblich, entweder eine Strafe festzusetzen oder das Übereinkommen mit einem Eid zu bekräftigen. Entsprechend hatten auch die Brentanos ihre Absprache bestätigt und sie mit ihren Unterschriften besiegelt.

Wir können nur Vermutungen darüber anstellen, warum Dominico Antonio die beiden Untergerichte konsultierte. Vielleicht ahnte er bereits in diesem frühen Stadium des komplexen Streits, dass er ohne Druckmittel gegen seine wirtschaftlich weit überlegenen und damit auch in taktischer Hinsicht machtvolleren Onkel nicht zu seinem Ziel gelangen würde. Dabei musste sich Dominico Antonio nicht zwangsläufig die Erlangung einer Definitivsentenz, eines Endurteils, zum Ziel gesetzt haben. Denn der Gebrauch von Gerichten durch die Parteien, also das Verhalten, das die moderne Geschichtswissenschaft als „Justiznutzung“ beschreibt, kann auf klägerischer Seite auch dadurch motiviert sein, lediglich Verhandlungspositionen neu zu bestimmen. Druck konnte dadurch erzeugt werden, die Reputation des Verfahrensgegners öffentlich in Frage zu stellen, so dass bereits die Rechtshängigkeit eines Prozesses allein geeignet war, zum Ziel zu kommen. Susanne Jenks spricht in diesem Zusammenhang von Öffentlichkeit als „kalkulierbarer Sanktion“. Dies galt ganz besonders für Kaufleute und Handelsgesellschaften. Kennzeichnend für deren Geschäftsbeziehungen untereinander waren persönliche Integrität und die Lebensführung nach einem bestimmten Verhaltenskodex. Diese Elemente garantieren Prestige, Vertrauen und damit nicht zuletzt Kreditwürdigkeit. Geschäftliche Transaktionen dagegen durch ein Gericht als öffentlichem Gremium beurteilen zu lassen, bedeutete unter Umständen auch, Geschäftsgeheimnisse offenlegen zu müssen. Damit zeigt sich, dass auch ein Rechtsstreit ohne Ausgang nicht zwangsläufig unproduktiv war. Ebenso wie Dominico Antonio womöglich motiviert war, das Gerichtsverfahren anders als für die Erlangung eines vollstreckbaren Titels zu nutzen, ließen sich etliche weitere Beispiele aus überlieferten Kaufmannsbüchern und aus der reichskammergerichtlichen Prozesspraxis anführen, wie Parteien die öffentliche Justiz instrumentalisierten, indem sie sich damit begnügten, einen zunächst rechtshängig gemachten Prozess nicht weiter zu betreiben und es bei dem erzielten vorläufigen Zustand zu belassen.

Gerade aufgrund des durch die Einbindung öffentlicher Justiz drohenden Verlusts an Reputation waren maßgeblich Kaufleute darauf angewiesen, sich den in Handlungskreisen üblichen Ritualen anzupassen und dementsprechend soziale Alternativen zum Gerichtsgebrauch zu suchen. Dies galt vermutlich erst recht für innerfamiliäre Konflikte, zumal bei einem Familienunternehmen wie dem der Brentanos, dessen Erfolg Zeitgenossen vor allem auf den „festen und so erfolgreichen Zusammenhalt der Geschäftsteilhaber“ und Familienangehörigen und auf beste Verbindungen zum kaiserlichen Hof in Wien zurückführten. Mit Rücksicht auf solche handelsethischen Erwägungen bemühten die Akteure häufig außergerichtliche Alternativen der Konfliktlösung, die uns auch in dem hier vorgestellten Fall begegnen, nämlich zum einen so genannte „Pareres“ als gruppenspezifische Normen, die generell als verbindlich anerkannt wurden. Solche kaufmännischen Gutachten waren weit verbreitet und fanden vielfach sogar Eingang in gedruckte Handbücher zur kaufmännischen Praxis oder ihren Niederschlag in Gesetzessammlungen. Zum anderen zählt die Einschaltung von Vermittlern, wie sie auch der eingangs zitierte *Compromiss* vorsah, zu den strategischen Maßnahmen, mit denen Konflikte außerhalb der

öffentlichen Justiz bewältigt werden konnten. Die Schiedssprüche solcher so genannter „Compromissarien“ oder „Arbitratores“ wurden im Allgemeinen von den Konfliktparteien, zumal wenn sie der Kaufmannschaft angehörten, anerkannt. Jüngere Untersuchungen haben im Übrigen nachweisen können, dass dieses Verhaltensmuster bis in die Gegenwart reicht: Konflikte zwischen großen Unternehmen sind im Gegensatz zu Konfliktbereichen mit stark persönlichem Einschlag wie Ehescheidung und Wohnung weitgehend „entgerichtlich“.

Nebenbei sei bemerkt, dass der Anteil derjenigen, die Auseinandersetzungen unter sich selbst regelten, gerade bei Kaufleuten unter den eben bereits angedeuteten Gesichtspunkten der Rufschädigung und der Preisgabe von eigenen Geschäftsgeheimnissen besonders hoch gewesen sein dürfte, zumal stets schon ein unbefleckter Leumund essentieller Bestandteil des Geschäftswerts war – entsprechend war das vorgestellte auch das einzig nachweisbare Verfahren, das eine Brentanosche Handelsgesellschaft überhaupt in Frankfurt geführt hatte; dabei hatten etliche Firmen mehrerer Familienmitglieder in Frankfurt seit Mitte des 17. Jahrhunderts einen Sitz. Die außergerichtlichen Alternativen der Konfliktlösung werden in der Praxis jedoch meist erst greifbar, wenn sie selbst, wie in dem hier vorgestellten Streit idealtypisch geschehen, – und das ist in gewisser Weise ein Paradoxon – gerichtsnotorisch geworden waren. Dies gilt umso mehr für historische Untersuchungen, die nur ausnahmsweise auf andere Quellen als Gerichtsakten zurückgreifen können, in denen sich die Rechtswirklichkeit widerspiegelt. Entsprechend aussagekräftige Geschäftsbücher, wie die des Amsterdamer Kaufmannes Hans Thijs, stellen eine Seltenheit dar.

Doch kommen wir zurück zum Fall: Wie sich noch zeigen sollte, ignorierte nicht allein Dominico Antonio die Vereinbarung über die außergerichtliche Schlichtung etwaiger Meinungsverschiedenheiten. Nachdem die beiden von ihm angerufenen Gerichte ihre Unzuständigkeit erklärt hatten, besann sich Dominico Antonio auf die getroffene Vereinbarung und verlangte nunmehr, zur Überprüfung der Handelsbücher Schiedsrichter einzusetzen. Doch bevor diese damit beginnen konnten, mehr als 300 Handelsbücher, 80 Inventare und unzählige weitere Schriftstücke der Brentanoschen Firmen zu revidieren, kämpften die Parteien rund zwanzig Jahre lang erbittert um die Besetzung der Schiedsrichterposten. Dabei landeten sie geradewegs bei den ordentlichen Gerichten in einem Streit, der entsprechend ihres *Compromisses* doch an sich außergerichtlich beizulegen war. Die Vereinbarung über die private Konfliktlösung wurde demnach selbst Gegenstand eines förmlichen Gerichtsverfahrens. Hierdurch verwischten die streitenden Parteien die Grenze zwischen öffentlicher und privater Konfliktbewältigung zum ersten Mal. Wie noch zu zeigen sein wird, sollten weitere Übertretungen folgen.

Gewöhnlich bekleideten rechtskundige Personen das Amt eines Schiedsrichters. Gleichwohl griff man ausnahmsweise auch auf Sachverständige zurück. Unter Kaufleuten war es sogar üblich, sich sachkundiger Schiedsmänner zu bedienen, oder es war gar statutarisch angeordnet, sich bei Streitigkeiten zunächst an so genannte „Handels-Correspondenten“ zum Schlichtungsversuch zu wenden, bevor man die Streitsache an ein ordentliches Gericht zuließ. Insbesondere in Handelsstädten, wie etwa in Augsburg oder Frankfurt, waren dementsprechend außergerichtliche Schlichter tätig, die sich meist aus der Kaufmannschaft selbst rekurrierten.

Ein Vergleich mit der Rechtstradition anderer Länder zeigt, dass die Einschaltung von Dritten, wenn auch in abgewandelter Form, eine durchaus gängige Form war, Konflikte außergerichtlich beizulegen bzw. Streit bereits im Vorfeld zu vermeiden: Selbst im traditionellen China wurde bei praktisch allen Verträgen ab einer gewissen wirtschaftlichen Bedeutung, die nicht auf einen simultanen Austausch beschränkt waren – so etwa beim Immobilienverkauf oder bei Darlehensverträgen – ein Vermittler als „dritte Partei“ gegen Vergütung hinzugezogen. Dieser erstellte jedoch nicht nur den Vertrag im Auftrag der Parteien, sondern fungierte bei Problemen hinsichtlich seiner Durchsetzung auch als Schlichter. Dabei wurde ein Scheitern der Bemühungen des Vermittlers seiner Unfähigkeit und nicht der Unzulänglichkeit der Parteien zugerechnet.

Dank des Streits um die Besetzung haben wir genauere Kenntnis sowohl von der Auffassung der Parteien als auch von den Ansichten zunächst von rechtskundigen und sodann von rechtsgelehrten Gremien darüber, welche Kriterien bei der personellen Ausstattung eines schiedsrichterlichen Verfahrens für maßgeblich gehalten wurden. Anfangs hatte der Frankfurter Schöffenrat als Frankfurter Untergericht erstinstanzlich über die Angelegenheit zu befinden. Er war nicht zwingend mit drei Juristen besetzt. Seine Besetzung richtete sich vielmehr nach Ansehen, Bildung und Auskommen. In einem späteren Anlauf

gelangte die Sache in der ersten Instanz an eine Juristenfakultät: Universitäten waren bis in das 19. Jahrhundert hinein in die Gerichtsverfassung eingebunden; die sog. *transmissio actorum* war ein Verfahrensmodell, bei dem deutsche Gerichte die vollständigen Prozessakten eines Zivil- oder Strafverfahrens Professoren einer juristischen Fakultät zur Entscheidung vorlegten. Nach Aktenlage erstellten sie einen Entscheidungsentwurf, der durch seine gerichtliche Verkündung in Rechtskraft erwuchs. Beide erstinstanzliche Verfahren gelangten zu den beiden Höchsten Reichsgerichten. Das Reichskammergericht, von Kaiser Maximilian I. im Jahr 1495 installiert, um den Ewigen Landfrieden zu garantieren, war u. a. letzte Instanz für privatrechtliche Streitigkeiten reichsmittelbarer Untertanen, mit denen Urteile territorialer und reichsstädtischer Obergerichte angefochten werden konnten. Der Reichshofrat war gleichfalls kaiserliches Höchstgericht, doch sowohl durch seinen Aufgabenkreis als auch seinen Sitz in Wien stets dem Kaiser enger verbunden. Im Übrigen ist das Verhältnis der beiden Gremien bis heute nicht abschließend geklärt. Neben einigen Kompetenzbereichen, die eindeutig dem Reichshofrat zugeordnet werden können, bestand in letztinstanzlichen Zivilsachen offensichtlich ein Konkurrenzverhältnis. Den Parteien war jedenfalls erlaubt, sich bei diesen Streitigkeiten an dieses oder jenes Gremium zu wenden, was dazu führte, dass die Streitenden, wie übrigens auch die Brentanos, – ungeachtet der Zulässigkeit eines solchen Vorgehens – häufiger beide Gerichte gleichzeitig oder nacheinander anriefen, wenn durch eines der beiden Foren eine ungünstige Entscheidung drohte oder bereits gefällt worden war.

Der Frankfurter Schöfferrat beschied nach langwierigen Verhandlungen zunächst, dass „Kläger wohl befugt sey, zu Untersuchung und Entscheidung der zwischen beyden Theilen fürwaltenden Streitigkeiten 2 Schiedsrichter, worunter ein Rechtsgelehrter befindlich, zu ernennen: dabey jedoch denen Beklagten ein gleiches thun unbenom[m]en, sondern vorbehalten bleibt“. Dem folgend brachte Dominico Antonio den Lizentiaten Hoppe und den Handelsmann Georg Friedrich Bachmayer als Schiedsrichter bei. Doch gaben sich die Beklagten hiermit nicht zufrieden und wandten sich mit einer Appellation an das Reichskammergericht, das jedoch 4 ½ Jahre später den zuvor erfolgten schöffenträtlichen Spruch bestätigte. Ebenso erfolglos verliefen die gleichzeitig aufgenommenen Bemühungen beim Reichshofrat. Erst hierauf suchte sich die gegnerische Seite einen Lizentiaten und als Handelskundigen einen entfernten Verwandten aus, der ebenfalls in Frankfurt Handel trieb. Die vier ausgewählten Schiedsrichter wurden vor dem Frankfurter Gericht darauf vereidigt, „mit bestem Fleiß und genau [zu] untersuchen, demnächst ... nach gefaßter gründlichen Einsicht, getreulich und unpartheyisch aus einander[zu]setzen“. Hinsichtlich der Arbeitsweise der Schiedsrichter wies das Frankfurter Gericht jedoch einen weiteren Antrag ab, wonach die „Gelehrten sich nicht in das mercantilische, und die Kaufleute sich nicht in das Juristische mischen sollten“. Allein die Unparteiischen konnten ihre Tätigkeit noch immer nicht aufnehmen. Die gegnerische Seite verstand es, durch weitere Kampagnen nochmals Aufschub zu erreichen. So leistete sie den vorab geforderten „commissions=Kosten Vorschuß“ nur zögernd, und gegen die Hinterlegung der zu untersuchenden Akten an einen „dritten Ort“ legte sie ein weiteres Rechtsmittel ein, worauf die „Imploranten in die Kosten des verzögerten Prozeßes verurtheilt“ wurden. Schließlich bat „klagender Theil“ wegen der „Saumseeligkeit der beeden andern Mit=Schiedsrichter“ und „weil wegen der Partheylichkeit der gegenseitigen Schiedsrichter doch keine majora zu hoffen“, um eine Aktenversendung „ad Imparbiales“. Erst nach dieser „Bedrohung“ ließ sich die Gegenseite endlich auf die schiedsrichterliche Begutachtung der Handelsbücher ein. Als bald nach Aufnahme der Revisionsarbeit wurde in einem weiteren Gesuch – letztlich vergeblich – die Begründung bemüht, dass in den einzusehenden Handelsbüchern „auch Dinge vorkämen“, die sie und ihre Familien beträfen und „Geheimniße bleiben müßten, die nicht jedem zum durchgrübeln überlaßen werden könnten“.

Ein nur vorläufig letztes Mal jagten die Verfahrensgegner das schiedsrichterliche Verfahren durch sämtliche Instanzen, als sie um die Abänderung der oppositionellen Schiedsrichter nachsuchten. Zunächst durch die Juristenfakultät Halle abgeschlagen, an die die Akten zur Entscheidung versandt worden waren, blieb auch eine hiergegen angestrengte Appellation an das Reichskammergericht erfolglos. Ohne dass die Schiedsrichter mit ihrer Tätigkeit in nennenswerter Weise vorangekommen waren, waren mittlerweile die Gerichte schon rund 14 Jahre allein mit theoretischen Fragen zur Besetzung des einzuberufenden Schiedsrichtergremiums und dem Umfang seiner Prüfungskompetenz beschäftigt worden. So verwundert es nicht, dass es unterdessen auch zu ersten Todesfällen unter den Schiedsleuten kam. Auch überrascht es nach den bereits geschilderten Querelen nicht weiter, dass die Verfahrensgegner das Verschiden des Handelsmanns Bachmayer wiederum zum Anlass nahmen, diverse Einwände gegen die Neubesetzung umständlich vorzubringen, deren gründlichere Erzählung hier jedoch ausgespart werden soll.

Die geschilderte Vorgehensweise zeigt, dass Parteien nicht nur reguläre Prozesse vor ordentlichen Gerichten zu verschleppen vermochten, wie dies aus überlieferten Gerichtsakten hinlänglich bekannt ist. Auch der an sich außergerichtlich beizulegende Streit konnte durch ein Manöver, wie dies die beklagten Brentanos ausführten, über Jahre hinausgezögert werden. Die beschriebenen Aktivitäten verdeutlichen schließlich die Ambivalenz von Justiznutzung insbesondere durch Vertreter des Handelsstands: Einerseits wurden durch entsprechende Verzögerungstaktiken bei Bedarf Gerichte instrumentalisiert. Andererseits standen und stehen langwierige Gerichtsverfahren generell im Widerspruch zu den Bedürfnissen des Handels, der seine Geschäfte zügig und außergerichtlich abzuwickeln pflegt. Letzteren Aspekt umschrieb der Frankfurter Gerichtsrat Malß bei den Verhandlungen des 5. Deutschen Juristentages im Jahr 1864 anlässlich der Frage zur Notwendigkeit eines höchsten Gerichtshofes in Handelsachen für ganz Deutschland so: „Der Handelsstand pflegt überhaupt nicht nach Principien, sondern nach Interessen zu handeln. Das Bedürfniß hat den Handelsstand von jeher dahin geführt, sich gegen die Justiz, wie sie in allen unseren Staaten gewesen ist, zu sträuben: er konnte die langen Fristen und den schwerfälligen Gang des Processes nicht abwarten; wenn der Proceß zu Ende [war], hatte der Kaufmann, dessen Geschäfte immer schnell gehen müssen, kaum noch ein Interesse daran, wie die Sache entschieden war“.

Doch kommen wir wieder zurück zum Brentanoschen Familienzweist: Im Dezember 1784, also 28 Jahre nach Aufnahme der Bemühungen durch Dominico Antonio, legte das – zu guter Letzt gerichtlich bestimmte – Schiedsrichtergremium endlich verschiedene Aufstellungen vor, auf deren Grundlage die Nachfahren der beiden verbliebenen Gesellschafter dazu verurteilt wurden, einen Betrag von rund 100.000 Gulden zu zahlen. Hinsichtlich eines Postens über 33.486 Gulden nebst Zinsen machten die Schiedsrichter ihre Entscheidung davon abhängig, dass Dominico Antonio „mittelst leiblichen Eydes erhärten“ müsse, dass eine Kürzung des väterlichen Gesellschaftsanteils zu keiner Zeit – also weder mit ihm noch zuvor mit dem Vater – vereinbart worden sei. Bei erfolgter Eidesleistung werde „die von den Herren Beklagten eigenmächtig vorgenom[m]ene Reduction des Klägers Vaters von einem ganzen auf einen halben Compagnon hiermit als zu Recht nicht beständig wiederum aufgehoben, somit letztere schuldig erkannt“.

Nachdem Dominico Antonio die Bedingung erfüllt hatte, hätte der Konflikt zu einem Ende kommen können. Allerdings wollten sich die unterlegenen Brentanos mit dem ergangenen *Laudum* nicht zufrieden geben. Zwar war das so genannte *Laudum* ein generell verbindliches Endurteil der Schiedsrichter. Doch konnten die Beteiligten von dem Vergleich insbesondere dann abgehen, wenn – nach allgemeiner Rechtsauffassung entsprechend der Lehre von der *laesio enormis* – mindestens eine der Parteien nachweisen konnte, durch den schiedsrichterlichen Spruch in ihren Rechten nicht hinnehmbar verletzt worden zu sein. Dementsprechend fand eine richterliche „Reduction des Laudi statt“, wenn „von dem gravaminirenden Theil dem Richter mit Anführung und Bescheinigung [die] so enorm verlezenden Umstände würcklich unter Augen gelegt werden kann“. Passend hierzu strengte weniger als zwei Wochen nach Publikation des *Laudums* die Gegenseite dessen gerichtliche Überprüfung an, weil sie es aus mehreren Gründen für nichtig erachtete.

Indem die Unterlegenen die auf der Grundlage des *Compromisses* ergangene schiedsrichterliche Entscheidung durch die öffentliche Justiz inhaltlich überprüfen ließen, erreichten sie es ein weiteres Mal, die Grenze zwischen öffentlicher und privater Konfliktbewältigung zu verwischen. Nicht nur, dass die geschilderten Bekämpfungen durch die Brentanoschen Brüder in ihrer Intensität und Ausdauer außergewöhnlich sein dürften und die „in diesem Prozeß hervortretende bittere Feindschaft ... in auffälligem Gegensatz“ zudem bisherigen festen Familien- bzw. Gesellschafterzusammenhalt stand. Auch sind gerichtliche Verfahren, in denen die Rechtmäßigkeit von schiedsgerichtlichen Sprüchen überprüft wurde, generell als Rarität zu bezeichnen. Zwar ist in reichskammergerichtlichen Akten eine ganze Reihe von Prozessen nachweisbar, bei denen ein zuvor geschlossener Vergleich bestätigt oder die Nichteinhaltung eines Vergleichs durch eine Partei beklagt wurde. Doch in sämtlichen dieser Fälle wurde die Gültigkeit der Güteabreden gerade anerkannt. Nur ausnahmsweise gelang es dagegen einer Partei Gründe vorzubringen, mit denen sie erfolgreich gegen die *exceptio transactionis*, also die Einrede, dass die rechtshängig gemachte Sache bereits rechtskräftig verglichen ist, durchdrang.

Dominico Antonio jedenfalls wollte ganz offensichtlich nicht weiter streiten; in einem „Versuch zur Güte“ erbot er sich, statt der „bereits gesprochen[n] Summe von 99983 fl. ... mit der runden Summe

von 90/m. fl. sich begnügen zu wollen“. Hierauf wurden ihm von der Gegenseite 2.000 fl. geboten. Domenico Antonio schlug dieses „Angebot“ aus und berief sich auf die Rechtskraft des schiedsrichterlichen Spruchs. Hiergegen reichten die Beklagten ein Parere zu den Akten, wonach die Kürzung des Gesellschafteranteils von „einem ganzen auf einen halben Compagnon“ rechtmäßig erfolgt war, und demzufolge von den Schiedsrichtern ein Posten über rund 40.000 Gulden falsch bilanziert worden sei. Allein, das Gutachten blieb von der Frankfurter Gerichtsbarkeit unbeachtet. Da vielmehr ein weiterer, jetzt gerichtlich angestrebter, Güteversuch gescheitert war, wurde im Jahr 1789 vom Frankfurter Schöffengericht „vi decreti ... ex officio auf die Versendung der Acten erkannt.“ Nunmehr sollte die juristische Fakultät Tübingen die Frage einer nochmaligen Revision der Handelsbücher klären. Hierbei war auf etliche Punkte einzugehen, die die Beklagten gegen die Wirksamkeit der schiedsrichterlichen Entscheidung vorbrachten.

Die Juristenfakultät Tübingen bestätigte jedoch das *Laudum*: „Deßen allen aber unerachtet, in genauerer Erwägung dieser weitläufigen Rechts-Sache, sind wir aber doch der rechtlichen Meynung, daß gedachtes *Laudum* allerdings zu Recht beständig, und Beklagter und Implorantischer Theil mit seinem in so manchem Betracht ganz unstatthafften Gesuche abzuweisen sey“. Den Schiedsrichtern bescheinigte die Juristenfakultät akribische Arbeit, die zu richtigen Ergebnissen geführt habe. Die als falsch gerügte Bilanzierung sei auf den Umstand zurückzuführen, dass „eines Theils des Klägers Vater zur Ungebühr von seinen Brüdern und Handlungsgenossen von einem ganzen auf einen halben Compagnon reducirt wurde; wie solches von den gesam[m]ten Schiedsrichtern so gründlich, als umständlich dargethan worden ist ... wogegen beklagter Theil um so weniger Ursache sich zu beschwehren hat, als noch im *Laudum* bey diesem Punkte, um ja auf das sicherste zu gehen, noch vorerst dem Kläger der Reinigungs-Ayd zuerkannt worden ist.“ Vielmehr sei „dem Societats-Fond ... die beträchtliche Summe von 40/m fl. entzogen und auf die unverantwortlichste Weise einigen Handelsgenossen privatim zugeschrieben worden“. Aus der Aufdeckung weiterer Posten durch die Schiedsrichter habe sich zugunsten des Klägers außerdem ergeben, dass „würcklich existirende activa nicht gehörig eingetragen, bald falsche erdichtete passiva der Societat zur Last gelegt“ wurden.

Schließlich wies die Juristenfakultät unter Benennung einschlägiger Fundstellen in prozessrechtlicher Literatur darauf hin, dass „bekannten Rechten nach nur dann eine Reduction des *Laudi*“ statfinde, wenn der schiedsrichterliche Spruch eine enorme Verkürzung der Rechte einer der Parteien darstelle, und die beschwerte Partei dem Richter „mit Anführung und Bescheinigung der so enorm verletzenden Umstände würcklich unter Augen“ legen könne. Da jedoch die „Imploranten eine Verletzung der Art nichts weniger als erwiesen, und in die Augen fallend dargelegt haben“, müsse es bei dem schiedsrichterlichen Spruch bleiben.

Die mit dieser Entscheidung freilich unzufriedene gegnerische Seite appellierte hierauf an das Reichskammergericht, das eine Kommission beauftragte, die schiedsrichterlichen Inventarien zu überprüfen. Das Urteil des Reichskammergerichts, das auf den Sommer 1799 datiert, gab den Appellanten Recht. Es stellt unter anderem fest, dass die von den Schiedsrichtern vorgenommenen Bewertungen nach Maßgabe des Kommissionsberichts zu korrigieren seien, und hauptsächlich, „daß die Reduction des Paolo Brentano von einem ganzen auf einen halben Compagnon für rechtsbeständig zu erklären“ sei. Von der sich ursprünglich auf rund 100.000 Gulden belaufenden Forderung verblieb den Rechtsnachfolgern des mittlerweile ebenfalls verstorbenen Domenico Antonio jedenfalls nach der reichskammergerichtlichen Entscheidung nur mehr ein Bruchteil. Um ein weiteres Verfahren vor dem Frankfurter Schöffengericht zu vermeiden, der mit der Vollstreckung des reichskammergerichtlichen Urteils und demzufolge mit der endgültigen Abrechnung der einzelnen Streitposten beauftragt worden war, griffen die Parteien zuletzt doch noch auf ein Mittel friedlicher Streitbeilegung zurück: Im Jahr 1801 schlossen die Parteien einen Vergleich, der höchstrichterlich bestätigt wurde: Danach machten sich die Rechtsnachfolger der gegnerischen Onkel „hauptsächlich aus Beweggründen der Gutmüthigkeit ... verbindlich ..., die Summe von fl. 6.000 und überdieß als ein freywilliges Geschenk“ zu zahlen.

Die beschriebene gerichtliche Auseinandersetzung mit Aspekten eines außergerichtlichen Verfahrens offenbart, wie beengend der Versuch einer Grenzziehung zwischen diesen beiden Bereichen wirken kann: Denn der Fall zeigt, mit welchen Instrumenten außergerichtlicher Streitbeilegung Parteien operieren, aber auch, wie diese Instrumente in einem förmlichen Gerichtsverfahren aufgehen konnten. Die spektakuläre Vorgehensweise, mit der über ein halbes Jahrhundert Geschäftsinterna in mehr als 70 cm Prozessakten öffentlich zur Schau gestellt wurden, stellt einerseits einen unrühmlichen Sonderfall dar: Üblicherweise waren Kaufleute zurückhaltender, wenn es darum ging, Forderungen gerichtlich

beizutreiben oder gar gesellschaftsintern gegen die eigenen Mitgesellschafter vorzugehen. Gerade unter Kaufleuten spielte die außerordentliche, einverständliche Streitbeilegung bzw. die Schiedsgerichtsbarkeit eine besonders große Rolle. Damit weist das Verfahren andererseits daraufhin, dass auch Kaufleute den Umstand, dass in der frühen Neuzeit der öffentlichen Justiz generell mehr Bedeutsamkeit beigemessen wurde, anerkannten und es verstanden, ihn für sich nutzbar zu machen.

LE NAUFRAGE, UN EVENEMENT CONFLICTUEL AU XVIII^E SIÈCLE. L'EXEMPLE DE L'AMIRAUTÉ DE CORNOUAILLE

PIERRICK POURCHASSE

Université de Bretagne Occidentale - CRBC

pierrick.pourchasse@wanadoo.fr

La situation géographique de la Bretagne à l'extrême ouest du continent européen et à l'entrée de la Manche place cette province sur le chemin des grands courants du trafic maritime européen. Au cours du XVIII^e siècle, ces trafics sont en pleine expansion, que ce soit les trafics intra-européens entre le Nord et le Sud du continent (comme le trafic des vins, sels et produits coloniaux vers le Nord ou les matières premières du Nord vers le Sud) où encore les commerce internationaux (à l'exemple des navires revenant d'Asie ou d'Amérique). D'autre part, les côtes bretonnes sont excessivement dangereuses avec la présence de nombreux récifs et îles qui nécessitent une grande attention et une bonne connaissance des lieux. Le passage d'Ouessant ou celui du raz de Sein sont encore de nos jours des lieux menaçants pour tous les marins. La signalisation maritime n'existe pratiquement pas. Un feu permanent a été construit à Ouessant vers 1650 et un autre fonctionne à la pointe Saint Matthieu sous la responsabilité des moines de l'abbaye toute proche mais leur fonctionnement est précaire : le manque de combustible les fait parfois s'éteindre et leur faible portée prête souvent à confusion. Enfin, les tempêtes et la mauvaise visibilité due aux brumes et brouillards accentuent la dangerosité de la navigation le long des côtes bretonnes notamment en automne et en hiver.

A ces difficultés naturelles, il faut ajouter les facteurs humains qui accentuent les risques de la mer. Selon l'historien Jacques Decoin, sur les 232 naufrages survenus entre 1700 et 1792 à l'armement colonial nantais, 46,5 % relèvent d'une erreur humaine. Citons à ce propos les remarques de Cleirac (« Us et coutumes de la mer », 1671) : « Les Français étaient plus disposés à vider les bouteilles, humer l'eau-de-vie et fumer le tabac qu'à manier habilement l'astrolabe, le cadran et l'arbalestrille. Ils continuaient à dresser la route à la manière antique, vue par vue, ou par cours des marées et par la couleur et condition des sables à la sonde ».

Tout ceci fait que les côtes de la Basse-Bretagne (c'est-à-dire la partie ouest de la Bretagne, celle qui utilise la langue bretonne) sont les plus dangereuses de France et que les naufrages y sont excessivement nombreux. L'Amirauté de Léon recense 278 naufrages entre 1700 et 1790, alors que celle de Cornouaille en relève 328 entre 1723 et 1791. Ceci fait une moyenne de quatre naufrages majeurs chaque année tout en sachant que nombre d'entre eux n'apparaissent pas dans les archives. A propos de ces naufrages, il est nécessaire de faire une remarque sur les naufrageurs qui appartiennent plus aux légendes qu'à la réalité. Dans les archives qui subsistent il n'y a aucune trace de vaches fantômes avec des torches attachées aux cornes ou de feux trompeurs attirant les navires à la côte. Ces histoires sont dues à l'imagination des auteurs de récits et de légendes qui ont donné naissance à l'image théâtrale de ces paysans naufrageurs qui attendent armés de crocs et de lanternes les navires qu'ils ont attiré à la côte. Par contre, il est vrai que parfois, quand un navire est en danger, les populations locales forcent le destin pour accentuer les chances de naufrage.

Cette intervention présente la mise en place de règles par les autorités face à cet événement fréquent qu'est le naufrage et les conflits que ceci engendre avec les populations locales. Les exemples sont pris dans l'Amirauté de Cornouailles puisque les sources concernant le Léon ont été détruites lors des bombardements de Brest au cours de la seconde guerre mondiale.

- I - L'ORDONNANCE DE 1681.

Le droit de bris a longtemps été en usage sur les côtes françaises. Ce droit autorise la confiscation par les seigneurs riverains des épaves naufragées sur les rivages qui bordent leurs fiefs. Progressivement ce droit est réduit pour protéger les navigateurs et les marchands mais, s'il devient un droit régalien, les seigneurs continuent à revendiquer la reconnaissance de leur droit sur les épaves. Ainsi, un traité sur les naufrages adressé à Richelieu en 1629 indique : « Ce droit de bris est fort ancien en notre pays d'Armorique, où il se dit avoir été institué sur le Commandement du Royaume et par les premiers rois et princes d'icelui, et non seulement y est prétendu par eux mais aussi par plusieurs seigneurs et barons de simple rang qui la revendiquent, ou disent qu'il leur appartient de droit et concession autrefois, et qu'ils en jouissent de tout antiquité au Costes Marines qui sont des finages et limites de leurs territoires et juridictions ou advenant bris de quelques navires, ont dit ordinairement vouloir se saisir incontinent des biens du naufrage et les appliquer à leur fisque. »

Il faut attendre l'ordonnance de la Marine de Colbert de 1681 pour que soient établies des règles précises sur les naufrages. Le titre IX du livre IV de l'ordonnance stipule entre autres :

- Que « le roi prescrit de secourir les naufragés et défend, à peine de la vie, d'attenter à leur vie ou à leurs biens »
- Que « les officiers de l'Amirauté sont chargés de diriger les opérations de sauvetage »
- Qu'« il est interdit de détériorer les épaves et les marchandises »
- Qu'« il est interdit à toute personne étrangère à l'Amirauté de s'immiscer dans le sauvetage »

L'Amirauté a donc la charge des naufrages. La Bretagne possède 7 sièges d'Amirauté. En ce qui concerne l'Amirauté de Cornouaille dont le siège est à Quimper, le rivage dont elle est responsable s'étend depuis la rivière de Quimperlé c'est-à-dire la Laita jusqu'à la rivière de Landerneau c'est-à-dire l'Elorn. Son ressort concerne les rivières et le rivage de la mer jusqu'au point où remonte le plus « grand flot de mars », les ports et les quais. L'Amirauté est habilitée à juger les affaires relatives aux navires de mer, au commerce maritime, aux événements de la mer, aux droits maritimes et à la pêche en mer. Il va sans dire que les compétences de l'Amirauté chevauchent celles d'autres juridictions et que les litiges sont nombreux.

Le personnel est défini par un édit de 1691. Les principaux officiers (lieutenants et conseillers) doivent être gradués en droit, prouver qu'ils ont suivi le barreau, qu'ils sont au fait du commerce et de la navigation et qu'ils sont catholiques.

Une procédure bien précise est fixée en cas de naufrage (ordonnance de 1681)

- 1) Dès qu'un naufrage a lieu, les seigneurs ou habitants du lieu doivent avertir les officiers du siège de l'Amirauté. Pour qu'il n'y ait pas « oubli » de la population, le procureur terrien, c'est-à-dire le responsable de la communauté des habitants, a le devoir, sous peine de condamnation, de signaler les naufrages sur les côtes de sa paroisse. Il a également la charge de donner les premiers secours aux naufragés. En outre, l'article 4 précise que « les habitants des paroisses maritimes sont tenus de travailler incessamment et de sauver les effets provenant du naufrage ».
- 2) Les officiers se transportent sur les lieux pour organiser les secours. Ils prennent contact avec les rescapés et donnent les ordres pour décharger la cargaison et l'entreposer. Pour ce faire l'article 8 indique que « les travailleurs seront employés par marée ou par journée et il en sera tenu un "Rolle" sans qu'aucun puisse s'immiscer au travail à peine du fouet ». Ainsi, la mobilisation spontanée des riverains est transformée en travail obligatoire à l'arrivée des officiers.
- 3) Le greffier rédige les « minutes » du sauvetage, les noyés sont enterrés et l'inventaire des effets sauvés est fait en présence du capitaine ou des rescapés.
- 4) Les officiers s'occupent du navire. Si le renflouement est possible, le capitaine doit payer les frais de sauvetage, de justice... avant de repartir.

En cas de pillages, l'Amirauté est chargée de poursuivre les pilleurs. Naturellement les coupables ont disparu dans la nature avant l'arrivée des autorités. Aussi selon un mémoire des officiers de l'Amirauté de Quimper : « de ces procédures immenses dans lesquelles deux ou trois cents témoins, dont beaucoup sont contraire en faits, chargent presque autant d'accusés, sont rechargés par ceux-ci qui en rechargent

encore et de délits différents, ce qui entraîne une infinité de « recollemens », de confrontations, de « dévisagemens », de contumaces, etc, avant qu'aucun des délits les plus constatés possible puisse recevoir de jugement ; d'où il arrive que des procédures de cette nature, commencées depuis plusieurs années, restent souvent ininterrompues par l'impossibilité de le finir et qu'en voulant ainsi punir tous les coupables, l'on n'en punit aucun ou l'on éloigne trop les peines pour qu'elles puissent servir à prévenir les crimes ». En effet, le droit de bris est tellement ancré dans la vie des habitants des régions côtières qu'aucune législation ne peut supprimer. Il existe toujours au XVIII^e siècle et il existe peu de naufrages sans pillages. Ceux-ci sont le fait de la population et non des seigneurs. Au cours du XVIII^e siècle, les seigneurs bretons ont définitivement abandonné leur droit de bris et interviennent très peu. Quand c'est le cas, ceci concerne le sauvetage des marins et de la cargaison ou le stockage des marchandises.

- II - UNE AUBAINE POUR LES RIVERAINS.

Comment se comporte la population lors d'un naufrage ? Tout d'abord, les riverains font tout leur possible pour sauver les hommes. Il y a rarement hostilité envers les marins en danger de mort. Les populations côtières n'hésitent pas à risquer leur vie pour se porter au secours des naufragés. Les pêcheurs mettent leurs chaloupes à la mer même par gros temps ou le sauvetage est organisé depuis la côte. Selon Cambry, parlant de l'île de Sein : « Tous volent au secours des naufragés à quelque heure de la nuit que le canon fasse le signal d'alarme. Les pilotes sautent à bord de leurs chaloupes, bravant le froid, la grêle, la tempête et la mort. Tout le monde est sur le rivage. Le malheureux qui se sauve à la nage est accueilli dans le meilleur lit du ménage. Il est soigné, chauffé, nourri. C'est une population de héros qui s'ignorent ».

Ensuite les sauveteurs estiment qu'ils méritent une récompense. Pour ce faire, ils n'hésitent pas à dépouiller les marins après les avoir sauvés, « tel ce capitaine de barque qui, sauvant en pleine mer, le capitaine d'un navire, le transporte en chaloupe jusqu'aux îles de Glénan où il le dépouille de ses vêtements de capitaine en échange de son propre pantalon dont l'étoffe commençait à s'user ». La cargaison est cependant la meilleure récompense qui soit et le pillage est la règle. Ainsi on sauve toujours les naufragés avant de les piller (Selon Cambry : « on pille toujours les naufragés, mais on les arrache à la mort »). Ceci explique en partie que le capitaine ne porte pas toujours plainte alors que les autorités savent qu'il y a eu pillage.

D'autre part, pour les riverains, le littoral fait partie du domaine de la paroisse et est un bien commun comme les autres. A cet égard, l'ordonnance de 1681 donne la permission « à toute personne de prendre indifféremment en tout temps et en tout lieu, les vraichs (varechs) jetés par le flot sur les grèves et de les transporter ou bon leur semblera ». Il n'y a donc qu'un petit pas à franchir pour considérer que les objets et marchandises rejetés par la mer appartiennent. Le rivage représente un bienfait, un don que la mer leur offre. Echoué sur la côte, le navire leur appartient et pas l'ombre d'un doute ne traverse leur esprit.

Lorsqu'un bâtiment s'échoue et qu'il peut reprendre la mer, les riverains s'estiment lésés. Dès lors, ils font tout ce qu'ils peuvent pour que le navire ne puisse pas repartir. En 1726, le « Parker » de Londres heurte un rocher près de Sein. Un pilote tente de sauver le navire mais les habitants de l'île montent à bord pour couper drisses et voiles et l'échouer définitivement. Si des étrangers s'opposent à ces comportements, ceci est considéré comme une atteinte au droit de bris et les réactions de la communauté peuvent être violentes. En 1726, à Penmarc'h, un matelot de la « Demoiselle Marie » d'Amsterdam est battu à coups de sabots après avoir voulu empêcher de couper les cordages.

Généralement, toute la population accourt sur le rivage après un accident de mer. Lors du naufrage de la « Peggy », le curé de Beuzec Cap-Caval déclare avoir vu « assemblés 4 à 500 personnes de différentes paroisses ». Les femmes et les enfants participent à l'appropriation de ces richesses venues de la mer. Les procureurs terriens, chargés d'avertir les autorités, retardent ou oublient d'envoyer les informations à l'Amirauté et participent eux même au pillage. Les curés sont tout autant intéressés par ce qui arrive sur le rivage. En 1716, le recteur de Plouhinec s'empare de barriques d'huile pour les lampes de son église. Celui de Sein, qui pourtant sermonne régulièrement ses ouailles, possède des liqueurs dont il ne peut ignorer qu'elles proviennent d'un naufrage.

L'arrivée des autorités ne met pas fin aux exactions, bien que les navires passent sous la surveillance de gardes-côtes. En 1724 à Sein un insulaire déclare à un officier « d'un air de dédain et de menace, avec gesticulations de la tête, qu'il se fout de nous et de nos ordres ». Lors d'un autre naufrage, un villageois déclare à un officier « qu'il estoit plus que temps qu'il eut fini sa journée afin de leur laisser le moyen de commencer la leur. » A Penmarch en 1771, les habitants refusent de se retirer et les gardiens « loin de faire aucune garde des barriques en buvaient et les laissaient prendre, y augmentant même la confusion et le désordre ». Il est vrai que les bris de vin, relativement fréquents sur cette côte, entraînent des beuveries collectives et des comportements très agressifs. Il est également possible aux populations, qui connaissent mieux que quiconque la géographie des lieux, d'organiser des expéditions nocturnes. Les jets de pierres accueillent régulièrement les officiers de l'Amirauté. Parfois les pillers se battent entre eux pour partager le butin. La plupart du temps, ce sont des querelles de clocher entre deux paroisses quand le naufrage a lieu sur les limites communautaires.

On assiste cependant à une évolution au cours du XVIII^e siècle. L'ordonnance de 1681 prévoit que pour les objets retrouvés en pleine mer, le sauveteur en reçoit un tiers. Progressivement ce système du tiers entre les moeurs des populations côtières. Ainsi, à l'île de Sein, dans la seconde moitié du siècle, quand les îliens sauvent des effets ou des bateaux naufragés, ils les déclarent la plupart du temps auprès de l'Amirauté en échange de la promesse d'en recevoir le tiers.

- III - L'APPLICATION DE LA LOI PAR LES AUTORITES.

Face au comportement délictueux des populations, les autorités se doivent de rechercher les coupables. En cas de pillage, la présence sur les lieux d'un naufrage est considérée comme condamnable. Naturellement, les enquêtes menées par les officiers de l'Amirauté donnent peu de choses. Les témoins sont rares, personne n'a rien vu et ne sait qui s'est déplacé sur le rivage.

En conséquence, les autorités se tournent vers l'Eglise et l'on demande aux curés de collaborer avec l'Amirauté. Pour ce faire deux moyens sont utilisés :

- **Les monitoires**, lettres que l'on publie aux prônes des paroisses pour obliger les fidèles à venir déposer ce qu'ils savent des faits sous peine d'excommunication. Les révélations reçues par les curés sont ensuite envoyées au greffe de l'Amirauté.
- **Les aggravées et les réaggravées**, en cas d'insuffisance de révélations. Ce sont de nouveaux monitoires qui outre l'excommunication, excluent de la société civile celui qui reste sourd à l'appel de l'Eglise (les paroissiens ne doivent plus avoir aucun contact avec celui-ci).

Ces intimidations religieuses sont rédigées par l'évêque de Quimper puis sont publiées trois dimanches consécutifs par les curés lors des grandes messes. Naturellement, les curés des paroisses concernées par les pillages montrent peu d'enthousiasme pour obtenir des informations sur leurs ouailles. A Sein, après un échouement, le curé disparaît 8 jours sans que personne ne sache où il a pu se rendre.

La crainte de la punition divine conduit cependant à des dénonciations. Celles-ci viennent le plus souvent de la ville, surtout de Quimper, mais très peu des paroisses concernées par le bris. Nombre de dénonciateurs sont des acheteurs de marchandises naufragées qui se disculpent en indiquant qu'ils ne connaissent pas leur origine. Ces témoins qui fournissent les premiers indices bénéficient d'un préjugé favorable et leurs dépositions sont rarement mises en doute. Par contre la parole d'un riverain, naturellement considéré comme coupable ou complice, a peu de valeur pour les autorités. On lui montre systématiquement « qu'il ne dit pas la vérité et qu'il sera prouvé le contraire contre lui ». Lorsque des preuves accablent un villageois celui-ci donne généralement d'autres noms. Il n'existe pas d'aveux sans dénonciations collectives ou particulières. C'est une manière d'échapper à une peine individuelle, de se protéger derrière une solidarité commune. Parfois, ces dénonciations relèvent de règlements de comptes entre individus, entre classes sociales ou entre paroisses. A partir de ces informations les autorités font des perquisitions dans la paroisse. La défense des accusés est toujours la même : ils se trouvaient par hasard sur les lieux du pillage (allant par exemple amener ses bêtes aux champs...), ils ne croyaient pas mal faire en sauvant des objets qui allaient se détériorer ou se perdre dans la mer... La plupart indiquent d'ailleurs

qu'ils avaient l'intention de rendre à l'Amirauté les objets qu'ils avaient sauvé du naufrage. Pour tous les accusés, il y a une totale absence de reconnaissance de leur faute.

Les sanctions contre les pillages sont définies par l'ordonnance de 1681. Elles sont d'une sévérité très grande. L'article 2 prévoit la peine de mort contre les riverains qui pillent les navires jetés à la côte. D'autre part, les responsables des paroisses sont responsables financièrement des dommages commis.

L'application est variable selon les périodes. Généralement les autorités sont très laxistes et n'ont pas un grand souci d'éclaircir les circonstances des naufrages et des pillages. Dans quelques affaires, l'Amirauté cherche à reprendre les choses en main et applique la loi avec une grande rigueur : plusieurs personnes sont envoyées aux galères en 1727 et, dans les années 1753-1754, deux pilleurs sont condamnés à mort. Si l'un s'enfuit, l'autre est « pendu et étranglé et son cadavre est resté exposé à la potence » sur le rivage de Trégunc. Après ces condamnations exemplaires, le comportement des riverains évolue provisoirement et les affaires de pillage diminuent. A partir de 1775, l'Amirauté montre une volonté d'organiser une justice expéditive. Les officiers font appel à l'armée et pratiquent des arrestations sur le champ.

D'une manière générale, les services de l'Amirauté sont très peu efficaces. Les abus des officiers sont fréquents et nombre d'entre eux ne brillent pas par leur intégrité. Pour la plupart d'entre eux, le naufrage est avant tout considéré comme une source de revenus et les frais qu'ils demandent sont considérés comme exorbitants. Aussi certains officiers rechignent à se déplacer sur les lieux des naufrages quand l'affaire n'en vaut pas la peine. Très souvent, ils y envoient des représentants qui ont peu d'autorité. Régulièrement les marchands réclament des marchandises disparues alors qu'ils ont la preuve qu'elles ont été sauvées lors du naufrage.

La gestion des sauvetages est très mal organisée. Le personnel réquisitionné est mal payé et avec beaucoup de retard. En conséquence, les villageois essaient de s'y soustraire par tous les moyens ou de se payer par divers artifices. Le transport entre le rivage et les lieux de stockage est difficile à contrôler. En 1780, lors du naufrage du « Jeune Jacob », un navire chargé de vin, les surveillants ne comprennent pas pourquoi les charretiers sont ivres lors qu'ils arrivent au lieu d'entreposage. L'un d'eux déclare qu'il ne sait si « c'est dans nos charrettes qu'ils ont pris leur ivresse ». D'autre part, ces lieux d'entreposage sont difficiles à trouver et sont régulièrement visités. En 1773, à Plouhinec le magasin brûle « on ne sait par quel accident ». En outre les marchandises restent longtemps entreposées sans entretien et se détériorent.

Les marchands concernés par les naufrages hésitent à faire appel à l'Amirauté et ne portent pas toujours plainte pour les pillages. En effet les autorités exigent le paiement d'une caution pour garantir le paiement des frais de sauvetage et de justice. Pour de nombreux capitaines, l'arrivée des officiers est assimilable à un danger encore plus redoutable que le pillage. Certains les supplient de ne pas se déranger afin de ne pas engager de trop grands frais. En effet, généralement, la liquidation d'un navire naufragé et le montant de la vente s'annulent. Ceci va jusqu'à une véritable hostilité des naufragés envers l'Amirauté. En 1726, à Audierne, le capitaine de la "Sainte Anne de Pénérff" ne consent pas à être interrogé et se refuse à signer tout papier. Un peu plus tard, il n'assiste pas à l'inventaire et défend à ses matelots de s'y rendre, et, quand des charpentiers accompagnés d'un huissier se rendent à son bord afin d'y effectuer les réparations, les matelots rétorquent : « qu'ils eussent à se retirer et que l'Amirauté n'avait rien à voir ».

CONCLUSION

Lors d'un naufrage, deux mondes s'affrontent : les populations côtières et l'administration. Les riverains, pour qui le pillage des épaves est une coutume inhérente à la vie des gens de mer, ne se considèrent pas comme coupables mais comme victimes d'une administration qui ne comprend rien à leur mode de vie. Pour eux, tout objet abandonné sur la côte appartient à celui qui le trouve. D'autre part, la monarchie administrative qui cherche à uniformiser le droit en mettant en place des règles communes à l'ensemble du territoire. Cette affirmation est difficile car, rendue fragile par les poursuites judiciaires, la cohésion des communautés rurales est renforcée par les violences des agents de la répression.

A ceci, il faut ajouter le particularisme breton. La province a été rattachée au début du XVI^e siècle au royaume de France. En contrepartie le souverain a promis de maintenir les coutumes de Bretagne mais l'esprit de l'ordonnance de 1681 va totalement à l'encontre de la coutume du pillage des épaves. La

présence de plus en plus prégnante de l'état centralisateur suscite une réaction des populations qui combat avec ses modestes armes pour conserver ses droits.

CHRISTIAN PFISTER-LANGANAY

Maître de conférence d'histoire moderne, Université du Littoral - Côte d'Opale

INTRODUCTION

Si la résolution des conflits en matière de commerce maritime semble un intitulé à première vue simple, son contenu échappe le plus souvent aux analyses des meilleurs spécialistes. Comme l'indique fort bien le résumé de présentation de cette journée d'études, d'une part le droit français, qui attribue le contentieux commercial à des juridictions spécialisées, fait aujourd'hui exception et, d'autre part, le monde des affaires se caractérise par un grand besoin de souplesse, nécessaire pour résoudre leurs conflits. Ces deux remarques peuvent nous servir de lignes conductrices pour ce qui suit, à savoir les conflits de juridiction ou leur absence, la gestion des litiges dans un cadre très particulier : Dunkerque, capitale de la course européenne à l'égal d'Alger la barbaresque et dans une vision résolument ancrée dans la longue durée, soit 250 ans environ !

Nous vous proposons une série de cas concrets qui ont profondément marqué la vie socio-économique dunkerquoise, lourds de confrontations à un point tel qu'elles ont parfois été complètement occultées par les protagonistes, et partant, absentes de l'historiographie actuelle.

Le plus souvent, nous serons en présence de sombres affaires volontairement passées sous silence par les acteurs impliqués et qui font tout pour que le droit n'y joue pas son rôle normalement dévolu. Nous avons donc travaillé paradoxalement sur le vide documentaire, expression à rapprocher de celle utilisée par Alain Corbin quand il veut définir la mer : le territoire du vide.

Il a donc fallu établir cette suite « d'histoire en creux » pour aboutir à cette conclusion, somme toute banale, qu'entre marin et droit, les rapports sont très élastiques, voire elliptiques.

LA DIFFICILE IMPLANTATION DE L'AMIRAUTÉ FRANÇAISE

Le magistrat se révèle être extrêmement chatouilleux concernant l'étendue de ses compétences judiciaires. En 1597, la femme d'un suppôt¹ de l'amirauté de Dunkerque ayant été accusée du crime de sorcellerie, ladite amirauté prétend instruire son procès et, à cette occasion, érige un pilori sur le quai. Après deux ans d'intenses négociations, l'archiduc Albert donne raison à la ville et ordonne la destruction du pilori². Avec l'installation du régime français, les conflits se multiplient et atteignent un degré de gravité jamais nulle part atteint dans les autres ports du royaume, d'autant que l'amirauté de France est profondément remaniée par le tout nouveau secrétaire d'Etat à la Marine, Jean-Baptiste Colbert. La charge débute à l'inspection du maître des requêtes Lambert d'Herbigny, en 1670, qui a pour classique mission de réprimer les abus. Il en résulte un arrêt du Conseil du 25 août de la même année qui fait défense à toute personne de percevoir des droits d'amirauté sans permission. Aussi le grand bailli de Dunkerque, donc le

¹ Dans le sens d'employé, subalterne.

² Voir L. LEMAIRE : « La sorcellerie à Dunkerque : jugements pour crime de sortilège (1596-1599) », dans *Bulletin de l'Union Faulconnier*, t. 15, 1912, p. 377-329 et 430-432.

représentant des droits du roi, qui plus est le chef du parti français qui a fait le bon choix dès 1646, lors de la prise de la ville par Condé, est obligé de renoncer à certaines « reconnaissances » sur l'entrée des marchandises au port « à peine d'être considéré comme concussionnaire ». De même le droit de fanal est enlevé à la ville. De nouvelles lettres patentes (août 1671) redéfinissent les tâches de l'amirauté qui, curieusement, n'avait pas encore de domicile fixe. La ville lui offre alors « trois chambres de plein pied au premier étage de l'hôtel de ville donnant sur la place d'armes et le marché aux voitures ». Enfin, une ordonnance fixe le tarif des différents droits qui pèsent sur la navigation, précédant de deux ans un même règlement concernant l'ensemble des ports du royaume. Dunkerque a donc servi de banc d'essai pour Colbert.

Cette antériorité n'empêche pas le conflit d'exploser en 1678, année qui voit à la fois la fin de la guerre de Hollande et l'arrivée d'un nouveau lieutenant général à la tête du siège de l'amirauté. En quelques semaines, les griefs se multiplient et se résument comme suit :

- Exemption fiscale et de logement pour les officiers de l'amirauté ;
- Droit de vente sur le quai ;
- Utilisation de la prison de la ville ;
- Utilisation de la cloche municipale ;
- Préséance sur le magistrat dans les cérémonies publiques.

En août 1679, le magistrat incarcère dans ses cachots l'huissier de l'amirauté et chasse l'institution de ses murs en faisant changer la serrure de la chambre d'amirauté, installée dans l'hôtel de ville depuis 1670. Même l'édit du roi du 28 septembre 1680 rendu en faveur des officiers n'est pas exécuté par la ville. La tension monte encore d'un cran quand le magistrat fait défense aux bélandriers de reconnaître la juridiction de l'amirauté et fait même emprisonner le doyen de ce corps pour s'être fait recevoir par cette instance. Il est nécessaire de s'arrêter un instant sur ce cas, exemplaire à plus d'un titre. En effet, les deux parties en présence ne peuvent que s'empoigner dans la mesure où ces bélandres sont des navires à navigation mixte : d'une part parcourant les fleuves et canaux de l'intérieur des terres, ils relèvent donc de la jurisprudence urbaine, et d'autre part cabotant le long de la côte flamande, plus précisément de Boulogne-sur-Mer à Ostende, ils tombent alors dans les compétences de l'amirauté. Si un arrêt du Parlement de Paris du 7 février 1681 définit le territoire de chacun, la parution en août de la même année, de l'ordonnance de la Marine remet enfin les choses à plat. Il y a de fortes probabilités pour que ce célèbre monument de la législation colbertiste ait été, durant sa longue maturation, influencée dans son esprit par les affaires dunkerquoises. Ces dernières ont pris une tournure et une violence à nulle autre pareille. Le plus remarquable est la ténacité du magistrat à défendre ses privilèges à tel point qu'un arrêt du Conseil du 31 décembre 1686 ait été nécessaire pour réaffirmer la nouvelle donne. La victoire de l'amirauté est complète : seules les bélandres dans les canaux lui échappent. Pourtant l'intendant Demadry est obligé d'élaborer un « Mémoire interprétatif » en date du 29 mars 1687 pour une bonne application de cette réglementation qui précise les attributions de l'amirauté et les prérogatives de ses officiers. Là encore, Dunkerque sert de banc d'essai ou de modèle puisque la procédure est reprise en 1694 par Seignelay pour l'ensemble des ports français.

Quelle leçon tirer de cette querelle sans cesse renouvelée ? Elle est tout à fait typique de la justice de l'Ancien Régime avec ses multiples accommodements et rebondissements, et partant peu intéressante, par sa banalité, pour l'historien. En revanche, son manque d'écho dans l'historiographie locale intrigue davantage. En effet, Pierre Faulconnier, grand bailli de Dunkerque, ne souffle mot de ces deux décennies de mésentente dans la grande œuvre qu'est son histoire de Dunkerque parue en 1730 à Bruges³. Il y est pourtant directement impliqué. Cette histoire passe sous silence ces sombres affaires pour le moins gênantes, au profit des exploits de Jean Bart. Elle eut beaucoup de succès par le caractère déjà positiviste de la démarche et par l'abondance et la qualité de l'illustration, exceptionnelle pour l'époque, encore plus pour une édition de non parisienne. Aucune ville de Flandre n'a bénéficié d'un pareil traitement. Cette œuvre a servi de matrice pour les synthèses élaborées aux XIX^e et XX^e siècles, la dernière, celle de Louis Lemaire, parue en 1927, demeurant aussi muette sur les péripéties judiciaires qui nous intéressent. Il faut

³ P.-M. FAULCONNIER, *Description historique de Dunkerque, ville maritime et port de mer très fameux de la Flandre occidentale*, à Bruges en Flandre chez Pierre Vande Cappelle et André Wydts, 1730. L'auteur est grand bailli de 1676 à 1735 et président de la Chambre de commerce, fondée en 1700, de 1715 à 1735.

attendre sept ans plus tard pour que le même auteur nous fournisse un premier exposé des faits⁴. Malheureusement, comme tous les travaux parus à la veille de la Seconde Guerre mondiale, il est « resté en l'air », sans descendance intellectuelle⁵. Il faut avouer que les éventuels chercheurs n'avaient pas la tâche facile, du fait de la destruction des archives de l'amirauté de Dunkerque et de l'incroyable dispersion de ce qu'il en reste⁶.

Les longues guerres de la fin du règne de Louis XIV sont l'occasion pour Dunkerque de devenir sans conteste la capitale de la course française, et même européenne. Aussi les querelles traditionnelles auraient dû disparaître. Il n'en fut rien. La délivrance des congés au sujet des bélandres rejaillit en 1710. Le procureur leur applique sur les canaux le régime de haute mer, d'où l'indignation du magistrat et son ordonnance du 5 avril qui menace les sergents de l'amirauté de troubler les bélandriers sous peine de 7 000 l-t d'amende. La Chambre de commerce lui emboîte le pas. Cette nouvelle institution, créée en 1700, devient l'interlocuteur incontournable de l'amirauté et c'est par son biais que nous allons découvrir les tenants et les aboutissants de cette nouvelle affaire de congés.

L'AFFAIRE NICOLAS BOURGEOIS⁷.

En janvier 1710, un scandale éclate au grand jour à Dunkerque avec la diffusion d'un libelle intitulé : *Observations sur le commerce qui se fait ouvertement à Dunkerque avec les ennemis du Roy*.

Pour l'essentiel, les alliés, nos ennemis, *ont restably dans cette dernière ville [Ostende] leurs magasins où ils apportent indifféremment toutes sortes de marchandises, provenant de leur cru [...]*. Ils possèdent un lieu d'entrepôt idéal, *Nieuport qui n'est éloigné d'Ostende que de trois lieues, et de six de Dunkerque [...]*. Grâce au système des passeports en cours, *trois ou quatre bateaux pêcheurs de Nieuport employés à cet usage [...] ne se meslent uniquement que de ce négoce, c'est-à-dire [...] ne font autre chose que de transporter ces marchandises ennemies de Nieuport à Dunkerque*⁸. C'est un grave crime que de commercer avec l'ennemi.

La Chambre de commerce, directement mise en cause, publie immédiatement un *Mémoire [...] pour servir d'éclaircissement sur celui publié sous le nom de Nicolas Bourgeois*⁹. Nous tenons donc l'auteur du libelle explosif.

Nos négociants repoussent les accusations de Bourgeois, mais sans les éclaircir. *Ce que Bourgeois ajoute des livres contre la religion, le Roy et l'Etat, qu'il dit estre apportés de Nieuport à Dunkerque n'est mis que pour se rendre plus odieux la cause de la franchise [...] ceux qui connoissent Dunkerque savent que ces sortes de livres n'y trouveroient point de débit, cette ville n'estant composée que de marchands et d'armateurs tout occupés de leur interest et qui ne connoissent point d'autres livres que leurs registres et les tarifs de fermes*.

Ce ne fut qu'en mars que les délibérations de la Chambre de commerce nous livrent les circonstances qui servirent de détonateur. Ces trois mois de réticences de la part de négociants indiquent bien dans quelle mauvaise posture ils se sont mis.

Le 19 décembre 1709, Bourgeois fait arrêter deux bateaux pêcheurs de Nieuport : *la Sainte-Marie* et *le Saint-Jean*, grâce à la chaloupe *la Vengeance* du capitaine Mathieu Catuy. Cette entreprise, aux yeux des négociants dunkerquois, *mérite d'estre très sévèrement et très exemplairement punie parce qu'il s'agissoit moins de l'interest particulier de ceux à qui appartiennent ces marchandises que de l'interest général du Commerce de Dunkerque dont la franchise se trouve attaquée [...]*.

⁴ L. LEMAIRE : « L'Amirauté de Dunkerque (1579 – 1791) », dans *Bulletin de l'Union Faulconnier*, t. 31, 1934, p. 155-241.

⁵ A. LEYSSENS n'en parle pas.

⁶ Nous venons de retrouver trois liasses concernant ces affaires dans A.N., Marine, C4 – 225, 228 et 229, mais reliées dans un désordre indescriptible au XIX^e siècle, ce qui rend leur exploitation presque impossible.

⁷ Exposé de l'affaire dans C. PFISTER-LANGANAY, « Dunkerque-Ostende. Quelques jalons sur l'évolution de leurs rapports au XVIII^e siècle, dans *Actes du 101^e congrès national des sociétés savantes*, Lille, 1976, section d'histoire moderne et contemporaine, t. 1, p. 39 et suivantes.

⁸ Chambre de Commerce de Dunkerque (C.C.Dk.), 1710, p. 11.

⁹ *Ibid.*, p. 24 et suivantes. Aux Archives départementales du Nord, série C, supplément n° 333, se trouvent le mémoire de Bourgeois et la réponse de la Chambre de Commerce.

À travers cet épisode, somme toute mineur, de la guerre de course, c'est la pierre angulaire de l'économie dunkerquoise qui se trouve en jeu, la franchise accordée en 1700. Les négociants dunkerquois, à la même époque (séance du 2 avril 1710), au nom de leurs libertés, refusent d'analyser l'ordonnance du 29 mars publiée par Wyart, lieutenant général de l'amirauté, qui exige des bélandriers de demander des congés de départ et de tenir des rapports au retour.

Cette attitude très désinvolte n'est pas du tout du goût de Versailles. Une lettre de Desmaretz, datée du 30 mars 1710, contient une sévère réprimande de Pontchartrain¹⁰. Sur les 40 133 livres de marchandises emportées par Bourgeois, à peine 3 000 concernent la consommation de Dunkerque¹¹. Les magistrats changent alors de tactique : ils font traîner l'affaire en longueur, tant et si bien que Nicolas Bourgeois est contraint d'entreprendre une nouvelle requête au début de 1711. Il nous fournit d'intéressants détails supplémentaires. Ce trafic de contrebande dure « depuis plusieurs années¹², et le 19 décembre 1709, sa chaloupe ayant été obligée [...] de rentrer dans le port à cause d'une tempête violente [...], il fist passer son monde et ses vivres dans un caïcq de galère [...] se rendit maistre le mesme jour sur les dix heures du soir, de deux barques avec lesquelles il entra le lendemain.

La Chambre de commerce lui intente un procès, sous prétexte qu'il n'avait pas la permission de l'intendant. Bourgeois rétorque qu'il n'en eut pas le temps parce que la marée baissait, et qu'un moment plus tard, il n'aurait pu sortir du port faute d'eau [...].

La Chambre de commerce l'emporte : Caruy, capitaine du caïcq, est arrêté par Levy, commandant des galères¹³, et mis aux fers pendant deux mois. Le conseil de l'amirauté confisque les deux prises, sauf le dixième, au profit de l'amiral. Ce jugement du comte de Toulouse, donna enfin, plus de douze mois après, les véritables circonstances de l'incident. Il s'est passé à la hauteur de Zuydcoote, à une lieue de la plage. Les deux chaloupes étaient commandées par Jacques Leus et Jean Nauth. Ce ne fut qu'à la troisième sortie du « caïcq » (barque) de la galère la *Palme* ou la *Commandante*, que les Nieuportais furent pris. Les négociants dunkerquois avaient donc réussi à parer ce très dangereux coup, en argumentant sur les erreurs administratives de Bourgeois : des autorisations non demandées, une trop grande liberté d'exécution donnée à son équipage qui se composait de sept marins de la galère et de six matelots aventuriers.

Le malheureux Bourgeois semble alors bien découragé. Il parle des *retardements infinis qu'elle* [la Chambre de commerce] *a fait essayer au suppliant* et la vie lui devient impossible à Dunkerque, puisque de l'aveu même de la Chambre : *Nous ne saurions donner de preuves plus convaincantes de cette impossibilité de frauder à Dunkerque, que le mestier de savonnier que bourgeois a été obligé de prendre*¹⁴.

À la fin de février 1711, Bourgeois prend pour la dernière fois la plume. Mentionnant la fraude des négociants, il écrit qu'ils ont au contraire favorisé ce commerce, et par là, ruiné la manufacture du suppliant, que bien loin de se cacher de la protection qu'ils accordent pour l'entrée des marchandises étrangères, ils en ont ouvertement soutenu le commerce, qu'il est encore entré à Dunkerque jusqu'à 54 chaloupes pescheuses [...] avec un tel scandale que mesme les barques dont le suppliant demande la confiscation ont fait 38 voyages, ont mesme été faits 14 jours après le jugement de M. l'amiral¹⁵.

Les armateurs dunkerquois ne se troublent pas pour autant. Quand, à la fin d'avril 1711, le conseil de l'amirauté accorde à Bourgeois le bien du produit de ses prises, ils réagissent de la façon suivante : *Que ce jugement trouble infiniment le commerce de cette ville, parce que nos négociants ne savent plus sur quels principes ils doivent le faire*. Cette ingéniosité de propos est fort peu goûtée à Versailles. Pontchartrain envoie deux lettres fort sèches, déclarant que Sa Majesté a trouvé mauvais qu'elle n'ait pas empêché ce commerce, et que son intention est que les Edits [...] soient exécutés à Dunkerque sans interprétation comme ils le sont ailleurs¹⁶. Le ministre n'est pas dupe des machinations de la Chambre, puisqu'il ajoute : *Sa Majesté a été très surprise de la requête de la Chambre de commerce et des Magistrats de cette ville, aussy bien que des moyens sur lesquels ils se fondent pour autoriser le commerce frauduleux qu'ils se sont ingérés de tolérer et de faire avec les ennemis de l'Etat [...] [Elle a] la bonté d'excuser le mauvais party qu'ils ont pris en cette occasion, mais elle m'a ordonné de vous écrire d'avertir cette Chambre qu'elle prist bien garde à l'avenir de retomber dans une pareille faute*.

¹⁰ C.C.Dk., 1710, p. 137, séance du 17 avril.

¹¹ *Ibid.*, p. 141, séance du 23 avril.

¹² *Ibid.*, 1711, p. 32 et suivantes, séance du 11 février.

¹³ À cette époque, Dunkerque possède des galères. Voir R. BURLET, « Des galères de Rochefort aux galères de Dunkerque », dans *Revue historique de Dunkerque et du littoral* (RHDL), n° 41, 2008, p. 53-72.

¹⁴ *Ibid.*, p. 105.

¹⁵ *Ibid.*, p. 169.

¹⁶ *Ibid.*, p. 195.

Cette affaire Bourgeois met en évidence la très grande indépendance des armateurs dunkerquois, l'étroitesse des liens qui les unissent avec leurs confrères ostendais à cette époque, et l'importance de la contrebande.

Sur ce dernier point, le trafic s'effectue dans les deux sens : les négociants dunkerquois écoulent leurs marchandises de prise, et même demandent en février 1711 des passeports pour que les Hollandais puissent venir racheter leurs navires pris, qui encombrant le port¹⁷. En juin de la même année, ils font publier un mémoire [...] *pour rétablir dans cette ville la liberté d'y faire venir de Nieuport les marchandises des Pays-Bas espagnols et français occupés par les ennemis pour être transportées à Cadix*¹⁸.

Ainsi l'amirauté et les traites sont publiquement et journallement bafouées dans leurs compétences, d'autant plus le procureur de l'amirauté, Jean Porquet de Belledalle est en même temps juge au siège des traites¹⁹. Cette vulnérabilité se confirme en 1712 quand les troupes britanniques occupent la ville. Desmaretz veut être informé immédiatement de ce qui se passe à Dunkerque les concernant²⁰. C'est un simple commis des traites, Berthoumet, qui, à partir de juillet 1712, lui envoie les listes des navires anglais qui arrivent à Dunkerque, précisant bien s'ils ont payé ou non les droits de l'amirauté et c'est son supérieur, Boutillier, qui se charge des rapports de synthèse²¹ dans lesquels il mentionne de façon précise que les marchands de la zone occupée, Lille surtout, préfèrent envoyer leurs marchandises plutôt par Ostende que par Dunkerque. Cette absence de l'amirauté est bien curieuse mais elle a d'une part d'autres préoccupations comme la destruction du port et d'autre part, notre procureur Porquet de Belledalle est obligé de se démettre de sa charge en 1716²², suite à la plainte de plus de 30 négociants l'accusant de *concession, fausseté et malversation... Il a trouvé le secret de gagner en six ans plus de 300 000 livres pour le bénéfice d'une charge dont la finance n'est que de 15 000 livres*²³. Il est vrai que le siège de Dunkerque vient de connaître une période faste. La guerre de succession d'Espagne (1702-1713) rapporte à la cité 1 614 prises et 8 775 rançons de prisonniers. L'amirauté vend pour 30,5 millions de marchandises et de navires capturés. La guerre précédente d'Augsbourg avait permis d'atteindre 25 millions. Les bureaux ne chôment guère et le prix des charges augmente considérablement. Hue de Caligny, auteur du mémoire de la Flandre maritime pour l'instruction du duc de Bourgogne, le signale en 1698. La charge de lieutenant général passe de 10 000 – 12 000 l-t à 42 000, celle de procureur de 7 000 – 8 000 l-t à 20 000²⁴.

En définitive, au début du XVIII^e siècle, nous avons une Chambre de commerce qui fraude à grande échelle au détriment des traites et qui plus est au profit de l'ennemi, et une amirauté dont le représentants locaux sont pour le moins impliqués dans des affaires louches, ou, tout au moins, multiplient à plaisir les procédures de tous ordres, en particulier pour augmenter les frais de course, depuis l'armement jusqu'à la liquidation des prises. Quant à l'État, il est bien renseigné, mais empêtré dans ses propres contradictions, les intérêts des différents secrétaires d'État étant souvent opposés, il ne peut guère agir de manière rationnelle. Le duel Colbert-Louvois a été particulièrement dur à Dunkerque et Vauban en a particulièrement souffert. Cette situation semble perdurer au cours du XVIII^e siècle et même s'aggraver à l'extrême fin de l'Ancien Régime.

L'APRES-GUERRE D'AMERIQUE ET SES CONSEQUENCES

La guerre de course étant devenue l'activité traditionnelle des Dunkerquois, de très nombreux armements attendent fort longtemps leur liquidation après les hostilités. Le maréchal de Castries le sait

¹⁷ *Ibid.*, p.*.

¹⁸ *.

¹⁹ Un édit de mai 1711 autorise les officiers des amirautés à exercer toute autre charge de judicature.

²⁰ A.N., G7 1697, f° 166 -179 et 1698, f° 1 à 178.

²¹ Il a dû quitter Dunkerque après le 12 décembre 1713 pour Saint-Malo, belle promotion, puis pour La Rochelle en 1714.

²² C.C.Dk., registre dactylographié, 1716, séance du **** 1716, p. * .

²³ *Ibid.*,

²⁴ DESPLANQUE, *Bulletin de la commission historique du Nord*, t. 11, 18**, p. 30.

pertinemment puisqu'il reçoit, en février 1785, 3 878 l-t de la part de l'affairiste Tugge, somme provenant des rançons remontant à 1759. Elle provient du cotre le Faucon, faisant partie de l'escadre de Thurot pour laquelle il manque encore 157 735 l-t à verser aux équipages²⁵. Aussi, notre ministre de la Marine est-il particulièrement vigilant à suivre ce genre d'affaire pour la guerre qui vient de s'achever et les nombreuses déclarations de faillite afférentes.

Nous ignorons le nombre des faillites intervenues : il y en eut 34 entre 1767 et 1776, et 30 de 1777 à 1781 (montant global de 993 303 l-t pour ces cinq années²⁶). De septembre 1783 à septembre 1784, 24 maisons suspendent leurs paiements. Les pertes s'élèvent à 5 025 329 l-t. Les juges et consuls dunkerquois sont très clairs sur les causes de la catastrophe : *Les négociants [...] profitant du voisinage du port d'Ostende, avaient entretenu avantagement notre navigation depuis le commencement des hostilités ; mais amorcés par les premiers bénéfices, un assez grand nombre s'était livré inconsidérément à des entreprises dont le succès dépendait uniquement de la continuation de la guerre, et que l'événement subit de la paix a rendues tout à fait ruineuses.*

Le négociant Torris suit la même procédure en novembre 1781²⁷. Il avait suspendu ses affaires à cause des *dérangements d'affaires par l'interruption forcée des paiements considérables qui lui étaient dus en Angleterre*. Il annonce à Calonne son entière libération, en précisant qu'il s'est abstenu de fréquenter la Bourse. Aussi exige-t-il et obtient-il que deux conseillers de la Chambre l'accompagnent à sa première apparition en Bourse (requête du 1er décembre 1781)²⁸. Cet heureux événement décrit par la Chambre de commerce est fort éloigné de ce que le maréchal de Castries découvre à longueur de mois sur le même individu qui est redevable de sommes considérables envers la caisse des Invalides et les équipages de ses corsaires. Le ministre apprend avec satisfaction que la vente du caiche l'*Aigle* rapporte 8 900 l-t qui seront déposées à la caisse des Invalides, mais qui a la surprise d'apprendre que la somme est aux mains du greffier de l'amirauté et que, de plus, c'est la caisse des Invalides qui paye les 300 l-t de frais d'huissier²⁹. Il rejette en sorte le plan proposé par l'armateur : *Le parti, Monsieur, que le sieur Torris m'a proposé, tendait à confondre les intérêts des équipages des Invalides avec ceux des autres créanciers et à les jeter dans les longueur qu'entraîne nécessairement une union des créanciers*³⁰. L'affaire rebondit en 1785. Castries recherche désespérément les 64 645 l-t dues par Torris. Parallèlement, il découvre que l'ancien contrôleur de la Marine, le sieur Chamault, en poste à Dunkerque jusqu'en janvier 1785 est également très impliqué dans ces malversations : J'ai examiné le mémoire qu'il m'a adressé et comme il ne détruit pas entièrement les torts et les négligences qui lui ont été imputés³¹. Il réduit donc sa pension annuelle à 2 000 l-t. Le plus grave s'avère être les agissements du trésorier des Invalides du moment, Vanwormoudt qui commet l'imprudence d'accepter quatre lettres de change de la part de Torris d'un montant total de 28 776 l-t au lieu d'exiger de l'argent comptant, les quatre lettres ayant été établies au moment de la faillite. Qui plus est, notre trésorier, malgré sa bourde, ose réclamer six deniers par livre, soit 2,5 % de frais sur cette opération, la rondelette somme de 4 786 l-t. Il faut attendre avril pour apprendre que les biens de Torris ont été saisis et que le produit de leur vente sera entièrement versé aux équipages, déduction faite des 4 786 l-t de frais de justice. De plus le sieur Vanwormoudt *doit s'imputer le vice de son opération concernant les quatre lettres de change et fera bon de ses propres deniers* pour les 28 776 l-t concernées³². L'affaire n'est pas pour autant terminée. Le maréchal de Castries n'est pas au bout de ses peines. En juin, il fait part de son étonnement à l'ordonnateur de la Marine, Barthouilh de Couloumé, que *sans avoir égard à l'arrêt du conseil du 25 juillet 1784, le procureur du Roi a abandonné ses poursuites, qu'il laisse à la disposition de syndics et séquestres, non seulement la vente des biens faillis, mais encore les fonds qui en proviennent, qu'on observe point dans ces ventes les formalités prescrites et les discussions qu'elles exigent. Cette conduite est formellement contraire aux intentions du Roi, elle est visiblement préjudiciable aux intérêts des Invalides (...). Vous voudrez bien sans nul délai me rendre compte de cette affaire (...)*³³. Nous ignorons la réponse de l'ordonnateur, mais signalons qu'il est remplacé le 29 juillet suivant par le sieur Mercier. Le lendemain, le tout nouveau commissaire général de Marine à Dunkerque ne reçoit comme il est prévu aucune visite protocolaire du magistrat, de la Chambre de commerce, des négociants et même des officiers de l'amirauté

²⁵ A.M., Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 11 mars 1785.

²⁶ C.C.Dk., p. 7, 17 janvier 1782.

²⁷ *Ibid.*, p. 443, lettre du 14 novembre 1781. Passif de 0,5 million de l-t pour 1,2 million d'actifs dont à peine le dixième disponible.

²⁸ *Ibid.*, p. 458.

²⁹ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettres des 12 mars et 25 avril 1784.

³⁰ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 3 juillet 1784.

³¹ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 5 mars 1785.

³² A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 4 avril 1785.

³³ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 17 juin 1785.

et au ministre de conclure : *leur malhonnêteté provient de la peine qu'ils éprouvent de voir la Marine conserver à Dunkerque un administrateur supérieur*. Torris demande alors des secours pour subsister et surtout obtient un arrêt de défense du Parlement de Paris contre la sentence de l'amirauté³⁴. Une véritable guerre des tranchées s'installe. Ulcéré, le ministre ne déclare-t-il pas qu'il *n'entrera dans aucune discussion relativement à l'indécence de ces actes des syndics*³⁵ et en décembre, il envoie, sans doute avec beaucoup de satisfaction, *un arrêt du conseil qui déboute les syndics et requestes de la faillite Torris de leur opposition à la répartition aux équipages des deniers déposés dans la caisse des Invalides*³⁶.

Nous voyons bien l'extrême difficulté d'un ministre, ici même, d'un grand ministre, à se faire simplement obéir par ses propres employés qui, en sus, sont parfois complice d'affaires qu'ils ont, sinon à juger, mais au sujet desquelles on leur demande d'appliquer correctement les décisions de justice prises au plus haut niveau. Ce bras de fer s'éclaire davantage si nous tenons compte parallèlement d'une énorme affaire qui embarrasse singulièrement les négociants dunkerquois la même année.

LE SCANDALE DE LA BARATERIE

Cette affaire délicate donne un énorme souci aux négociants à partir de la fin août 1785 : le capitaine J.-M. Auffret est impliqué dans des assurances frauduleuses concernant son navire la *Charlotte* perdu en février, au large du Ferrol, en allant vers Gênes³⁷. L'instruction n'est pas encore achevée en février 1788 et qu'en sorte les événements prérévolutionnaires ne nous permettent pas de connaître le dénouement de cette ténébreuse affaire. Remarquons qu'en 1860, l'historien local Raymond De Bertrand reste très embarrassé pour exposer cet événement. Il ne cite jamais de nom et *parmi tous ces gens-là, il y avait très peu d'individus nés à Dunkerque*³⁸. 80 ans après l'épisode, l'affaire restait délicate !

Revenons aux faits. En novembre 1785, six navires périssent *par des causes inconcevables*, d'où *l'embarras et la consternation du commerce de cette ville de se voir dans la nécessité absolue d'exposer aux événements naturels de la mer, dans cette saison-ci, et navires et marchandises sans pouvoir se faire assurer*³⁹. Quatre négociants de Bayonne refusent de rembourser une police de 20 000 l-t présentée pour le compte d'Antoine Thevenet fils⁴⁰. Début 1786, le garde des sceaux consent à ce que les officiers de l'amirauté aient connaissance exclusive de cette affaire⁴¹.

La Chambre entend garder *le plus profond secret pour que certaines gens ne prennent point l'épouvante et que l'on puisse mettre la main sur eux*⁴², ce qui est chose faite dans la nuit du 16 au 17 février : 11 arrestations et 2 prises de corps décrétées⁴³.

Arrestations

- L. Hamel capitaine du *Saint-Louis*
- J.-M. Auffret capitaine de la *Charlotte*
- E. Aymes capitaine des *Bons Amis*
- A. Mousquet second des *Bons Amis*
- G. Crycx capitaine de l'*Africain*
- L. Reven second de l'*Africain*
- Seguin, Cannevet, Samson et Colas dit Landeau

³⁴ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 22 août 1785.

³⁵ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 28 octobre 1785.

³⁶ A.M. Cherbourg, 3 P2-34, lettre du 2 décembre 1785.

³⁷ C.C.Dk., p. 359, 25 août 1785.

³⁸ R. de BERTRAND, « Le port et le commerce maritime de Dunkerque au XVIIIe siècle », dans *Mémoire de la Société dunkerquoise pour l'encouragement des sciences, des lettres et des arts*, t. 10, 1864-1865, p. 347 à 353.

³⁹ C.C.Dk., p. 524, lettre du 19 novembre 1785.

⁴⁰ C.C.Dk., p. 566, lettre du 03 décembre 1785.

⁴¹ C.C.Dk., p. 24, lettre du 19 janvier 1786.

⁴² C.C.Dk., p. 46, lettre du 03 février 1786.

⁴³ C.C.Dk., p. 86, lettre du 20 février 1786.

chargeurs

Prises de corps décrétés

- F. Lambert capitaine du *Balon Nantais*, se constitue prisonnier le 21 avril
- H. Townson capitaine de la *Charmante*.

Les chargeurs sont des marchands cordiers, charpentier de navires, maître d'école ou tailleur-fripier. Nous avons affaire aux comparses. Les responsables ont eu le temps de filer.

- F. E. Tappy armateur de la Charlotte : en Suisse
- Louis Roy armateur des *Bons amis* : fugitif. Il avait déposé son bilan le 6 février, laissant 164 658 l-t de passif.
- Antoine Thevenet père courtier : fugitif
- Jean-Daniel Holtz courtier : se réfugie à Aix-la-Chapelle
- Reste Uytborck armateur du Saint Louis arrêté ultérieurement.

Le scandale s'étend progressivement : six puis huit, et finalement 11 navires sont les victimes de cette baraterie généralisée. D'autres personnages, tout aussi dunkerquois que Thevenet et Roy quittent discrètement la ville : Mathieu Féchon fils, J. Dayn, Étienne Emery (décrété fugitif en mai) et Spyns. Les directeurs de la Compagnie d'assurances d'Anvers ne s'en cachent pas : *Nous sommes journellement persécutés pour le remboursement... nous délayons de satisfaire aux dites sollicitations surtout depuis que nous sommes informés que les honnêtes gens de votre ville même ne font aucun doute quant aux fraudes suspectées*⁴⁴. L'intendant des pêches, Chardon ajoute : « *je ne vois pas qu'il y ait misère à en faire à la Chambre d'assurance*⁴⁵ ».

Pourtant la multiplication des demandes de renseignements de la part des Anversois tend à faire croire le contraire⁴⁶.

En janvier 1788, les assureurs anversois ne sont pas encore découragés : *Comme il en est actuellement chez vous des affaires fâcheuses d'assurances qu'on est depuis si longtemps à pénétrer*⁴⁷. Les conseillers de la Chambre déclarent que l'instruction secrète est presque achevée pour huit navires⁴⁸. Ensuite n'apparaît plus aucune mention sur ce scandale. Est-ce dû aux destructions d'archives ? Peu probable. Est-ce dû aussi à une volonté d'étouffer l'affaire ? Certainement. Déjà, en octobre 1787, Chardon remarque que *cette malheureuse affaire des navires perdus qui dure depuis deux ans (...) ne se termine pas*. Par deux fois, le conseiller pensionnaire Reynaud est convoqué par le procureur de l'amirauté. La Chambre de commerce refuse de s'y rendre⁴⁹.

Quoiqu'il en soit, pour les 13 prévenus prisonniers à Dunkerque, l'amirauté dépense 1 463 l-t de frais de subsistance en 1787 et le ministre accorde en février 1788, une augmentation de leur ration, passant de six à huit deniers⁵⁰. Il est vraiment dommage que nous restons dans l'ignorance complète du dénouement. Les archives de la Chambre de commerce restent muettes et celles de la juridiction consulaire ont brûlé ; Mais la volonté de faire traîner les choses est évidente.

Bref, l'atmosphère portuaire à Dunkerque se révèle être délétère à la veille de la Révolution d'autant que d'autres conflits traversent les élites en place.

La première fracture, dans ce petit monde dirigeant, remonte à la création de la Chambre consulaire. L'édit de février 1700, qui établit la Chambre de commerce, prévoit aussi un Tribunal consulaire. C'est une atteinte directe aux traditionnelles compétences du magistrat qui réussit une première fois, en 1700, à étouffer l'affaire dans l'œuf, puis l'écarte de nouveau en 1735.

La situation aurait pu durer longtemps sans le « coup de majesté » de Maupéou en février 1771 qui supprime, entre autres, le Conseil d'Artois. Il faut cependant attendre février 1776 pour que la nouvelle institution fonctionne avec bien des embûches puisqu'en juillet 1781, la Chambre de commerce mobilise l'ensemble de la classe marchande au moyen d'une pétition signée par 300 négociants pour sauver l'institution.

Au-delà de ce scénario classique de querelle de clocher, retenons deux faits :

⁴⁴ C.C.Dk., p. 97, lettre du 24 février 1786.

⁴⁵ C.C.Dk., p. 207, lettre du 20 avril 1786.

⁴⁶ C.C.Dk., p. 182, 224, 264, 266.

⁴⁷ C.C.Dk., f° 32 v°, 23 janvier 1788.

⁴⁸ C.C.Dk., f° 34 v°, 04 février 1788.

⁴⁹ C.C.Dk., f° 61, 10 février 1788.

⁵⁰ A.M. Cherbourg, 3 P2-36, lettre du 22 février 1788.

- L'appui de l'amirauté à la Chambre consulaire (24 janvier 1782) ;
- La rupture, maintenant nette, du moins dans les esprits, entre le monde marchand et le monde politico administratif local⁵¹.

Mais les choses se précipitent à partir de 1788, un souci de réputation travaille les négociants locaux, celui de retrouver leur honneur perdu. En dépit de leurs efforts, la fraude, sous toutes ses formes, continue jusqu'à la suppression de la Chambre de commerce : « francisation » des toits belges en janvier 1790, sous-estimation, dénoncée par le bureau de la balance du Commerce, des chiffres du trafic avec le Royaume-Uni, plainte de Calais, en avril, à propos du smogglage. Pour couronner le tout, l'écrivain de la Chambre, Bacquet, fait chanter l'institution en la menaçant de livrer des mémoires compromettants à l'Assemblée nationale. L'affaire est si grave que « les conseillers n'ont pas cru devoir en faire part à la municipalité pour ne pas ébruiter la chose ». Enfin l'année s'achève par la découverte, en novembre, de la concussion des gardes de la Chambre à propos d'objets à embarquer.

Tout bascule en juillet 1789. Nos négociants, nous l'avons constaté, sont des hommes pleins d'initiatives, voire franchement aventuriers. Ils vont admirablement jouer leur propre partition lors de la Révolution.

Leur première parade est la création, le 25 juillet, d'une garde bourgeoise – bientôt garde nationale – uniquement constituée de volontaires presque tous négociants et commandée par le négociant Emmerly. C'est une réponse immédiate et magistrale à la menace d'une sédition populaire contre les trafiquants de blé qui aurait déstabilisé le magistrat au profit du procureur du roi à l'amirauté, Laurent Coppens. La parade est aussi, dans les dernières semaines de 1790, l'investissement de la société des amis de la Constitution par les négociants. Cette société est, dans l'esprit de son créateur Laurent Coppens, destinée, comme il le dira plus tard, à « réconcilier tous les patriotes ». Il est entendu que, sous le terme « patriotes », Coppens et ses amis désignent tous les Dunkerquois favorables aux changements en cours mais qui ne trempent pas dans toutes ces sordides affaires d'avant 1789 et qui ne se mêlent pas de trafiquer les blés. Cette société cherche surtout à faire contrepoids à l'hégémonie des négociants après les élections municipales de janvier 1790 qui voient le triomphe exclusif de ceux-ci (dix officiers municipaux sur onze et un constructeur de navires, douze négociants et six grands commerçants sur 24 notables municipaux). La ville est même partagée topographiquement par les résultats électoraux : les quartiers du sud-ouest : celui des Carmes où siège la Marine, celui des Capucins où réside la douane, votent pour les amis de Coppens. Les trois autres quartiers élisent au contraire les amis de Thiery et d'Emmerly. C'est donc autour du procureur du roi à l'amirauté que se développe la remise en cause du pouvoir négociant. L'amirauté avait toujours échappé à l'emprise locale car elle était habilitée par ses compétences à enquêter et à juger dans des domaines que la Chambre de commerce et la juridiction consulaire tiennent pour leurs propres.

À la fin de 1790, le conflit Coppens-Emmerly n'est pas fini. Un nouvel affrontement, nouvel échange véhément de libelles, éclate en février 1791 à propos du tribunal de commerce. Si Coppens a dû sourire en apprenant la disparition de la Chambre de commerce par le décret du 27 septembre de la même année, le conseil général de la commune, a savouré sa victoire le 23 novembre, en apposant les scellés sur le greffe de l'amirauté abolie par la loi du 9 août. Le tribunal de commerce, corps élu, demeure donc. La Révolution n'est-elle pas d'abord le triomphe du principe de l'élection ? Le commerce a, en définitive, conquis son indépendance totale vis-à-vis des autres pouvoirs et aussi Laurent Coppens ne manque-t-il pas de déclarer, avec autant de bon sens que d'acrimonie : J'ai toujours prétendu qu'on ne peut confier la surveillance du commerce à ceux qui le font.

C'est probablement à ce moment-là que s'effectue le rapt des archives de l'amirauté qui se trouvent maintenant incluses dans celles de la ville, rapt qui ne portait que sur les archives « vivantes » dont le contenu n'avait pas à être exposé au public. Sur quelles nouvelles pistes nos négociants vont-ils se lancer au XIX^e siècle ?

⁵¹ C. PISTER-LANGANAY, « Élités, institutions portuaires et règlement de compte à Dunkerque (1776-1791) », dans G. Le Bouédec et F. Chappe (dir.), *Pouvoirs et littoraux du XV^e au XX^e siècle*, Presse Universitaire de Rennes, 2000.

LA PECHE A ISLANDE

C'est la grande affaire de Dunkerque entre 1814 et 1914 : 7 812 armements⁵² réalisés en un siècle au large de cette île sinistre pour capturer la fameuse morue. Après le commerce interlope dont les négociants locaux ont fait leur deuil, après la chute de l'Empire, cette activité domine l'horizon dunkerquois durant tout le XIXe siècle. La vie et le travail à bord sont épouvantables tout autant, du reste, que les conditions de navigation. L'Islande frôle au nord le cercle polaire arctique et n'est séparée parfois du Groenland que par un détroit de 300 km de large. Un navire de l'État (le stationnaire) patrouille dans ses immensités glacées et tempétueuses à partir de 1831, durant la campagne de pêche. Au retour en France, ce commandant de la « Royale » rédige et envoie au ministre de la Marine un rapport circonstancié de tout ce qu'il a vu et entendu. Les plus anciens remontent aux années 1844 et 1845 dus au lieutenant de vaisseau d'Estremont de Maucroix (1806-1860), qui effectue plusieurs croisières dans ce secteur. Nous sommes en présence d'un homme expérimenté.

Ces documents sont rédigés sobrement et avec précision, les tournures administratives sont rares. Tous sont inspirés par l'idée que ces pêcheurs constituent un vivier d'excellents marins pour la patrie. Plus ils sont nombreux, et mieux la marine royale puis impériale se portera. Ce « populationnisme » quelque peu primaire est unanimement partagé par les rédacteurs de ces rapports. Ils pensent avant tout en officiers militaires ayant charge d'âmes. La sauvegarde des équipages et leur bien-être sont leurs premiers soucis, ce qui explique tout l'intérêt de ces documents. Ces officiers n'ont rien à cacher, encore moins au ministre de la Marine.

Les conditions climatiques très dures, subordonnent tout et changent constamment. En juin 1843, après des sondages qui supposent une mer calme, l'océan, le lendemain (2 juin) se déchaîne. Le cutter, cette année-là sur zone, s'en tire sans dommages grâce à trois matelots qui exposent leur vie. Le temps devient très brumeux du 18 au 28 juin. Le 8 août, il est *fort mauvais et la mer très grosse*, rendant impossible les transbordements : une embarcation est défoncée.

L'année suivante, en 1844, les conditions climatiques deviennent épouvantables (cinq naufrages). *Le temps ne cessa pas d'être affreux, la brume continuellement épaisse, le vent très fort, la mer très grosse : nous cassâmes notre vergue de cape en trois endroits.* Le mauvais temps continue : *nous manquions d'eau : j'essayai d'en faire avec la neige qui tombait toujours mais l'eau de mer qui embarquait en même temps à chaque lame, se mêlait à la neige.* Nous sommes en mai ou en juin.

La flottille dunkerquoise subit de très graves sinistres, perdant 404 marins de 1835 à 1839 et presse l'État d'interdire tout départ de pêche avant le 1^{er} avril. Le chef de station s'occupe essentiellement de l'état des navires et de celui des équipages. Il doit posséder un caractère bien trempé quand nous voyons les problèmes qu'il affronte.

Le stationnaire est considéré comme une sorte de navire atelier pour la flottille dunkerquoise. Dès qu'il arrive sur la côte est de l'Islande, d'Estremont de Maucroix écrit : *Nous rendîmes à ces navires les secours qu'ils réclamèrent de nous* (le 4 juin 1843). Il les retrouve le 7 juillet au cap Langanæs, au nombre d'une trentaine : *Pendant huit jours, nos charpentiers et surtout notre forgeron furent sans cesse occupés à leur faire des réparations dont ils avaient le plus grand besoin*⁵³.

Se présentent des cas plus graves quand le bâtiment fait eau et la remarque du commandant ne manque pas d'étonner : *Comme les années dernières aussi, le capitaine d'un navire qui faisaient beaucoup d'eau et auquel je dus offrir de le réparer, refusa mon offre en alléguant l'intérêt de sa pêche déjà fort en retard.* La visite des autres navires montre que *les canots (de sauvetage) sont presque tous dans un état déplorable, et ne sont embarqués que pour se conformer au règlement qui les y oblige.*

Parfois la situation se complique quand, en 1844, le capitaine du *Courrier* de Gravelines ne déclare pas sa voie d'eau, mais est dénoncé par ses hommes. Il rejette l'offre de réparation. D'Estremont écrit alors : *Ce refus s'était déjà présenté plusieurs fois les années précédentes ; ne voulant pas les réparer malgré eux, [il] avai[t]*

⁵² Chiffres tirés de J.-P. MÉLIS et C. PFISTER-LANGANAY, « Du dogre au dundée dunkerquois : 150 ans de changement technique sur les bancs d'Islande », dans C. Koninckx (dir.), *Industrial revolutions and the sea*, Académie royale de Belgique, Collectanea Maritima, t. 5, Bruxelles, 1991, p. 369-390.

⁵³ C. PFISTER-LANGANAY, « Les Dunkerquois au large de l'Islande. La vision des marins militaires au milieu du XIX^e siècle », dans C. Pfister-Langanay et P. Villiers (dir.), *La pêche en Manche et en mer du Nord XVIII^e-XIX^e siècles*, 1998, pp. 91- 112.

inscrit sur leur registres de bord sa proposition d'aide et son rejet. Le Courrier coule en fin de campagne, heureusement, l'équipage est sauf.

Toujours la même année, au sud du cap Langanæs, il visite une vingtaine de navires dont « *plusieurs avaient besoin de voiles, de cordages et que je leur donnai après m'être assuré toutefois qu'il y avait urgence réelle* ».

En 1854, Barladier du Mas déclare qu'il lui est impossible d'acquitter toutes les réparations. Il signale en avoir fait faire d'importantes à plus de 20 bâtiments et « *nous avons dû consommer pour eux non seulement tout ce qui nous est donné à cet effet à notre départ, mais encore beaucoup d'objets de notre propre approvisionnement* ».

Cette aide matérielle est le maximum que peut entreprendre la marine royale. Quand l'ouragan survient, il ne reste plus au stationnaire qu'à compter les pertes. En 1844, au début de la campagne, quatre navires sont perdus.

En 1854, Barladier du Mas rend compte de deux pertes totales : l'« *Occasion* » de Paimpol et la *Marie de Dunkerque* qui se perdent dans les mêmes circonstances : au mouillage, leurs ancres et leurs chaînes n'étant pas assez fortes.

Chose curieuse, notre capitaine de frégate insiste longuement sur ces naufrages, en soulignant « *la facilité avec laquelle les capitaines et les équipages abandonnent leurs navires (...). Dès que le navire est échoué, chacun s'occupe de ses effets. Les hommes de la Marie (...) n'avaient rien perdu (...) ils ne s'occupent pas le moins du monde, des navires qui, la plupart du temps, pourraient être renfloués par leurs propres moyens (...). Ils pourraient donc travailler avec succès à sauver leur navire : mais non, il est assuré souvent pour une somme bien plus considérable que sa valeur et ils hâtent de faire abandon du navire (...) sachant très bien cependant que, dans ce pauvre pays, tout sera vendu à vil prix* ».

Et le militaire de conclure : « *Je ne m'explique pas une pareille conduite* ». Cependant, il n'est pas à une surprise près : la conduite des équipages l'interpelle aussi.

L'ETAT DES EQUIPAGES

Les conditions de vie des équipages font partie des préoccupations majeures des commandants de la station, aider ces hommes, les soigner, les secourir, ou tout simplement les sauver au cas échéant. Cela n'exclut pas, non plus, une surveillance de leur part concernant leur discipline, vision militaire oblige et aussi idée de l'époque, il faut moraliser le peuple. La mutinerie est un phénomène décrit comme banal et le plus souvent associé au problème de l'alcoolisme.

D'Estremont de Maucroix insiste en premier lieu sur le caractère tout à fait particulier de la pêche à Islande pour l'expliquer : « *Ce métier (...) qui s'exerce ici, ne peut attendre de la plupart des hommes (...) aucun sentiment raisonnable ou généreux. Quand l'ivresse vient encore à s'ajouter, arrive un désordre affreux, ce qui lui laisse quelques doutes sur le genre de mort des hommes qu'on dit tombés à la mer. Il faut interdire de distribuer en une seule fois (...) la ration de genièvre de toute une semaine* ».

Mais les capitaines sont aussi coupables que leurs hommes : le lieutenant de vaisseau pare donc au plus pressé : punitions sévères en fonction du code militaire, mais il est peu soutenu par les capitaines qui se retrouvent seuls ensuite devant leurs équipages. Les choses laissent encore beaucoup à désirer en 1843. Nous ne trouvons aucune plainte à ce sujet en 1844. En 1854, Barladier du Mas indique, sans commentaire, que des « *faits d'indiscipline qui se sont passés à bord de la « Louise » sont de nature la plus grave et nécessitent la répression la plus sévère* ».

Le rapport du stationnaire insiste sur les mauvais armements qui mettent en péril la vie des équipages, cela concerne aussi bien la valeur des hommes que la qualité du matériel. L'*Eugénie* de l'armateur Derycke est exemplaire sur ce point. Dès le 20 juillet, le navire est dans un grand dénuement : à peine trois mois de vivres pour une campagne de six à sept mois !

Les officiers remarquent aussi que le niveau intellectuel des équipages est très faible : en 1843, à bord de l'*Eugénie*, la mort du capitaine n'est pas constatée, mais l'officier a soin d'ajouter qu'*il était impossible qu'il en fut autrement, il ne restait personne à bord qui sut écrire* sur un équipage de 12–15 marins ! De ce fait, les procédures administratives ne sont pas respectées : les journaux de bord mal tenus. Dans ces conditions, météorologie épouvantable, équipages peu brillants, navires vulnérables, tout accident prend immédiatement des proportions catastrophiques et explique partiellement le bilan funèbre des années 1835–1839.

Revenons à l'*Eugénie* dont le capitaine s'est soi-disant suicidé et où le second est incapable de le remplacer dans la mesure où il a l'habitude de naviguer « *autrement qu'en vue de terre* ». Le stationnaire est alors obligé de confier le commandement de la corvette à un de ses hommes pour le retour à Dunkerque.

Il est inutile d'insister sur le laxisme, parfois criminel, de certains armateurs, mais, chose beaucoup plus grave, les rapports des stationnaires se suivent et se ressemblent. Jusqu'à la fin du XIX^e siècle, ils n'assistent à aucun progrès sur les faits qu'ils dénoncent. Chaque année, le ministre de la Marine envoie un rapport résumant les interventions du chef de station à la Chambre de commerce qui elle-même procède à une réunion d'armateurs à Islande. Il est à constater que rien ne transpire, que le public et la presse locale sont laissés dans l'ignorance. La justice n'a pas son mot à dire. Une seule affaire arrive au grand jour lors de l'audience du 25 avril 1829 de la cour d'assises et transcrite dans le *Journal de Dunkerque* qui ne fait que copier un article du *Mémorial de la Scarpe*, imprimé à Douai. La cour s'est prononcée sur le meurtre d'un novice de 19 ans, Joseph Vitaille, embarqué sur le sloop le *Jeune Jean Bart* commandé par le capitaine François Brauw. Devenu le souffre-douleur de deux marins, il décède le 3 août après quatre mois de brimades, puis de tortures avec la complicité du capitaine et le silence du restant de l'équipage qui avoue le forfait après la campagne.

À l'orée du XX^e siècle, l'État multiplie les lois et décrets sur l'armement des navires, donnant ainsi aux stationnaires une base légale à des interventions qui jusqu'à présent n'avaient qu'un caractère facultatif. Dans ce contexte, les rapports avec les armateurs s'aigrissent au point que ces derniers contestent publiquement les allégations du stationnaire. « *Au nom de tous les armateurs, je proteste de la manière la plus énergique contre le rapport du commandant de la « Manche » concernant l'armement de nos navires et l'état d'insalubrité du poste d'équipage (1896)* ». Ce même armateur, à propos de la déclaration d'innavigabilité d'un de ses navires par le stationnaire, s'estime *victime d'un abus de pouvoir et de l'incompétence bien démontrée de la commission du « Lavoisier » et réclame des dommages et intérêts*⁵⁴.

En revanche, huit ans auparavant, quand sept navires sont perdus avec 165 hommes, les autorités locales auraient tout fait pour interdire la circulation d'une complainte en flamand dénonçant *les riches avarés qui êtes nés dans la fortune acquise sur tant de souffrances*⁵⁵.

Mais une bonne part de ces souffrances provient de la consommation excessive d'alcools sur les navires. En dépit de la réglementation qui porte sur la part officielle, les armateurs ferment les yeux sur ce que les pêcheurs emportent à titre individuel. Les conditions de travail étant ce qu'elles sont, l'alcool devient un véritable fléau, qui à l'inverse de ce qui se passe à Paimpol, ne sera jamais dénoncé. Un bel exemple de cette conspiration du silence nous est fourni par les faits qui suivent.

Le 15 juin 1854, le journal l'Autorité écrit : « *Hier, le « Saint Jean-Baptiste » est entré à la marée du soir, et les marins de ce navire se sont transportés aussitôt à la chapelle N.-D. des Dunes où ils sont restés longtemps prosternés devant l'image de la Mère de Dieu. Ils la remerciaient de les avoir sauvés (sic) des périls qu'ils n'ont cessé de courir pendant leur navigation. En effet, des 11 hommes qui composaient l'équipage, six seulement sont revenus. Le capitaine, le second et trois matelots ont été enlevés par un coup de mer et si les six autres n'ont pas éprouvé le même sort, c'est qu'ils ne se trouvaient pas sur le pont à ce moment* ».

Ce récit est exact, mais il faut attendre encore deux ans pour que le rapport du commandant du stationnaire apporte de bien dramatiques précisions.

Ce bâtiment reçut à bord une lame qui lui enleva le patron et quatre hommes. Le fils du patron, mousse de 15 ans, ayant pu saisir son père en crochant une gaffe dans sa chemise de laine, le pauvre enfant sentait l'étoffe se déchirer, il appelait de toutes ses forces, tous étaient ivres, personne ne vint et le patron disparut. Le stationnaire avait recueilli à chaud le témoignage de l'adolescent, probablement plongé dans un état d'hébétude complète. Jamais la presse locale ne se fit l'écho de cette tragédie et bien entendu personne ne fut inquiété dans cette affaire. Tout porte à penser que l'alcool a dû bien souvent jouer un rôle dans la disparition de certains capitaines.

CONCLUSION

À travers ce survol de deux siècles et demi, nous constatons plusieurs cas de figures qui nous sont souvent familiers :

⁵⁴ J.-P. MÉLIS, *Grande pêche. Goélettes flamandes à Islande*, Chasse-Marée, 2006, p. 57.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 175.

* L'installation de l'amirauté française entre dans un schéma très classique, celui de l'affirmation de l'état absolutiste qui rogne les ailes de la traditionnelle autonomie municipale. Mais, dans le cas présent, le conflit atteint un degré qui n'a cours nulle part ailleurs dans le royaume, car nous avons affaire d'une part à une ville flamande habituée à ses libertés urbaines, et d'autre part à un foyer corsaire où la violence est monnaie courante.

* La fraude est consubstantielle au commerce, surtout en zone frontière. En 1711, la Chambre de commerce est totalement coupable de ce point de vue, avec circonstances aggravantes, de commerce avec l'ennemi. Elle réussit même à faire condamner le malheureux par qui le scandale arrive. Qui plus est, ni l'amirauté, ni le bureau des traites n'interviennent dans la mesure où le poste de procureur de la première et de juge de la seconde sont dans les mêmes mains d'une personne soumise aux pressions de la Chambre de commerce. Le contrôleur général le sait pertinemment mais, en 1712, sa priorité est de gérer au mieux l'occupation du port par les Anglais, puis sa destruction.

* Les Dunkerquois ayant pris l'habitude d'interpréter les ordres du Roi, la volonté d'un ministre pèse peu. Le maréchal de Castries s'en rend vite compte en 1785 en constatant les énormes retards des versements des prises aux marins et des sommes dues à la caisse des Invalides. Qu'il soit obligé de sévir auprès d'armateurs indécents, c'est chose on ne peut plus normale, mais découvrir les malversations des deux trésoriers successifs de la Marine, l'est moins, et de faire finalement démissionner le commissaire général trop impliqué, ne l'est pas du tout.

* L'amirauté est devenue la citadelle, la Bastille à abattre. La Chambre de commerce lui refuse toute information sur le scandale de la baraterie et l'affrontement s'exacerbe en 1789-1790 quand le dernier procureur du siège fait tout son possible, en particulier en créant la garde nationale pour empêcher le monde négociant de faire main basse sur la cité. Peine perdue...

* Le XIX^e siècle voit le triomphe de la bourgeoisie d'affaires qui réalise ses ambitions au large de l'Islande, faisant fi de toute règle, de toute législation, fût-elle la plus légère. Si la Marine nationale peut dresser, en toute indépendance, la liste sans fin des infractions, jamais le commissaire des affaires maritimes et encore moins les tribunaux n'interviendront dans ce Far West nordique.

Ces cinq exemples mettent en évidence plusieurs singularités qui comptent dans la longue durée.

* La place de l'État dans la gestion du délit maritime.

* La difficile affirmation d'un État vis-à-vis d'une mer toujours plus lointaine, et sa relative impuissance envers les camarillas locales.

* Les contradictions d'un État trop polymorphe : les instances militaires s'opposant aux instances civiles, elles-mêmes en concurrence, d'où les possibilités de chantage des uns envers les autres.

* La radicalité des solutions : le plus fort gagne.

En conséquence, le droit n'est plus la norme. Il s'applique d'une manière curieusement élastique. Au mieux c'est un outil permettant de contourner les règles juridiques, au pire il concourt à sa disparition dans les faits.

Aussi, quand nous ouvrons un dossier de procès maritime, nous savons être en présence de la partie émergée de l'iceberg, à l'instar des juridictions terrestres. Mais c'est en amont que les choses semblent différer profondément, l'infra judiciaire, la composition compte beaucoup sur le plancher des vaches, alors qu'elle ne compte pour rien sur mer, puisque cette dernière se charge de faire disparaître les preuves.

FORMEN DER KONFLIKTLÖSUNG IM HANDELS- UND SEERECHT IN NÜRNBERG, HAMBURG UND LEIPZIG ZWISCHEN 1500 UND 1800

KARL OTTO-SCHERNER

Universität de Münster, Allemagne

Mein Beitrag zum Gesamtthema befaßt sich mit der Frage, welche Gerichte im frühneuzeitlichen Deutschland, also etwa zwischen 1500 und 1800, für kaufmännische Streitigkeiten zuständig waren, ob etwa eine besondere Gerichtsbarkeit vorhanden war, sowie, ob die Behandlung kaufmännischer Streitigkeiten vor ordentlichen Zivilgerichten besonderen Regeln folgte. Eine Zäsur gegenüber den mittelalterlichen Verhältnissen ergibt sich - jedenfalls für den deutschen Teil des Alten Reichs - allein schon daraus, daß die spätestens im 15. Jh. einsetzenden Reformen der Organisation des Gemeinwesens auch für die Gerichtsbarkeit nicht ohne Folgen blieben. Schauplatz der Reformen waren die Territorien und die Reichstädte. Neben den bisherigen Lösungen drängte nun vermehrt das als Kaiserrecht rezipierte römische Recht in der Gestalt des römisch-kanonischen, im Mittelalter entwickelten Prozesses in den Vordergrund, der grundsätzlich von drei Instanzen ausging und so auch die Gerichtsverfassung prägte. Bei diesem Entwicklungsprozeß kamen als Akteure neben den Kaufleuten als den unmittelbar Betroffenen und der politischen Führung nun die am römischen Recht geschulten Juristen hinzu.

Meine Betrachtung, die sich auf die wichtigsten Punkte beschränken muß, beginnt mit der Skizzierung der Sicht des Problems einer besonderen Handelsgerichtsbarkeit durch einen zeitgenössischen Autor. Anschließend wird die Entwicklung in drei der damals wichtigsten deutschen Handelsplätze auf der Grundlage des bisherigen, teilweise unbefriedigenden Forschungsstandes dargestellt. Hierbei steht die Reichsstadt Nürnberg im Mittelpunkt, von der behauptet wird, sie sei „die Wiege des deutschen Typs des Handelsgerichts“, an dem neben Laienrichtern auch gelehrte Richter urteilen. Dabei gehe ich jeweils auf Parallelen oder Abweichungen in der freien Reichsstadt Hamburg, dem wichtigsten Seehandelsplatz, sowie in der kursächsischen Messestadt Leipzig ein. Schon aus Zeitgründen kann ich auf weitere, noch in das Mittelalter hineinreichende, in der Regel von weniger bedeutenden Plätzen erhaltene Formen wie Hans-, Wett- und Gastgerichte oder die neuen Wechselgerichte nicht eingehen.

Der auf dem Gebiet des Handelsrechts bedeutendste deutsche Jurist der frühen Neuzeit, der Lübecker Bürgermeister Johannes Marquard (1610 – 1668) hat sich in seinem 1662 erschienen, in ganz Europa beachteten „Tractatus politico-iuridicus de iure mercatorum et commerciorum singulari“ mit unserem Thema befaßt. Er beginnt, ganz im Sinn der mittelalterlichen Konsulargerichtsbarkeit, mit der Feststellung, daß die Kaufmannskollegien wie andere Berufszusammenschlüsse ihre Richter wählen können, daß dies freilich keine Exemption von der *iurisdictio ordinaria* bedeutet. An Beispielen zeigt er, daß es hier ganz unterschiedliche Formen der Koexistenz gab und knüpft dabei an den schon von den Legisten geführten Meinungsstreit in dieser Frage an. Tenor ist freilich, daß es ganz von der Obrigkeit abhängt, wie stark die Stellung der Konsulargerichtsbarkeit, also ihr Kompetenzbereich ist – eine eindeutig absolutistische Position. In dem anschließenden ausführlichen Überblick vor allem über die damaligen in Süd- und Westeuropa vorhandenen, von Marquard im weitesten Sinn der kaufmännischen Gerichtsbarkeit zugerechneten Einrichtungen erwähnt er u.a. einschlägige Edikte der französischen Könige, auch das 1560 begründete kaufmännische Schiedsgericht in Paris. Angeführt werden auch die im 17. Jh. in Antwerpen begründete Börse mit ihren Rechtssprechungsbefugnissen oder die Gerichtsprivilegien englischer Kaufleute in Hamburg. So sehr das alles als Rechtswirklichkeit dargestellt wird, so selbstverständlich werden die anschließend aufgelisteten Amtspflichten der Consules den gemeinrechtlichen Vorstellungen über Rechtsanwendung und Prozeßführung unterworfen. Hierzu gehört zunächst die, daß in kaufmännischen Streitigkeiten die *aequitas* Vorrang hat, und es deswegen in der *Curia mercatorum* unzulässig ist, *de apicibus iuris disputare*. Allerdings müsse sich die *aequitas* am Recht orientieren.

Unerlaubt sei die im eigenen Kopf produzierte, sozusagen selbstgemachte Gerechtigkeit. Vor allem dürfe nicht gegen geschriebene Rechte verstoßen werden. Zweitens: Die richterlichen Regeln und Tugenden, die sich auf das Verfahren beziehen, etwa was die Anhörung der streitenden Parteien angeht, sind einzuhalten. Ihren Entscheidungen müssen sie, drittens, die mores und consuetudines der Kaufleute zugrundelegen so, wie jeder Richter, der das Gewohnheitsrecht und die Statuten beachten muß. Weil die Consules ihre consuetudines besonders gut kannten, würden an einigen Handelsplätzen Pareres verfaßt, auf Anfrage erteilte kaufmännische Gutachten. Es sei wünschenswert, wenn an jedem Handelsplatz eine solche Einrichtung geschaffen würde. Da aber, so fährt Marquard fort, solche sehr selten seien, vor allem in Deutschland, empfehle er den Kaufleuten, um ihre Streitigkeiten abzukürzen, besser die ordentlichen Gerichte anzurufen. Viertens, und das ist das Fazit: Die Kaufleute und ihre Consules sollen, wenn es nötig ist, Iurisconsulti und erfahrene Männer konsultieren. Wenn leichtfertige Kaufleute oder deren Consules täglich nur rufen würden: Stylus, stylus, aequitas, aequitas, conscientia, conscientia sei keine aequitas cerebrina zu erwarten. Marquard äußert damit grundsätzliche Zweifel an der Eignung zum Richter durch bloße Zugehörigkeit zu einem Beruf oder Stand. Auch wenn er sich hier ebenfalls auf zeitgenössische Autoren beruft, die sich zum Teil sehr drastisch ausdrücken, muß man davon ausgehen, daß er auch aus eigener Erfahrung spricht. Gerade deshalb ist die Hochschätzung bemerkenswert, die er den kaufmännischen Laienrichtern entgegenbringt, die sich an dem erwähnten Pflichtenkodex orientieren, insbesondere durch Anfertigung der erwähnten Pareres. Marquard spricht also nicht nur für sich, wenn er eine kaufmännische Sondergerichtsbarkeit nicht nur für akzeptabel, sondern auch für wünschenswert hält, freilich nur bei dem geforderten Niveau. Andernfalls empfehle sich - wie schon gesagt - der Gang zum ordentlichen Gericht.

Im Hinblick auf das iudicium mercatorum summarium, den summarischen, also abgekürzten Prozeß, den Marquard anschließend ausführlich behandelt, ist für uns einmal wichtig, daß er „summarisch“ nicht nur so definiert wie die Kanonisten und Legisten, sondern er zählt untechnisch auch unterschiedliche Verfahrenspraktiken wie die des Gastgerichts, des seerechtliche Grundsatzes levato velo, aber auch jüngere Erscheinungsformen dazu, auf die ich gleich zu sprechen komme. Zum anderen führt er Beispiele dafür an, daß auch ordentliche Gerichte bei kaufmännischen Streitigkeiten von den Regeln des römisch-kanonischen Prozesses abweichen.

Zunächst Nürnberg. Die Nürnberger Reformation von 1479 gilt als „Pionier“ des neuen, das Gemeine Recht der Zeit aufnehmende und in seiner wissenschaftlichen Haltung moderneren Typus der Gesetzgebung deutscher Städte und Territorien. Die Reformation bezieht sich in erster Linie auf das Stadtgericht, das grundsätzlich für alle Streitigkeiten zuständig ist. Besetzt war es mit dem Stadtrichter als Vorsitzendem sowie Schöffen als Urteilssprechern sowie Doktoren als Beisitzer. Gegenüber Urteilen des Stadtgerichts konnte beim Rat appelliert werden. Ein Sondergericht für Kaufleute sah die Reformation nicht vor. Das heißt nicht, daß das Interesse der Kaufmannschaft an einem raschen und unkomplizierten Prozeß oder einer schnellen Vollstreckung gänzlich unbefriedigt geblieben wäre. So hat die Reformation mittelalterliche Regeln über prozessuale Rechte und Pflichten der „Gäste“, also Fremder, also auch für durchreisende Kaufleute beibehalten. Klagt ein Gast gegen einen Bürger vor dem Stadtgericht, so unterliegt dieser nicht nur einer kürzeren Ladungsfrist, sondern es soll auch summarisch verfahren werden. Auch in der Reihenfolge der Sachen sollen die Gäste bevorzugt werden. Unter Umständen galt dies auch, wenn sich die Klage gegen einen anderen „Gast“ richtete. Ist so die Institution des mittelalterlichen Gastgerichts, wenn auch nur bis zu einem beschränkten Streitwert, als besondere Verfahrensform vor dem Stadtgericht erhalten geblieben, so gilt das nicht für eine andere Möglichkeit eines beschleunigten Verfahrens, der Zuständigkeit des Bürgermeisters in bestimmten Fällen. Dieses Amt, das im Rahmen des Demokratisierungsprozesses in den Städten, vor allem in den Reichsstädten an die Spitze der Administration, also des Rats getreten war, wurde zu Beginn des 15. Jh. in Nürnberg vom älteren Bürgermeister als Leiter der Verhandlungen im Rat bekleidet, während der jüngere mit Vorbereitungs- und Unterstützungsmaßnahmen betraut war, wie mit der Entgegennahme von Eingaben. Sachen von geringer Bedeutung erledigte er selbst. Aus dieser Tätigkeit entstand allmählich eine selbständige Justizbehörde, die für alle strittigen Bagatellsachen zuständig war. Hat ein Bürger eine Forderung gegenüber einem „Gast“ so hat er die Möglichkeit, den Gast oder dessen Gut zu Sicherungs- oder Vollstreckungszwecken „verhaften und verbieten zu lassen“, zunächst durch den Gerichtsboten (Fronboten) später nur durch den Rat oder den Bürgermeister. Auch dies dürfte eine Aufzeichnung bestehenden Rechts sein, des sog. Fremdenarrests. Das gleiche stand dem „Gast“ wegen einer Forderung

gegen einen wegen Schulden flüchtigen Bürger zu, als Sicherung für den Fall der Verurteilung in einem nachfolgenden Prozeß, eine Form des sog. Fugitivenarrests. Die Zuständigkeit des Bürgermeisters reichte für eine Vollstreckung auch dann aus, wenn der Kläger, der auch ein Gast also ein auswärtiger Kaufmann sein konnte, vor diesem klagte und der Schuldner seine Schuld bekannte. Dieses gerichtliche Geständnis als Grundlage eines vollstreckbaren Urteils des Bürgermeisters findet sich bereits im Italien des 13. Jh. Mit Recht hat man in diesem „Bürgermeisterprozeß“, den es auch in Augsburg und Frankfurt gab, mit Recht einen „Ersatz für eine eigene Handelsgerichtsbarkeit“ gesehen.

Im Übrigen folgt der reguläre Zivilprozeß vor dem Stadtgericht noch der mittelalterlichen Tradition der Mündlichkeit, dem die Formalitäten des römisch-kanonischen Prozesses fremd waren.

Die Einrichtung des Reichskammergerichts 1495, also die Schaffung einer neuen Appellationsinstanz bedeutete für das Verfahrensziel einer möglichst raschen Konfliktlösung ein neues Risiko. Die Möglichkeit, sich durch ein kaiserliches Privileg davon befreien zu lassen, hatte Nürnberg umgehend angestrebt. 1508 erhielt die Stadt, auch durch Einsatz finanzieller Mittel, von Kaiser Maximilian I ein Privileg, nach dem nicht nur, wie auch in Privilegien für andere Reichsstädte, für die Appellation am Reichskammergericht ein Mindestappellationssumme (hier 600 Gulden) festgelegt wurde, sondern die Appellation in Kaufmannssachen völlig ausgeschlossen wird. Darüber hinaus sollen die Prozesse der Kaufleute (Kauf, Rechnung, Gesellschaft) an den Nürnberger Gerichten in deren Interesse „summarie“ behandelt werden, wie sich „nach des Kaisers Satzungen und des Reichs beschriebenen Rechten“ gebühre. Außerdem sei niemand geschickter zu entscheiden als die „verständigen“ Kaufleute selbst.

Damit sind aber die Möglichkeiten der Konfliktlösung unter Kaufleuten in Nürnberg in der ersten Hälfte des 16. Jh. noch nicht vollständig erfaßt. Es gibt Anhaltspunkte, daß sich die Kaufleute selbst geholfen haben. Der Autor eines 1654 erschienenen Traktats zum Wechselrecht, berichtet, daß in Frankfurt, wo es „keinen absonderlichen Magistrat“ gebe, der „die zwischen ihnen fürfallenden Streitigkeit sua autoritate erörtern dörrfte“, also kein besonderes Handelsgericht, sich die Kaufleute stattdessen ohne Einschaltung des Rats, „absque strepitu iudicii“ selbst um eine Lösung „per modum compromissi“ bemühen würden. Mit compromissum hat man den Schiedsvertrag bezeichnet, in dem sich die Parteien einem Schiedsrichter unterwerfen, der hier auch ein Kaufmann ist. Gelingt dies nicht, so werde „per modum deputationis vel commissionis“ eine Lösung gesucht, also auf dem Wege über vom Rat beauftragte Schiedsrichter, die dann allerdings wegen oft fehlender Kenntnisse in „des Kauffmans Styli“ „unparteiliche Parere oder Kauffmansbelehrung,“ also Handelsgutachten heranzögen. Warum sollte es in Nürnberg nicht genauso gewesen sein? Jedenfalls enthält die revidierte Reformation von 1564 einen neuen Titel „Von Compromissen, Hindergengen und Anlassen“, der den „einheimischen“, in der süddeutschen Region überlieferten Grundsätzen folgt: Verbindlichkeit der formlosen Schiedsvereinbarung, die Parteien können Rechts- oder Billigkeitsentscheidung vereinbaren, Rechtsmittel sind ausgeschlossen, und der Schiedsspruch ist vollstreckbar, allerdings durch Einschaltung des ordentlichen Gerichts. Wenn die zum raschen Handeln verpflichteten Richter die ihnen gesetzte Frist nicht einhielten, wurde der Schiedsvertrag hinfällig. Als erstes Zwischenergebnis läßt sich festhalten: Am Beispiel der Nürnberger Reformationsgesetzgebung des 15. und 16. Jh. sowie Parallelen in anderen Städten und Territorien wird sichtbar, daß sich trotz der in Süddeutschland stärkeren Romanisierung für Kaufleute wichtige Gerichts- und Verfahrensformen gehalten haben: die prozessuale Privilegierung von Fremden in der Tradition des Gastgerichts, der Exekutionsprozeß und das Schiedsgericht.

Seit der Mitte des 16. Jh. zeichnet sich mit der Entstehung von Börsen an wichtigen europäischen Handelsplätzen eine neue Entwicklung ab. Börsen waren Zusammenkunftsorte von Kaufleuten, an denen Fernhandelsgeschäfte abgeschlossen wurden und die teilweise auch schiedsgerichtliche Funktionen erlangten, eine Entwicklung, die in Antwerpen begonnen hatte. Dem könnte entsprechen, daß 1560 in Nürnberg auf Ersuchen der Kaufleute diesen vom Rat erlaubt wurde, den Markt abzuläuten, sowie eine Marktordnung erlassen wurde, die von fünf Kaufleuten „Marktvorsteher“ oder „Marktvorgeher“ (Marktherren) überwacht wurde, denen zwei Vertreter des Rats zugeordnet wurden. Ebenfalls noch im 16. Jh. wuchs den Marktvorstehern noch eine weitere Aufgabe zu, die Beaufsichtigung des damals zwischen den Handelsplätzen neu eingerichteten Fracht- und Botenwesens, die später auch Jurisdiktion in diesem Bereich einschloß. Damit hatte der Rat, der sonst gerade in Nürnberg auf Erhaltung seiner Macht und Kompetenzen bedacht war, die Kaufmannschaft eingeschaltet und ihr sogar richterliche Befugnisse eingeräumt. Das gilt auch für die Bewältigung einer der größten Krisen für den frühneuzeitlichen Handel,

der Währungskrise infolge der sog. Münzverschlechterung. Die dadurch verursachte Veränderung von Wertrelationen der Münzen führte zu Preissteigerungen, die den Handel verunsicherten. Man sah das Heil in der Kontrolle eines obligatorischen bargeldlosen Zahlungsverkehrs über eine Bank. Im Sommer 1621 wurde in Nürnberg eine Girobank eröffnet nach venezianischem Vorbild. Nach der für sie maßgeblichen Bankoordnung sollten alle Handelszahlungen sowie Depositengelder über 200 fl. über Banko erfolgen. Mindestens die Hälfte der Einlagen sollte in guten Münzen erfolgen. Besetzt war das Bankoamt wiederum mit Marktvorstehern sowie vom Rat „Deputierten“ und zwei Jurisconsulti. Auch die vom Banko herrührenden Streitigkeiten sollten dort beigelegt werden, damit, wie es heißt, der Rat von Ihnen verschont werde. Da es zu Kompetenzkonflikten mit dem Stadtgericht gekommen war, wurde 1624 außerdem dekretiert, daß alle Kaufmannsachen an das Bankoamt zu verweisen seien, wo sie durch summarische Cognition erledigt oder in Güte verglichen werden sollen. Bei der Entscheidung durch Cognition, einem abgekürzten Verfahren, waren die rechtsgelehrten Konsulenten nicht stimmberechtigt. Appellation gegen den Bancobescheid war nur beim Rat möglich. Verweisungen an das Stadtgericht waren nur zulässig für Zeugenvernehmungen oder andere Beweiserhebungen, oder wenn es um zweifelhafte Rechtsfragen ging. Anders als im Verhältnis zum Stadtgericht schloß die Zuständigkeit des Bankoamts nicht aus, daß die Parteien ihre Streitigkeiten bei den Marktvorstehern im sog. „Marktgewölbe“ gütlich beilegen. Dies und die vorhin erwähnte Aufnahme von Regelungen über Schiedsgerichte in die Reformation stützt die in der Literatur vertretene These, daß auch in Nürnberg das kaufmännische Schiedsgerichtswesen mindestens bis ins frühe 16.Jh. zurückreicht. Initiativen der Kaufmannschaft führten schließlich dazu, aus dem Bankoamt ein regelrechtes Handelsgericht zu machen, das nun auch die Beweisaufnahmen selbst vornehmen konnte. 1697 wurde die Banco- und Marktgerichtsordnung erlassen. Das an sich noch zuständige Stadtgericht wurde vom Rat angewiesen, Handelssachen an das Marktgericht zu verweisen. Prokuratoren und Advokaten der Nürnberger Gerichte konnten auch hier tätig werden. Es galten die Grundsätze des summarischen Verfahrens. Wurde die Klage schriftlich erhoben, so sollten die Parteien und ihre Anwälte höchstens zwei Schriftsätze wechseln und erklären, sich der Entscheidung des Gerichts zu unterwerfen. Als überflüssig angesehen Beweisangebote konnten abgelehnt werden. Da grundsätzlich ein Vergleich erwünscht war, empfahl sich das mündliche Verfahren, bei dem der Kläger, auch wenn er durch einen Anwalt vertreten war, persönlich anwesend sein mußte. Der Beklagte hatte darauf seine Einreden vorzubringen, denen dann Replik und Duplik folgten. Die Appellation an den Rat war zulässig, nicht jedoch an das Reichskammergericht. Gericht und Prozeßordnung wurden 1804 aufgehoben.

Als wirkungsvoll für die Konfliktlösungen unter Kaufleuten erwies sich auch eine andere Nürnberger Einrichtung: die Abfassung von schriftlichen Gutachten über kaufmännische Rechtsfragen, sog. Pareres, die von Juristen hochgeschätzt waren und deren Einholung von der Reichsgesetzgebung (1671) den Gerichten nahegelegt wurde. Die Marktvorsteher, also die gleichen Kaufleute, die dem Bankoamt und später dem Marktgericht angehörten, daneben auch als Schiedsrichter tätig waren, erstellten diese Gutachten auf Anfragen. Gelegentlich hat man noch zusätzlich sachkundige Kaufleute hinzugezogen. Zwischen 1629 und 1813 wurden 1126 Pareres erteilt, zu vielen kaufmännischen Rechtsfragen. Auftraggeber waren neben Juristen, Kaufleuten und Magistraten auch Gerichte. Die Anfragen kamen nicht nur aus deutschen Handelsstädten, sondern auch aus ausländischen, wie Genua, Venedig, oder Antwerpen, später auch aus England. Teilweise wurden die Gutachten auch in italienischer oder flämischer Sprache abgefaßt. Für die deutsche und europäische Geschichte des Handelsrechts sind sie von größter Bedeutung. Ihre bisherige Erschließung ist unzureichend.

Auch im frühneuzeitlichen Hamburg konnten Kaufleute ihre Konflikte vor ordentlichen Gerichten, Sondergerichten oder ganz ohne beide austragen. Gerichtsverfassung und Verfahren waren durch die Gerichtsordnung von 1603 umfassend geregelt und später teilweise revidiert. Das Niedergericht als unterste Instanz für zivilrechtliche Streitigkeiten war - wie das Nürnberger Stadtgericht - ursprünglich grundsätzlich für alle Handels- und Wechselsachen, auch Schiffs-, Fracht-, Versicherungs- und lange Zeit auch für Konkursachen zuständig. Ihm stehen ursprünglich zwei deputierte Mitglieder des Rats, die Rathmannen vor. Das Urteil wurde von den „Dingleuten“ gesprochen, zu denen neben Bürgern auch rechts- und gesetzeskundige Fürsprecher (procuratores) gehörten. Das Verfahren war zunächst wie schon im Spätmittelalter mündlich und öffentlich, die Parteien konnten auch ohne Fürsprecher ihre Sache selbst vortragen. Auf Verlangen der Bürgerschaft würde nun auch ein Jurist gewählt mit der Folge, daß auf diesen der Vorsitz überging. Später kam auch ein zweiter Licentiat oder Doktor hinzu. Das Vertrauen

des Publikums in das gelehrte Richtertum war also gewachsen. Wie in Nürnberg gab es besondere Zuständigkeiten in Bagatellsachen, von einem besonderen Streitwert an konnte auch das Obergericht angegangen werden. Tradierungen mittelalterlicher Sondergerichte oder -verfahren wie für die Gäste in Nürnberg scheint es in Hamburg aber nicht gegeben zu haben. Allerdings gab es örtlich oder personell beschränkte Sonderregelungen und Privilegien. So durften die englischen Merchant Adventurers, die Inhaber des Tuchmonopols auf dem Kontinent, von einem Hamburger Kaufmann nur vor dem Rat verklagt werden, mußten sich aber selbst als Kläger mit dem Niedergericht begnügen. Auch Hamburg hatte ein Appellationsprivileg erhalten (1553), das sich u.a. auf liquide und verbrieftete Forderungen beschränkte.

Hamburg gehörte zu den Reichsstädten und Territorien, die in der frühen Neuzeit dem Schiedsgerichtswesen dadurch eine besondere Bedeutung verliehen, daß sie die Durchführung eines Güteverfahrens zur obligatorischen Voraussetzung für die Erhebung einer Klage bei allen Hamburgischen Gerichten machten. In Seehandelsachen geschah das in Form des alten gewohnheitsrechtlichen „Dielenverfahrens“ vor den beiden Gerichtsverwaltern. Dieses glich zwar dem ordentlichen Prozeß, enthielt aber Merkmale des summarischen Verfahrens, u.a. die Verkürzung der Fristen sowie Bevorzugung der Mündlichkeit als Prozeßmaxime. Soweit ersichtlich, endeten diese Güteverfahren in Seesachen jedoch immer mit der Verweisung an das Admiralitätsgericht. Das Verfahren vor den Gerichtsverwaltern konnte auch durch ein Streitschlichtungsverfahren vor dem Hamburgischen Rat ersetzt werden. Anders war das Güteverfahren der sogenannten „guten Mannschaft“ einzuordnen. Zuständig nur für Versicherungssachen war es ein reines Schiedsgericht, bei dem die Parteien die „guten Männer“ wählen konnten. Es entspricht dem gemeinrechtlichen compromissum und mußte innerhalb von zwei Monaten abgeschlossen sein, bei sehr freier Gestaltung des Verfahrens. Die streitige Entscheidung in Assekuranzsachen aufgrund von in Hamburg abgeschlossenen Verträgen hatte sich der Rat vorbehalten. Verglichen mit der Entwicklung der Nürnberger Gerichtsverfassung und des Prozeßrechts war die Hamburgische Gesetzgebungspraxis bei gleichen Grundstrukturen also ungleich aktiver und reichhaltiger. So war früher als in Nürnberg in der frühen Neuzeit in Hamburg auch ein nur von Kaufleuten besetztes Gericht entstanden. Basis war der „mene Kopman“, ein Zusammenschluß von Flandern-, England-, Schonen- und Islandfahrern, also Fernkaufleuten. Ihm gestattete der Rat 1517, zusammen mit den beiden Zollherren des Rates „je zwei Olderleude“ zu wählen. Dieses, auch „Kaufmannsrat“ oder „Börsenalten“ genannte Kollegium sollte Handelsstreitigkeiten, auch Seesachen, als Schiedsgericht entscheiden. In schwierigen Fällen oder solche von öffentlichem Interesse sollten die Zollherren, Ratsmitglieder, zur Entscheidung herangezogen werden. Über die Tätigkeit der Börsenalten, ein mündliches Verfahren, ist aber nichts überliefert. Andererseits entstand hier nicht, wie in Nürnberg mit der Errichtung einer Börse und der Aufsicht der Kaufleute über das Botenwesen, eine von Kaufleuten wahrgenommener jurisdiktionelle Tätigkeit. Auch als man zur Bewältigung der Folgen der Münzverschlechterung wie in Nürnberg eine Bank gründete, waren in der Bankordnung keine Rechtssprechungsbefugnisse zu finden.

Es kam aber aus anderen Gründen zu einer tiefgreifenden Veränderung der Hamburgischen Gerichtslandschaft. Der westeuropäische Seehandel litt schon länger unter der Seeräuberei. Besonders seit 1621 nahmen die Kaperungen von Hamburgischen Schiffen durch nordafrikanische und türkische Korsaren zu, die ihre Raubzüge bis in den Ärmelkanal ausdehnten. Die Belastung der Wirtschaft bestand nicht nur im Verlust der Schiffe und Waren, sondern auch in den Kosten für den Loskauf der gefangenen Besatzungen. Wie auch anderwärts suchte man Abhilfe in der Einrichtung ständiger Admiralschaften, mit dem Zweck der Organisation bewaffneter privater Konvois. Im Juli 1623 wurden sechs Bürger und zwei Schifferalte, erfahrene Kapitäne im Ruhestand, vom Rat eingesetzt, die zusammen mit fünf Ratsmitgliedern die „deputierten Herren und Bürger der Admiralität“ bildeten. Die erlassene Admiralschaftsordnung regelte nicht nur die Organisation ständiger Admiralschaften, eines Admirals, Dinge wie Mindestbewaffnung und Finanzierung. Die Jurisdiktionsgewalt gewährte der Rat ebenfalls, und zwar nicht nur bezogen auf die Streitigkeiten zwischen Schiffen und Reedern, Besatzung und Befrachtern, sondern sie wurden noch ausgedehnt auf alle Seerechtsmaterien, für die bisher das Niedergericht zuständig war, sowie auf Versicherungssachen. Damit war eine die gesamten seerechtlichen Streitigkeiten umfassende, erstinstanzliche Zuständigkeit geschaffen. Das Gericht selbst war personell identisch mit dem Admiralitätskollegium. Den wechselnden Vorsitz führte einer von den zwei Bürgermeistern. Interessant ist der Anteil graduerter Juristen. Er betrug unter den Vorsitzenden des Admiralitätsgerichts im Durchschnitt 73%. Das entspricht dem Umstand, daß die Bürgermeister bereits

1643 alle graduiert waren. Von den übrigen vier Ratsherren sollte die Hälfte graduiert sein, die anderen Kaufleute mit Seehandelserfahrung. Von einem graduierten Ratsherrn mußten die Relationen und Entscheidungsvorschläge formuliert werden. Die Vertreter der Bürgerschaft im Admiralitätsgericht sollten erfolgreiche Kaufleute mit Erfahrung in „Seesachen“ sein, besonders im Italien- und Spanienhandel. Die Qualifikation der Schifferalten habe ich schon erwähnt. Mit Recht hat man davon gesprochen, daß dieses Berufungsverfahren dem „Fachkundeprinzip“ folge.

Für die Gerichtsverfassung und das Verfahren galt nach wie vor die Gerichtsordnung von 1603. Wie auch vor den anderen Hamburgischen Gerichten konnte jeder „Bürger oder Einwohner“, der mündig war, klagen oder verklagt werden. Fremde, Zugewanderte ohne Bürgerrecht, ebenso Juden, Frauen außer „Handelsfrauen“ mußten sich durch „Vormünder“ oder Curatores, vertreten lassen. Auch auswärtige Kaufleute ohne Wohnsitz in Hamburg waren nicht prozeß-, aber parteifähig. Prokuratoren spielten im Admiralitätsverfahren zunächst nur eine geringe Rolle, da der Prozeß durch den mündlichen Vortrag der Parteien bestimmt wurde. Sie mußten „rechtserfahren“ sein, sich also im Verfahrensablauf und den Antragsrechten der Parteien auskennen, nicht im Sinn materieller Rechtskenntnisse, und schon gar nicht Juristen sein, wie die Advokaten, die die Parteien außerhalb des Prozeßbereichs berieten. Die Advokaten waren in Admiralitätssachen außerordentlich fähig und haben durch ihre Schriftsätze sichtbar auf die materielle Urteilsfindung eingewirkt. Das Verfahren selbst enthielt Besonderheiten im Sinn einer Vereinfachung und Beschleunigung, ganz in der Tradition des Seegerichts als Gastgericht. So war ein Teil der Ladungsfristen verkürzt, das Nichterscheinen des Beklagten nach der zweiten Ladung führte zum Versäumnisurteil, die *litis contestatio* als Überleitung zum streitigen Verfahren wurde als formeller Akt immer mehr verdrängt, das Beweisverfahren erfolgte nicht gesondert, der Urkundenbeweis als präsenes Beweismittel wurde als prozeßbeschleunigend bevorzugt. Als Urkunden wurden vom Admiralitätsgericht auch die *Pareres* bewertet. Die Aktenversendung an juristische Fakultäten wurde 1711 im Interesse einer zügigen erstinstanzlichen Entscheidung ausgeschlossen. Anders als bei anderen Handelsgerichten blieb es nicht beim mündlichen Verfahren, sondern nach 1700 ging man zum schriftlichen Vortrag über. Auch die Beschränkungen der Einreden waren hier geringer. Gegen Beweisurteile oder Endurteile gab es verschiedene Rechtsmittel, die an Appellationssummen geknüpft waren, insgesamt aber weiter als bei anderen Seegerichten wie denen von Lübeck oder Bremen. Die Appellation war beim Obergericht möglich, nicht beim Reichskammergericht. Statt dessen war Revision beim Obergericht selbst zulässig. Zur Grundlage der Entscheidung bediente man sich oft der Aktenversendung.

Die Urteile und Protokolle des Admiralitätsgerichts sind ebenso wie die Verfassung und Prozeßordnung in jüngeren Untersuchungen gut erschlossen und ausgewertet. Die Rechtsprechung, deren Schwerpunkt im Seeversicherungsrecht liegt, berücksichtigt nicht nur hamburgisches und hansisches Recht, sondern wegen dessen Lücken von Anfang an das auf diesem Gebiet tonangebende niederländische Recht, angeführt von der *Ordonnantie van de Zeevaart* Philipps II von 1563 und den Assekuranzordnungen der niederländischen Städte, dann die *Ordonnance de la marine* von 1681. Bemerkenswert ist, daß das Admiralitätsgericht, das in der Regel eine gesetzliche Grundlage seiner Entscheidung zitiert, ausländische Rechtsnormen dem Gewohnheitsrecht oder *Usancen der See* vorzieht. Die ebenfalls herangezogene Literatur bildete eher eine ergänzende Entscheidungsgrundlage. Das Niveau der Rechtsanwendung hält jeden Vergleich mit der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung aus.

Das hamburgische Admiralitätsgericht hat in den fast zwei Jahrhunderten seines Bestehens die Entwicklung des See- und Handelsrechts erheblich beeinflußt. Aufgrund seiner Rechtsprechung ist nicht nur die eigene Gesetzgebung ergänzt und verbessert worden. Auch einzelne Richter haben durch Gesetzesentwürfe, Kommentare und Seerechtssysteme, in denen die gesamte europäische Seerechtsliteratur und -gesetzgebung verarbeitet wurde, ihren Teil dazu beigetragen. Die Bedeutung des Gerichts reichte aber noch darüber hinaus. Schon bald nach seiner Errichtung wurde es um seerechtliche Gutachten von Privatleuten angegangen, von ihm selbst als Admiralitäts- *Responsa* bezeichnet, die mit den kaufmännischen *Pareres* vergleichbar sind. Anders war es, wenn die Anfragen von anderen Spruchkörpern im Nord- und Ostseeraum kamen. Die erteilten Gutachten waren *responsa iuris* und beeinflussten unmittelbar die Rechtsprechung dieser Gerichte. Die dazu nötige Aktenversendung nach Hamburg hatte die gleiche Funktion wie die an Juristenfakultäten. Die von kaufmännischer Seite wiederholt geforderte, auch von Frankreich in diplomatischen Verhandlungen gewünschte Errichtung

eines zusätzlichen besonderen Handelsgerichts wurde mit dem Hinweis abgelehnt, die bestehenden Schiedsgerichte machten das entbehrlich, im übrigen gebe es in Hamburg genug Gerichte.

Auf die Leipziger Verhältnisse kann ich, schon aus Zeitgründen, nur kurz eingehen. Sie zu übergehen, wäre aber falsch, weil Leipzig nicht nur einer der großen Handelsplätze war, zu dessen Messe jährlich Tausende von Besuchern kamen, sondern weil dort noch vor Nürnberg, 1682, das erste Handelsgericht in Deutschland errichtet wurde. Außerdem handelt es sich hier um eine Landstadt, in der andere Machtverhältnisse als in einer freien Reichstadt oder einer Reichsstadt galten. Die Gerichtsverfassung war dort die übliche, es gab das Appellationsgericht in Dresden und als höchste Instanz das Oberhofgericht in Leipzig, und für Leipzig selbst das Stadtgericht, aus dem der berühmte Schöffentuhl hervorgegangen ist, von dem es übrigens auch Urteile in kaufmännischen Streitigkeiten gibt. Schöffen konnten auch als Schiedsrichter gewählt werden. Nach der Sächsischen Prozeß- und Gerichtsordnung von 1622 soll jeder Richter versuchen, einen Kompromiß zu erreichen. Als sich mit der Münzverschlechterung wirtschaftliche Krisen abzeichneten und das ohnehin durch den Dreißigjährigen Krieg beeinträchtigte Messegeschäft durch eine Pestepidemie vor dem Zusammenbruch stand, baten die Kaufleute den Kurfürsten von Sachsen u.a. um die Errichtung eines von Ratsmitgliedern und Kaufleuten besetzten Kaufmannsgerichts, das summarisch, ex bono et aequo entscheiden soll, schneller als die vorhandenen Gerichte, denn viele auswärtige Kaufleute würden bereits nichts mehr auf Kommission nach Leipzig verkaufen. Nach mancherlei Widerständen, insbesondere durch den Rat, der sich in seiner verfassungsmäßigen Kompetenz übergangen fühlte, wurde mit dem Hinweis auf das unanfechtbare Recht der Kaufleute, auf Verbesserung zu dringen, schließlich im Dezember 1682 die Neue Handels-Gerichts-Ordnung erlassen, in der dem Rat der Stadt Leipzig aufgetragen wird, ein beständiges, von den Stadtgerichten unterschiedenes Gericht zu errichten, bei dem allein die Handels- und dazu gehörigen Sachen zu verhandeln wären, und mit vier Deputierten, sowohl Kaufleuten als auch Juristen, zu besetzen. Von den Parteien muß mindestens auf der Beklagtenseite stets ein Kaufmann sein, auch ein durchreisender oder in Leipzig vertretener, oder der dort Vermögen besitzt. Anwälten werden nur nach Überprüfung zugelassen. Das Verfahren ist ein summarisches (kurze Ladungsfristen, Beschränkung der Einreden, Sanktionen bei Nichterscheinen vor Gericht, Zulässigkeit der Berufung nur bei Mindeststreitwert). Zum Prinzip des Summarischen und den richterlichen Pflichten gehört nach der Handelsgerichtsordnung insbesondere, in Abwesenheit der Advokaten die Parteien zu versöhnen und, wenn dies mißlingt, schleunigst zu entscheiden. Bei schwierigen Rechtsfragen soll der Schöffentuhl befragt werden. Das Gesetz, das mehrere vollstreckungs- und konkursrechtliche Fragen, auch solche des materiellen Handelsrechts, regelte und das mehrfach verbessert wurde, ist eine der inhaltsreichsten handelsrechtlichen Kodifikationen der frühen Neuzeit in deutscher Sprache, die auch die Tendenz der damaligen Fachliteratur wiedergibt. Es ist nicht nur von Zeitgenossen gelobt, sondern gegen Ende des 18. Jahrhunderts ausführlich kommentiert worden. Soweit ersichtlich, ist die Rechtsprechung dieses Gerichts noch nicht erschlossen. Die Leipziger Messe, deren Gefährdung zur Errichtung des Handelsgerichts geführt hatte, erfuhr jedenfalls im 18. Jh. wie andere Außenhandelsmessen eine neue Blüte.

FAZIT

Das Bild in den drei Städten ist unterschiedlich, weist jedoch deutlich gemeinsame Züge auf.

In allen drei Städten gibt es eine Koexistenz verschiedener Konfliktlösungsformen. Die ordentlichen Zivilgerichte, also in erster Linie die Stadt- oder Niedergerichte, sind wie im Grundsatz schon bisher für alle Bürger zugänglich, und damit auch für Handelssachen zuständig. Das gleiche gilt für Schiedsgerichte. Innerhalb dessen gibt es Sonderregeln, die insbesondere Kaufleuten zugute kommen und die ebenfalls eine Tradierung mittelalterlicher Formen darstellen. Durch die Vorschaltung eines obligatorischen Güteverfahrens ist die Bedeutung des Schiedsgerichtswesens sogar gestärkt worden. Auch hier gibt es für Kaufleute besondere Verfahren. Eine kaufmännische Sondergerichtsbarkeit, etwa nach dem Modell der mediterranen Konsulargerichte, gab es zunächst nicht; sie wäre auch ein Fremdkörper gewesen.

Zu Veränderungen ist es in allen drei Städten erst seit Beginn des 16. Jh. infolge von Krisen gekommen, in denen die Kaufleute Forderungen gestellt haben und die Administrationen die Hilfe der Kaufleute geduldet oder diese in Anspruch genommen haben. Das Ergebnis war jeweils die Errichtung

der neuen Form eines von Kaufleuten und Juristen besetzten Handelsgerichts. Dabei ist das Vordringen der Juristen auf der Richterbank nicht zu übersehen. Das reine Laiengericht jedenfalls, in der streitigen Gerichtsbarkeit, entsprach nicht mehr dem common sense, der offenkundig Professionalität forderte.

LES MODALITES DE REGLEMENT DES CONFLITS COMMERCIAUX ENTRE LA FRANCE ET
LES ETATS-UNIS AU TOURNANT DU XIX^E SIECLE : UN REVELATEUR DU
FONCTIONNEMENT DES RESEAUX MARCHANDS

SILVIA MARZAGALLI

Professeur d'Histoire moderne, Centre de la Méditerranée Moderne et Contemporaine, Université de
Nice-Sophia Antipolis
marzagalli@wanadoo.fr

L'indépendance des Etats-Unis met pour la première fois en relation les négociants français et américains. Dès lors, se pose la question de bâtir des relations commerciales entre maisons de négoce et de régler les conflits et litiges issus des échanges qui se structurent peu à peu.

Vers la fin des années 1780, Bordeaux émerge en tant que principal port français en relation avec la côte Est des Etats-Unis. Cette prééminence se confirme avec vigueur au cours des guerres révolutionnaires et impériales qui voient le port girondin s'affirmer incontestablement comme la plaque tournante de la navigation américaine avec la France, à une époque où les Etats-Unis bénéficient de leur neutralité pour s'accaparer d'une partie considérable des services de transport internationaux¹.

L'inexistence de toute relation suivie antérieure – les Américains avaient été jusque là assujettis aux règles dictées par la métropole anglaise, interdisant toute navigation directe entre les Treize colonies et les ports français situés sur les côtes atlantiques - et l'ampleur prise par les trafics entre Bordeaux et les Etats-Unis à partir des années 1790 permettent de s'interroger sur la manière dont les négociants français et américains de deux côtés de l'Atlantique essaient de prévenir l'apparition de différends avec les maisons installées en Amérique, et résoudre les conflits une fois que ceux-ci émergent.

Une littérature de plus en plus nourrie a souligné que les négociants d'Ancien régime rechignent à recourir en justice et préfèrent résoudre les divergences par voie d'arbitrage. D'après Oliver Williamson et la nouvelle économie institutionnelle, à chaque mode de gouvernance correspond une manière de régler les conflits. Le fonctionnement du négoce d'Ancien Régime, dans cette conception qui distingue le marché, le contrat et la hiérarchie en tant que modes de gouvernance des institutions économiques, repose sur le contrat : la négociation, la préparation et le suivi se fait entre des acteurs qui sont sur un pied d'égalité. Les litiges éventuels sont résolus essentiellement par arbitrage², une solution qui est parfois expressément prévue au moment de la fondation de leur société de commerce comme seule voie de recours admissible pour régler un différend entre les associés³.

En réalité, les sources nous renvoient à la coexistence de plusieurs modalités pour régler problèmes et divergences lorsque ceux-ci apparaissent. Un regard plus attentif aux modalités avec lesquelles les acteurs entrent en relation nous permet par ailleurs aussi de constater que le négoce met en place de mécanismes visant à limiter à l'avance le risque d'apparition des différends.

La destruction des archives du Tribunal de Commerce de Bordeaux nous empêche d'apprécier à sa juste mesure l'importance du recours judiciaire dans le règlement des conflits entre négociants bordelais et américains. Nous sommes donc obligés de nous appuyer sur les correspondances marchandes et les actes notariés, qui présentent l'avantage d'illustrer également les autres moyens de parvenir à un accord, par voie d'arbitrage ou directement. Le procès n'était en fait que le dernier recours, lorsque toutes les autres

¹ Silvia Marzagalli, « Establishing Transatlantic Trade Networks in Time of War : Bordeaux and the United States, 1793-1815 », dans *Business History Review* (Harvard), 79 (2005), pp. 811-844.

² Oliver Eaton WILLIAMSON, *Les institutions de l'économie*, Paris, InterEditions, 1994.

³ A.D.G., 3E Romegous, non côté, an X, 19 pluviôse X: acte de société entre Pierre Sauvage et Pierre Lagiraudais prévoyant la création, à partir du 5 pluviôse, de la raison de commerce Pierre Sauvage & Cie pour cinq ans. L'acte prévoit qu'en cas de différend sur une opération, la décision finale revienne à Sauvage; en cas de contestation, les associés s'engagent à avoir recours à l'avis des arbitres et à trouver une solution à l'amiable, renonçant à tout procès.

tentatives de résolution du conflit se terminent par un échec. S'attacher à l'étude de la mise en relation du négoce bordelais et du négoce américain à partir du moment où ces deux univers qui s'ignoraient jusque là largement se structurent en réseau permet en particulier de souligner que avant même de choisir entre arbitrage et voie judiciaire pour résoudre les différends, le monde du négoce dispose des mécanismes propres, inscrits dans ses modalités de structuration, qui lui permettent de réduire en amont le risque d'arriver à une situation conflictuelle.

I. PREVENIR LE CONFLIT : IDENTIFIER DES PARTENAIRES FIABLES ET BATIR UN RAPPORT DE CONFIANCE.

Lorsque les négoce bordelais et américain entrent en relation, les acteurs s'efforcent de repérer des partenaires fiables sur qui pouvoir compter pour organiser les échanges.

A. Repérer les partenaires fiables.

L'idée que je voudrais mettre en avant ici est que les modalités de gouvernance propre au négoce, son fonctionnement en réseau, constituent un filtre puissant limitant en amont l'avènement des litiges. En effet, les relations entre maisons de négoce ne se tissent que sur la base des garanties de sérieux et de fiabilité offerte par le monitoring constant qui d'opère au sein même des réseaux négociants dont la géométrie est en constante reconfiguration. Parents, amis, correspondants, capitaines, livrent à tout moment, dans leurs missives, des informations susceptibles d'assoir ou de détruire la respectabilité et le crédit d'un potentiel partenaire commercial. Le signalement par un négociant d'un dysfonctionnement survenu dans ses relations avec un autre négociant - c'est-à-dire d'un comportement de la part de ce dernier qui n'est pas conforme aux normes implicites qui régissent les affaires – permet aux autres négociants du réseau de limiter leurs contacts avec le négociant fautif, prévenant ainsi de déconfitures futures pouvant aboutir sur un litige. A l'époque de la quasi-guerre entre la France et les Etats-Unis à la fin des années 1790, la navigation entre Bordeaux et l'Amérique du Nord passe par exemple par l'intermédiaire des ports basques et s'appuie sur des négociants établis dans les ports ibériques. En écrivant à son correspondant bordelais Jean-Marie Lefébure, le négociant français Louis Crousillat, établi à Philadelphie, dénonce : « *Cette maison de La Goânere de La Corogne est je vous assure bien négligente*⁴ ».

Le réseau scrute de près aussi tout signe de possible défaillance. En écrivant de Bordeaux à ses armateurs du Rhode Island durant la Terreur, le capitaine américain Rodman atteste ainsi de la solidité de la maison de commerce américaine du consul Joseph Fenwick, établie à Bordeaux depuis 1787 : « *In the first place on my arrival there I informed myself of the standing of your old correspondents Messrs. Fenwick Mason & Co who are strong and I think a much better house than at present exist in that city*⁵ ». De même Louis Crousillat rassurait son correspondant bordelais quand à la solidité d'une maison française établie à Baltimore : « *Les mauvaises affaires à Hambourg ont occasionné de grandes faillites dans ce continent, Baltimore a souffert plus que tout autre place, cette ville est presque perdue en crédit, cependant je vous annonce avec plaisir que notre Ami Carrère est toujours bien ferme*⁶ ».

Ce monitoring quotidien permet à tous négociants de se faire une idée de la solidité des partenaires, mais aussi de pouvoir demander à ses correspondants le nom d'une maison de confiance sur une place où l'on ne connaît personne. Ainsi, en 1789, Stephen Dutilh, négociant d'origine bordelaise établi à Philadelphie, demande à Philippe Thieriot de Bordeaux des informations sur Pierre Queheille de Saint-Sébastien, qui lui a proposé une opération commerciale « *Comme nous n'avons jamais eu occasion de faire des affaires avec lui, vous nous fères [sic] plaisir de nous marquer s'il passe pour bon & solide*⁷ ».

Le choix d'une bonne maison, solide et réputée, est en soi un gage de réduction des risques de déconfiture dont les négociants sont parfaitement conscients. Lorsqu'il prodigue ses conseils à Dupré, frère d'un négociant bordelais, qui envisage expédier un navire de New York au Passage, le négociant

⁴ ADG, 3E 13093, 5 thermidor VIII, dépôt par Jean-Marie Lefébure d'une lettre de Crousillat, annexe, datée Philadelphie, 20.5.1800.

⁵ JCB, Brown papers, Ship Hamilton, V__H15, lettre du 25 février 1794 de l'Île de Ré.

⁶ A.D.G., 3E 13093, 5 thermidor VIII, dépôt par Jean-Marie Lefébure d'une lettre de Crousillat, annexe, datée Philadelphie, 20.5.1800.

⁷ LC, Dutilh & Wachsmuth, Box 1, copie de lettre, p. 73, lettre du 8.11.1789.

bordelais Lainé écrit : « *Consultez bien avant de prendre quelque parti ; il faut faire choix de bon ami & chercher à connaître la solidité des maisons auxquelles vous vous adresserez [...]. Les maisons de notre place sur lesquelles vous pourrez prendre des traites avec sécurité, après vous être assuré de la solvabilité et moralité du tireur, sont, Jona Jones, J.n Foussat, John Gernon, Bousquet & Anthoine, Hourquebie frères. Ces maisons font avec New York et Philadelphie. Je peux bien en oublier qqune [sic] mais je vous conseille de faire choix de celles que je vous nomme⁸ ».*

Si l'on ne se fie pas aux conseils des amis, un voyage de prospection peut permettre de rencontrer divers négociants et, en s'appuyant sur les informations recueillies de vive voix et à sa capacité de jauger les hommes, de sélectionner ceux qui semblent offrir le plus de garanties. Même dans ce cas, toutefois, l'appui du réseau est nécessaire : le négociant se présente souvent chez ses homologues étrangers avec une lettre de recommandation, qui assure un accueil plus chaleureux et enlève toute réticence face à un inconnu. Ainsi, le 30 avril 1801, la maison Rocquette, Beeldemaker & Co. de Rotterdam écrivait à la maison Brown de Providence pour leur présenter « *our friend D. Strobel* » de la Strobel & Martini de Bordeaux, « *who visits your country with the view to form respectable connections in your principal sea ports. We have therefore given him your address & beg leave to solicit your kind & hospitable courtesies & attentions to him during his stay, not doubting but this personal acquaintance will tend to establish a reciprocal confidential friendship⁹ ».*

Le réseau dans lequel le négociant est inséré lui permet donc non seulement de se procurer des informations mais aussi d'obtenir les appuis nécessaires au moment où il entre en relation avec un partenaire qu'il ne connaît pas personnellement – ceci à condition qu'il respecte lui-même les normes implicites qui règlent le jeu de l'échange et les rapports entre les acteurs économiques. Ces références sont nécessaires surtout si l'opération envisagée requiert une avance de fonds de la part du correspondant : les garanties offertes par le réseau permettent ainsi de créer une base de confiance entre les deux maisons.

Ainsi, après avoir adressé un ordre d'achat pour « *40 à 60 milliers de sucre de bonne qualité* » à Bruno Giraudeau, résident à la Nouvelle Orléans qui vient juste de passer sous souveraineté américaine, le négociant bordelais Lainé lui donne ordre de se prévaloir en tirant une traite sur lui ou en lui adressant la facture et connaissance pour règlement, et il ajoute : « *M. Larralde vous dira quelle confiance vous devez avoir en moi... Je n'ai pu faire passer des fonds pour vous nantir d'avance parce que les affaires sont si mauvaises chez vous qu'il y a à perdre beaucoup¹⁰ ».* Pour vaincre les dernières hésitations, Lainé ajoute qu'il serait « fâché » si son correspondant n'achetait pas parce qu'il ne lui accorde pas de crédit. Lainé n'est qu'un modeste commissionnaire se lançant à l'occasion dans des affaires de moyenne envergure à son compte. Les grandes firmes disposaient de moyens plus raffinés pour lever les hésitations de leurs commissionnaires, par exemple en les autorisant à tirer sur une maison connue de Londres ou d'Hambourg, ce qui montrait d'emblée au destinataire la surface positionnelle de leur correspondant et leur donnait toutes les garanties de solvabilité requises.

B. Bâtir un rapport de confiance.

Une fois établi le premier contact, de vive voix ou par correspondance, la prudence est de mise. Là aussi, il s'agit de tester le partenaire, de bâtir et consolider une relation de confiance, avant de s'engager dans des opérations d'envergure. Cette démarche, qui limite le risque, est un excellent moyen d'éviter de conflits majeurs : l'investissement de sommes conséquentes n'interviendra qu'après qu'on se soit mutuellement testé.

La démarche de Stephen (alias Étienne) Girard – un négociant d'origine bordelaise émigré aux Iles, puis à Philadelphie dont il deviendra l'un des premiers millionnaires – illustre les modalités déployées par les négociants de l'époque pour tester leurs nouveaux correspondants. En septembre 1792, Girard écrit à la maison Dierx, Bourgaillh & Cie à Bordeaux pour un problème relatif à l'héritage de son père et de sa mère. L'expéditeur précise avoir eu leur nom de Samatan de Marseille – qui tombera bientôt sous le coup de la guillotine – avec lequel Girard est en relation depuis plusieurs années. Après avoir détaillé tous les aspects de la question sur lesquels il souhaite l'assistance de la maison bordelaise, Girard termine sa lettre en demandant également l'envoi d'un prix courant qui pourrait l'induire à essayer une expédition¹¹.

⁸ BMBx, Ms 1041, Copie de lettres de H. Lainé, p. 17, à Dupré à New York, 22.12.1803.

⁹ JCBL, Brown Papers, Papers. European correspondents, P__E9, Box 109, folder 10. J'ai souligné en italique le passage fondamental.

¹⁰ BMBx, Ms. 1041, p. 191 v^o., Lainé à B. Giraudeau, à la Nouvelle Orléans, 30.11.1804.

¹¹ APS, Girard Papers, series II, bobine 122, lettre du 30.9.1792. Cette bobine contient la traduction anglaise réalisée au XX^e siècle des missives originales en français, devenues souvent illisibles. Basile Samatan fut guillotiné le

Lorsqu'Étienne Girard décide quelques mois plus tard à armer un navire pour Bordeaux – on est en avril 1793, soit juste après le début des hostilités – il écrit à la maison Bonnaffé frères et fils à Bordeaux pour leur faire part de son intention d'effectuer cette expédition et leur demander des informations sur les cours des denrées et sur le change à Londres, ainsi que des renseignements sur les conditions d'admission du sucre et du café de Saint-Domingue qui arriveraient de Philadelphie. Fin mai, le navire de Girard est prêt à prendre le large. Le 31 mai 1793, Girard écrit de nouveau à Bonnaffé, pour lui annoncer l'avoir choisi comme consignataires du Good Friends, en raison de la bonne réputation de sa maison. La cargaison est importante, car le tabac, coton, riz, cire et bois ont une valeur de 100 000 lt environ. Pour cette première expédition à Bordeaux – que la guerre rend potentiellement très profitable – Girard prend la précaution d'envoyer à bord du navire son frère Jean (naturalisé John), ex colon de Saint-Domingue, en qualité de subrécargue. Quoique consignataire désigné du navire, Bonnaffé est prié de le consulter pour toute question relative à la vente de la cargaison et à l'achat du retour¹². Malgré l'excellente réputation internationale de la maison bordelaise, Étienne Girard préfère donc ajouter la garantie de la présence à Bordeaux de son frère, en dépit du coût de cet intermédiaire supplémentaire : la commission perçue par Jean Girard était de 3% sur la cargaison à l'aller comme au retour, et de 5% sur le fret¹³.

Girard n'a donc pas eu recours à Dierx, Bourgainh & Cie, maison bordelaise qui lui avait pourtant été recommandée par son meilleur correspondant marseillais : en effet, le 17 juin 1793, soit neuf mois après leur avoir demandé de s'occuper des problèmes liés à la succession de son père, Étienne Girard n'avait toujours pas eu de réponse à sa première missive¹⁴. La demande de services de nature non strictement commerciale – dans ce cas, une fastidieuse question d'héritage – a servi à tester la fiabilité d'un éventuel correspondant. Le peu d'empressement mis par la maison Dierx décourage toute relation ultérieure. Étienne Girard opte alors pour une solution mixte, en associant à un homme choisi dans l'entourage familial proche, une maison de renommée internationale.

D'autres armateurs préfèrent mettre leur partenaire à l'épreuve par des envois plus modestes, et attendre de voir si leur commission est exécutée avec soin avant de réaliser des expéditions plus importantes. La promesse d'envois futurs, plus consistants, aiguise alors le zèle des consignataires. Jacob & Thomas Walden de New York chargent à bord de leur navire Thomas quelques marchandises à leur compte et adressent navire et cargaison à Pierre Couderc junior, sur lequel ils avaient reçu des informations positives. Leur lettre du 31 mai 1805 témoigne de leurs attentes et laisse également entrevoir à la maison bordelaise de futures expéditions :

« Favoured by the introduction of Mr. Delorthe, we have consigned to you the Thomas, captain Gardner, together with 25 h[ogshea]ds sugar, ten bales cotton, four thousands staves, & a quantity of logwood (...) p. Invoice and bill of loading, this we wish to sell to the best advantage on our a/c & render us a/c sales of each article separately to enable us to make calculations in future. The vessel is loaded mostly on freight [...]. It is our wish to have the Thomas return directly home [...]. We intend the vessel for a regular trader, if on this first experiment our expectations are realised, to do that & render the voyage profitable, every means of dispatch and economy must be used, & as captain Gardner is a stranger in Bordeaux we particularly request you will give him every necessary advice & assistance¹⁵ ».

La relation avec Couderc se révélera très insatisfaisante, Walden estimant que Couderc a vendu sa cargaison au moment le moins favorable, et facturé de manière excessive les vins chargés en retour. La stratégie classique qui allie recommandation, essai et promesse d'affaires futures n'est pas à l'abri de déconvenues.

II. QUAND LA CONFIANCE EST DEÇUE : LES DIFFÉRENTES VOIES POUR REGLER LES DIFFÉRENDS.

D'un simple reproche au recours aux arbitres, voire au procès, les firmes d'Ancien Régime disposent de plusieurs modalités pour régler les différends survenus. Les réseaux fondés sur la confiance ne sont pas infaillibles, mais les négociants ont développé des moyens pour réabsorber les

21.1.1794 : cf. Paul MASSON, « Marseille depuis 1789. Etudes historiques », *Annales de la faculté des lettres d'Aix*, 1916, t. X, p. 119.

¹² APS, Girard Papers, series II, bobine 122, lettre du 31.5.1793 à Bonnaffé frères & fils; bobine 140, ship papers du *Good Friends*.

¹³ APS, Girard Papers, series II, bobine 122 instructions de Stephen Girard à son frère Jean, 1.6.1793.

¹⁴ APS, Girard Papers, series II, bobine 122, lettre du 17.6.1793, dans laquelle Girard demande à Dierx, Bourgainh & Cie de rendre à son frère Jean Girard la procuration qu'il leur avait envoyée.

¹⁵ NYHS, BV Walden, pp. 154-155, 31.5.1805.

dysfonctionnements sans remettre en cause les principes qui règlent le système. Pourtant, celui-ci est loin d'être parfait. Quel négociant n'a-t-il inscrit dans ses livres des traites impayées qui sont rapportées d'un bilan à l'autre, jusqu'à ce qu'elles apparaissent parmi les « mauvaises créances » à l'occasion d'une succession ? Et la fréquence des atermoiements, ces accords entre négociant insolvable et ses créanciers, par lesquels ceux-ci en sauvent l'honneur en acceptant parfois de réduire leurs prétentions de 50%, voire de 95%, ne sont-ils l'évidence même de la fragilité de la position de toute maison de commerce d'Ancien Régime, jamais à l'abri d'un dépôt de bilan ?

A. La manifestation du mécontentement et la recherche d'une solution à l'amiable sans intervention d'une tierce personne.

En cas de déception par rapport aux attentes, la première démarche consiste à rechercher une explication directement avec le correspondant. Les lettres marchandes révèlent au passage les normes implicites que les contemporains s'attendaient à voir respectées par leur commissionnaire. En 1805, la maison Walden de New York se plaint auprès du Bordelais Couderc, car celui-ci lui a facturé du vin à 280 F le tonneau, alors que :

« some wine of equal quality [...] shipped at the same time at 220 Fs the ton, bought on a credit, the duties also on this was 11.90 F when on ours it appears charged 28.40 Fs. If these are errors you will of course correct them, if on the contrary you have given so very high a price for our wines, we suppose we must submit - yet in this case it appears strange that duties on the same kind of wine, at same time & by same vessel should so materially differ. This observation will apply to most of the other charges, which you will observe on comparison of the two invoices. We do not wish to make complaints in a business we are not thoroughly acquainted with, yet these observations strike us too forcibly to pass without notice¹⁶ ».

Derrière l'apparente demande d'une vérification des comptes, Thomas Walden veut montrer à son correspondant bordelais qu'il n'est pas dupe. Tout en admettant ne pas être familier des trafics de Bordeaux – il s'agit du premier armement de cette maison new-yorkaise vers le port girondin – Walden fait savoir à Couderc qu'il dispose des renseignements fournis par les affréteurs de son navire, ce qui lui a donc permis de constater des anomalies. Comme on ne montre pas à n'importe qui ses factures, cette information doit permettre aussi à Couderc d'apprécier le statut de Walden au sein du négoce new-yorkais, au cas où Couderc aurait cru pouvoir profiter de la naïveté d'un novice inexpérimenté.

Quelques jours plus tard, la maison new-yorkaise se plaignait aussi de la commission de 5% facturée par Couderc sur les prix du voyage des passagers transportés par le Thomas. Non seulement la commission portait sur une somme de 4000 francs alors que les passagers en avaient payé seulement 2000 F, mais aussi Walden considérait cette commission indue : *« no charge of this kind should be made at all - Cap.t Gardner engaged & settled with his passengers quite distinct from the other business of the ship¹⁷ ».*

Nous ne disposons pas de la réponse de Couderc, qui enlèverait peut-être la présomption de fraude qui pèse sur cette affaire. En revanche, une lettre de Walden de mai 1806 nous informe qu'à la réception des explications de Couderc, la maison new-yorkaise donne au capitaine Turner *« full power to adjust & settle the account with you¹⁸ ».* Le désaccord a donc été réglé à l'amiable, en tête à tête, entre le fondé du pouvoir de l'armateur et le négociant bordelais.

Les récriminations sur des facturations excessives comme celle de Walden sont aussi nombreuses que celles sur les méventes des marchandises expédiées. Honorat Lainé de Bordeaux se lamente ainsi avec Peter Baudhuy - un Français résidant à Wilmington - qui a mal vendu ses vins : *« J'avais dans le navire qui vous porta mes vins une partie moins importante où j'étais intéressé et qui ont été vendus par M. Foussat (autre négociant bordelais installé aux Etats-Unis) à 45 gourdes [= dollars]. J'ai été pleinement sacrifié et je paye un peu cher le plaisir que je m'étais proposé en me liant d'affaires avec vous¹⁹ ».*

Si certaines lettres font preuve d'une froideur calculée, d'autres comme celle-ci ressentent de l'irritation momentanée. Moins de deux semaines après avoir envoyé ces reproches à un ami de vieille date, Honorat Lainé de Bordeaux écrit à nouveau à Peter Baudhuy à Wilmington en espérant que celui-ci n'ait pas encore reçu sa précédente lettre du 14 mai *« qui pourrait vous mortifier et qui ressent trop de l'humeur que*

¹⁶ NYHS, BV Walden, p. 255, lettre à Couderc 27.11.1805.

¹⁷ NYHS, BV Walden, p. 255, p. 264, lettre à Couderc 6.12.1805.

¹⁸ NYHS, BV Walden, p. 358 à Couderc, 3.5.1806.

¹⁹ BMBx., Ms. 1041, Copie de lettres de H. Lainé, p. 88, 14.5.1804, à Peter Baudhuy.

*j'éprouvais*²⁰ ». En août encore, inquiet de ne pas avoir encore eu de réponse, il exprime sa crainte que sa lettre ait fâché son correspondant²¹.

S'ils ne mâchent pas leurs mots, des conventions implicites existent en effet quant au respect formel dû à ses pairs, qui oblige à veiller à la formulation des phrases. Ainsi, dans une lettre écrite de Bordeaux le 2 juin 1811, John A. Morton signifie à Ralph Bennet Forbes, un négociant de Boston qui venait d'arriver à Marseille, que le ton de sa précédente lettre avait dépassé les bornes admissibles : « *Sir, On my return here a few days ago from Paris, I received a letter from you dated at New York on the 22 Feb.y written in a style which the respect due from one merchant to another ought to have forbade*²² ». Morton répliquait sur un ton posé, répondant aux accusations de Forbes et l'invitant à régler directement avec le capitaine du navire les différends dans lesquels il avait été impliqué sur une affaire dans laquelle, « *I assure you, I never Found either pleasure or profit*²³ ». Encore une fois, le conflit est réglé directement à l'amiable, même si la froideur des correspondances laisse présager la fin de toute relation ultérieure.

Le respect des conventions de courtoisie amènent Louis Crousillat, un négociant bordelais expatrié à Philadelphie, à s'adresser à son ami et collègue Lefébure à Bordeaux, pour lui faire part de son problème avec une maison du port de La Corogne qui n'avait pas donné de ses nouvelles depuis « trop longtemps » et qui n'avait pas rendu compte d'une partie de cotons, pour lui demander s'il avait, lui, des nouvelles. Il terminait ainsi sa lettre « *je suis je vous assure si fâché contre eux que je suis presque décidé à leur écrire des sottises, tâché [sic] cher Ami de terminer cette Affaire*²⁴ ». Le recours à l'intermédiation d'un tiers est en effet l'étape obligée lorsque le règlement à l'amiable, éventuellement confié à un fondé de pouvoir, n'a pas abouti.

B. Le recours aux arbitres.

Le recours aux arbitres était décidé de commun accord entre les deux parties. Parfois, cette volonté d'entente était enregistrée par-devant notaire ou par-devant le consul de la nation. Jean Bernard, négociant de Bordeaux, et John S. Ellery de Gloucester, déclarent ainsi par-devant le consul américain de Bordeaux leur volonté de recourir aux arbitres pour régler leur différend²⁵, sur lequel on ignore tout.

Les parties pouvaient s'entendre directement sur la personne à désigner, ou déléguer la faculté de choisir les arbitres à une tierce personne : en septembre 1799, l'agent commercial américain à Bordeaux, Isaac Cox Barnet, désigne deux experts à la requête de John Bernard de Philadelphie – il s'agit d'un homonyme du Jean Bernard qu'on vient de citer -, en sa qualité de représentant des intérêts des propriétaires de la cargaison du Tryall, et de Thomas Talbot, capitaine du navire, qui lui avaient demandé quatre jours auparavant de régler leur différend²⁶.

La nomination d'arbitres naît parfois du besoin d'avoir recours à une personne bien au fait de la législation et des pratiques en vigueur à Bordeaux : lorsque le navire américain Francis Ann arrive à Bordeaux endommagé, il s'agit d'établir qui doit payer les réparations nécessaires au bâtiment. Le consul américain nomme alors un arbitre, qui procède à la répartition des frais proportionnellement à la valeur respective du bâtiment et du fret, en appliquant l'ordonnance de la Marine de 1681 dont le contenu était largement inconnu aux armateurs et à une partie des affréteurs²⁷.

Dans d'autres cas, l'intérêt commun des parties réside plutôt dans la volonté d'arriver à un compromis en s'assurant de régler définitivement un problème sans risquer des dépenses procédurales

²⁰ BMBx, Ms. 1041, p. 95 v^o., Lainé à Baudhuy, 6 prairial an XII.

²¹ BMBx, Ms. 1041, p. 137, à Peter Baudhuy à Wilmington, 21 août 1804.

« *Surpris de voir arriver deux navires de Philadelphie dont la traversée a été de 24 et 30 jours, La Favorite et Le Packet de Philadelphie, sans avoir de vos nouvelles. Tj crainte* ».

²² PEM, Forbes Papers, bobine 44.

²³ *Ibid.*

²⁴ ADG, 3E 13093, 5 thermidor an VIII, dépôt par Jean-Marie Lefébure, d'une lettre de Crousillat datée Philadelphie, 20.5.1800.

²⁵ NA, RG 84, Bordeaux, C22, Register of Protests, Vol. 235: Marine Notes of Protest, 22 October 1801 – 16-04-1803, p. 175, sans date (entre 12.12.1802 et 29.1.1803).

²⁶ RG 84, Bordeaux consulate, n° 36, Consular register, p. 17 bis, requête d'arbitrage du 14.9.1799.

²⁷ NA, RG 84, Bordeaux Consulate, C22, vol. 238, Register of Protests, p. 66, relativement au *Francis Ann*, capitaine John Davis, 3.12.1805. L'ordonnance colbertienne continue à servir de référence lorsque la législation républicaine n'a pas expressément introduit de nouveaux règlements.

élevées²⁸. En l'an IV, par exemple, une transaction intervient entre Jacques Conte, armateur du corsaire l'Aventure, et Jacques Lindsey, capitaine de la Charlotte de Charleston, capturé par le corsaire le 18 août 1796. Le capitaine ayant démontré sa neutralité, les parties procèdent par voie d'arbitrage au règlement des frais : Conte accepte de payer le pilotage, et les vivres consommés depuis l'arrestation du navire jusqu'au jour de la sortie du navire du port de Bordeaux, en numéraire effectif, d'après la valeur fixée par arbitres ; les deux parties renoncent ainsi expressément à toute autre poursuite judiciaire²⁹. Les conflits relatifs aux prises corsaires entraînant de frais de justice vertigineux, l'accord entre les armateurs du corsaire et les représentants des intérêts du navire capturé est fréquent. En l'an VII, la maison bordelaise Arnaud fils, armateur du Diable à Quatre, parvient à un accord avec Moses Barnard, capitaine de la Lydia de Boston qui avait été capturée par le Diable à Quatre, puis reprise par des Anglais, après toutefois que le corsaire français ait chargé à bord des caisses d'argent. Le Tribunal de Commerce de Bordeaux avait déclaré la prise nulle et ordonné la restitution des piastres, tout en rejetant une demande d'indemnisation du prix du navire. Avant que l'appel ne soit prononcé par le Tribunal Civil, un accord entre les parties prévoit que le capitaine Barnard se contente de la restitution des piastres moins une somme forfaitaire de 25 000 lt, moyennant lequel les deux parties renoncent à appel³⁰.

C. L'impossible accord : le recours à la voie judiciaire.

Dans le cas des conflits nés entre maisons de négoce installée à Bordeaux et aux Etats-Unis, le procès ne semble engagé que si les sommes en jeu étaient véritablement considérables, et après que toute tentative de parvenir à un compromis ait échoué : c'est le cas, par exemple, du conflit entre deux négociants américains établis à Bordeaux depuis les années 1780, Jonathan Jones et Joseph Fenwick. Le différend naît à propos du Pigou, un navire de 359 tx appartenant à la maison Fenwick & Mason de Georgetown, au Maryland, mais dont l'un des associés, Fenwick vit à Bordeaux où il est consul des Etats-Unis. Ce navire a été affrété au printemps 1793 par Jonathan Jones, un négociant quaker originaire de Philadelphie – sa religion qui entraîne son refus de prêter serment servira d'ultime prétexte à Fenwick pour essayer de faire casser le jugement rendu en appel en faveur de Jones.

Le navire, qui navigue sous pavillon neutre, est employé pour assurer les relations entre les colonies françaises dans l'Océan Indien et Bordeaux, en transitant par un port américain, selon une démarche fréquemment utilisée pendant les guerres de la révolution et de l'Empire. Le Pigou, expédié de Bordeaux, arrive sans encombre à l'Île de France, d'où il repart le 29 mars 1794 avec une très riche cargaison. Il est alors capturé par les Britanniques sur sa route vers New York, et amené à Halifax. La cargaison est condamnée en première instance, en raison des présomptions qui pèsent quant à sa propriété française ; mais la condamnation du navire est encore en suspens. Une procédure d'appel est par ailleurs en cours, à Londres, quant à la cargaison (elle ne se terminera qu'en 1802). Il importe entre-temps donc de sauver le navire de la saisie, d'une part, et d'éviter qu'on découvre tout document prouvant la propriété française du navire qui compromettrait définitivement toute chance lors de l'appel.

Jones était intéressé pour un million de lt. à cette expédition. Pour éviter la découverte par les Britanniques des documents compromettants « *cachés dans plusieurs futailles de café et d'indigo, tels que le certificat d'origine des denrées coloniales, la facture générale du chargement, les traités passés avec les sieurs Beaudouin et Dupuy, l'acquit à caution, etc.* »³¹ – autrement dit, des pièces démontrant que la cargaison appartient à des Français, Fenwick avait donné ordre à son associé Mason, qui résidait au Maryland, de se rendre à Halifax et acheter la cargaison du navire. Fenwick soutient que ce rachat avait eu lieu par ordre et pour le compte de Jona Jones et de ses associés dans l'expédition du Pigou, soit Lorigue et Gaspard Mayer, alors que Jones nia toujours avoir été mis au courant de ce rachat avant qu'il n'ait eu lieu.

Ce rachat avait entraîné des pertes supplémentaires, car la cargaison n'avait pas pu être revendue au prix d'achat, et que Fenwick et Mason avaient donc perdu 3800 £ sterling, soit 90 000 F environ, perte

²⁸ Cf. A.D.G., 3E 31369, 18 fructidor an IV, transaction entre Jacques Conte, armateur du corsaire l'Aventure, et Jacques Lindsey, capitaine de la Charlotte de Charleston, prise par le corsaire, et reconnue neutre, portant sur le règlement des indemnités décidé par voie d'arbitrage, et comportant la renonciation de deux parties à toute autre poursuite judiciaire.

²⁹ A.D.G., 3E 31369, 18 fructidor an IV: transaction entre Jacques Conte, et le capitaine Jacques Lindsey.

³⁰ NA, RG 84, Bordeaux consulate, n° 36 – Consular registers 16/7/99 – 21/10/1801, p. 23, accord du 2^e jour complémentaire an VII.

³¹ BMBx, D 71215.

qu'ils n'avaient pas l'intention d'assumer étant donné que d'après eux, cet achat visant à éviter des pertes à Jones aurait été fait avec l'accord de celui-ci. Faut de se mettre d'accord, Jones et Fenwick portent l'affaire par-devant le Tribunal de Commerce de Bordeaux, qui donne raison à Jones. Fenwick fait appel, puis l'affaire est portée en cassation. Au total, la procédure s'éternise pendant plus de dix ans, ce qui n'était effectivement pas pour encourager les négociants à avoir recours à la voie judiciaire.

CONCLUSION

L'analyse des modalités de mise en relation du négoce bordelais et américain à la fin du XVIII^e siècle et des efforts et moyens employés pour régler les différends par voie amicale, arbitrale ou judiciaire constituent à notre avis des aspects inséparables d'un même phénomène, à savoir le fonctionnement d'un réseau marchand d'Ancien régime.

Le fonctionnement du négoce est fondé sur la confiance réciproque établie entre les opérateurs quant au respect collectif des normes communes. Les désaccords ne remettent pas en cause les fondements du système et les logiques de fonctionnement réticulaire qui lui sont propres. En reprochant au correspondant une attitude jugée non conforme, le négociant ne fait que réaffirmer la valeur des comportements habituels dans son milieu. En ayant recours aux arbitres, les deux parties reconnaissent au fond de normes communes auxquelles ils sont prêts à se plier. Le procès confie à la justice le soin de départager les intérêts et de réaffirmer la norme.

Le sentiment que nous tirons de notre pratique des réseaux marchands d'Ancien régime est qu'en dépit de ses défaillances, aucune autre modalité de fonctionnement n'est possible, du moins tant que le problème et la contrainte fondamentale d'Ancien régime, soit l'existence de la distance-temps qui oblige l'opérateur à devoir confier la gestion de ses affaires à des agents éloignés, n'est pas dépassée par une véritable révolution technologique qui réduit drastiquement, puis élimine cette contrainte liée au facteur temps : à partir du moment où la vapeur divise parfois de 5 à 10 fois la durée d'une traversée, et que le télégraphe, puis le téléphone et internet annulent le décalage temporel de l'information et permettent une communication en temps réel, ce monde fondé sur la confiance entre acteurs placés sur un pied d'égalité n'a plus raison d'exister. Jusque là, toutefois, il fallait bien confier le sort de l'expédition à des agents qui devaient prendre de décisions sans pouvoir consulter directement l'intéressé et étant à de milliers de kilomètres, soit à deux-trois mois de distance-temps; seule la mise en place d'un mécanisme complexe de monitoring constant et le partage des normes et valeurs au sein d'un réseau où tout écart de la norme était repéré et dénoncé à la communauté, a permis de limiter les déconfitures. Celles-ci n'ont pas empêchés la mise en relation de Bordeaux avec la côte Est des Etats-Unis et l'envoi, dans les meilleures années des guerres de la Révolution et de l'Empire, de 200 à 300 navires américains déversant sur les quais de la Garonne des cargaisons du monde entier.

SEEHANDELSRECHTLICHE STREITIGKEITEN VOR DEM OBERAPPELLATIONSGERICHT DER VIER FREIEN STÄDTE DEUTSCHLANDS (1820-1848)

PETER OESTMANN

Universität de Münster, Allemagne
oestmann@uni-muenster.de

Das Oberappellationsgericht der vier freien Städte Deutschlands, das von 1820 bis 1879 in Lübeck residierte, war das angesehenste deutsche Gericht seiner Zeit. Seine Besetzung mit exzellenten, überregional bekannten Richterpersönlichkeiten verschafften dem Gericht große Aufmerksamkeit. Leider ist seine Rechtsprechung kaum erforscht, obwohl die Gerichtsakten durch moderne Repertorien erschlossen sind.

Die äußere Geschichte des Gerichts sei kurz vorausgeschickt. Das 1820 eröffnete Gericht bildete die dritte Instanz für Rechtsstreitigkeiten aus Hamburg, Frankfurt, Bremen und Lübeck. Im wesentlichen war der Gerichtshof zuständig für Zivilsachen. Obwohl das Gericht vor allem als Handelsgericht in Erinnerung geblieben ist, gab es eine spezifische Handelsgerichtsbarkeit nur in Hamburg. Dort hatte man die in der Franzosenzeit geschaffenen Handelsgerichte beibehalten. In Frankfurt, Bremen und Lübeck gab es im 19. Jahrhundert dagegen keine Handelsgerichte. Für den Instanzenzug an das Oberappellationsgericht bereitete dies keine Schwierigkeiten. Sowohl Handelssachen als auch allgemeine Zivilsachen wurden dort als zivilrechtliche Verfahren angesehen und entschieden. Insgesamt waren um 1869 60 % der anfallenden Verfahren Handelssachen. Das Verfahren lief rein schriftlich ab, es gab keine Audienzen. Im Gegensatz zu der älteren Praxis wurden alle Urteile gegenüber den Parteien begründet. Die Glanzzeit des Gerichts dauerte bis 1870 und neigte sich mit der Gründung des Leipziger Bundesoberhandelsgerichts ihrem Ende zu. Mit Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze 1879 wurde das Gericht aufgelöst.

Die vorliegende Studie versucht zu zeigen, wie man sich der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts nähern kann. Ausgangspunkt ist die Beobachtung, daß das Gericht den weitaus größten Teil der Fälle durch Urteil entschieden hat. In den ersten 15 bis 20 Jahren wurden fast 90 % der Sachen durch Urteil entschieden, knapp 10 % endeten durch Vergleich. Der Rest endete zum Beispiel durch Klagerücknahme.

Seehandelsrechtliche Streitigkeiten sind aus mehreren Gründen von besonderem Interesse. Das Handelsrecht insgesamt gilt als einer der Faktoren der Rechtsmodernisierung im 19. Jahrhundert. Hier gab es, so vernimmt man, Möglichkeiten zur Rechtsbildung und Problemlösung unabhängig vom römischen Recht. Gerade in den Hansestädten konnte man an die reiche Überlieferung seerechtlicher Rechtsquellen anknüpfen, auf deren Grundlage immer eine gewisse rechtliche Eigenständigkeit bestand. In der Erinnerung soll zudem gerade im Handels- und speziell Seehandelsrecht das Oberappellationsgericht besonders wegweisende Entscheidungen gefällt haben. Eine Besonderheit des Seehandelsrechts im Vergleich zu sonstigen Materien bestand jedenfalls darin, daß man es jeweils mit Fällen mit Auslandsbezug zu tun hatte. Hieraus ergaben sich Fragen nach dem räumlichen und persönlichen Geltungsbereich territorialer Rechtsquellen. Möglicherweise lag hier zugleich ein Motor zur Rechtsvereinheitlichung.

Die Untersuchung beschränkt sich ausschließlich auf Prozesse Lübecker Provenienz aus der Zeit bis 1848. Aus der Zeit von 1821 bis 1848 sind aus Lübeck insgesamt 30 Prozesse mit seehandelsrechtlichen Streitigkeiten an das Oberappellationsgericht gelangt. Dies macht knapp 10 % des Lübecker Prozeßaufkommens aus.

Betrachtet man die vom Oberappellationsgericht durch Urteil entschiedenen Fälle, ist man zunächst überrascht. Die weitaus größte Zahl betrifft Appellationen von Zwischenurteilen. Meistens gab es Beweisprobleme, so daß nicht einmal die tatsächliche Grundlage des Rechtsstreits feststand. Dies beruht darauf, daß es gestattet war, auch von Interlokuten an das Oberappellationsgericht zu appellieren. Innerhalb dieser Auseinandersetzung war es vielfach freilich nötig, daß sich das Oberappellationsgericht auch zu materiellrechtlichen Fragen äußerte. Davon hing zum Beispiel die Beweisbedürftigkeit bestimmter Tatsachen ab. Deswegen enthalten die meisten Entscheidungen Ausführungen sowohl zu prozessualen als auch zu materiellrechtlichen Fragen.

Die seehandelsrechtlichen Prozesse aus der Frühzeit des Oberappellationsgerichts knüpfen oft an Schiffsunglücke an. Dabei entstanden Streitigkeiten zwischen dem Schiffer bzw. dem Reeder und der Versicherung bzw. dem Auftraggeber. Schwierig war es vor allem, den Hergang eines Seeunfalls zu rekonstruieren, wenn lediglich die Schiffsmannschaft als Zeuge zur Verfügung stand. Damit mußte sich das Oberappellationsgericht mehrfach beschäftigen. Einen anderen Streitpunkt bildeten Schmuggelgeschäfte, wenn also ein Schiffer verabredungsgemäß verbotene Ware ins Ausland beförderte. Wenn die fremden Zollbehörden auf solche Machenschaften aufmerksam wurden, stellte sich die Frage, welche Konsequenzen dies für die Abwicklung des Frachtvertrages hatte.

Ein typischer Streitpunkt war der Anspruch des Reeders oder Kapitäns eines gesunkenen Schiffes gegen die Schiffsversicherung auf Auszahlung der Versicherungssumme. Hier standen der Versicherung mindestens zwei Einreden zur Verfügung. Zum einen konnte die Versicherung einwenden, der Versicherungsnehmer habe gegen die Versicherungsbedingungen verstoßen. Zum anderen bestritten die Versicherungen, daß es das fragliche Schiffsunglück überhaupt in der behaupteten Weise gegeben hatte bzw. daß dieses ordnungsgemäß bewiesen sei. In jedem Fall lag der Verdacht nah, hier solle ein geschickt inszenierter Versicherungsbetrug in die Wege geleitet werden. Das Oberappellationsgericht erkannte das Problem und stellte an den Beweis von Schiffsunglücken hohe Anforderungen.

Zur Frage, inwieweit die Verklärung, also die Beeidigung des Schiffsunglücks durch die Mannschaft, als Zeugnis in eigener Sache eine spezielle Glaubwürdigkeit des Schwörenden voraussetzte, gingen das Oberappellationsgericht neben zahlreichen Belegen aus dem gelehrten Recht auch auf den germanischen Reinigungseid ein. Nur unter der Voraussetzung hoher Redlichkeit und Gewissenhaftigkeit könne der Reinigungseid „als vernünftig und gerecht erscheinen“. Die etwas konstruiert erscheinende Verbindungslinie von der Verklärung zum Reinigungseid belegt die deutliche Nähe zur rechtswissenschaftlichen Germanistik. Es war offenbar völlig unproblematisch, unter Hinweis auf germanische Rechtsgewohnheiten Rechtsfragen zu lösen.

Bei der Rechtsanwendung zeigt sich überhaupt ein interessanter Befund: Zur Auslegung streitentscheidender Normen griff das Oberappellationsgericht auf die mittelniederdeutschen Rechtsquellen ebenso zurück wie auf das römische-kanonische Recht und ausländische Rechtsquellen. Diese verschiedenen Normen verschmolzen in der Rechtsprechung zu abstrakt-generellen und verallgemeinerbaren Rechtssätzen. Hinzu kam die Verarbeitung einschlägiger vielsprachiger Literatur aus ganz Europa.

Außerdem enthalten die Urteilsbegründungen überraschend frühe Ausführungen zu Allgemeinen Geschäftsbedingungen. So gibt es Entscheidungen zur Unwirksamkeit unpassender Klauseln oder zum Vorrang von Individualvereinbarungen vor gedruckten Formularbedingungen. Ansonsten lehnte sich das Gericht oft an Handelsbräuche an, die es in seerechtlichen Streitigkeiten durch Auswertung einschlägiger Handbücher für Schiffer ermittelte.

Entscheidungen zu unstreitigen Sachverhalten erigngen ausgesprochen selten. Es paßt ins Bild, daß der erste Fall, bei dem das Oberappellationsgericht keine Beweisfragen zu lösen hatte, mit Verjährungsproblemen zu tun hatte, die ja ebenfalls auf der Grenzlinie zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht angesiedelt sind. Auch in dieser Entscheidung zeigt sich eine typische Argumentation der Lübecker Richter. Obwohl die Parteien die Geltung Hamburger Partikularrechts vereinbart hatten, führte das Gericht dieses in der Entscheidungsbegründung nur ergänzend an, um ein ohnehin schon

feststehendes Ergebnis abermals zu belegen. Vorrangige Rechtsquellen waren gemeinrechtliche Lehrsätze oder vielmehr die auf der Grundlage umfassender Quellenkenntnis konstruierten allgemeinen Rechtssätze. So entwickelte das Gericht in einem anderen Fall am Beispiel verdorbener Südfrüchte auf einer winterlichen Schiffsreise genaue Regeln für Geschäftsführung ohne Auftrag und die Unterscheidung von Verzug und nicht zu vertretender Unmöglichkeit. Das Partikularrecht verlor demgegenüber in der Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts an Bedeutung.

Schlaglichtartig soll ein Rechtsstreit etwas ausführlicher geschildert werden, weil er auch Probleme zeigt, mit denen die Rechtsprechung des Oberappellationsgerichts zu schaffen hatte. Es ging um das Schicksal des Schiffes „Dora“. Der Schiffer Hasse war 1817 mit diesem Schiff von Lübeck nach Reval gereist. Ein russisches Gesetz schrieb vor, daß alle Importware mit genauen Papieren versehen werden müsse. Zudem war die Wareneinfuhr ohne Angabe des Empfängers untersagt. Es handelt sich mithin um eine Importbeschränkung zum Schutz russischer Zollvorschriften. Der Schiffer Hasse verstieß dagegen. Die russischen Behörden konfiszierten das Schiff mitsamt der Ladung. Hasse wurde inhaftiert und starb in Reval im Arrest. Wegen der erlittenen Schäden verklagten die Witwe sowie die Reederei die Kaufleute, die unfreie Waren nach Reval gesandt hatten, auf Schadensersatz.

Das Oberappellationsgericht war erstmals seit Dezember 1821 mit dem Fall befaßt. Es ging um den Verstoß gegen das russische Importgesetz. Die juristische Argumentation sowohl der Parteien als auch des Gerichts zeigt ein enormes Niveau der Auseinandersetzung und veranschaulicht, weshalb man bei diesem Gericht von Deutschlands gelehrtem Gerichtshof sprechen konnte. So meinte der Anwalt der Verklager: „Das Gesetz, welches durch den erklärten Willen des Oberhauptes im Staate seine (...) verbindliche Kraft erhält, gilt für die Unterthanen desselben (...) als Vorschrift, nach welcher die freyen Handlungen derselben einzurichten und zu beurtheilen sind.“ Zu den Untertanen des jeweiligen Landes zählten die Kaufleute auch die „zeitigen Unterthanen“, die sich als Fremde zeitweise in diesem Land aufhielten. Daraus folgte konsequent, daß ein Schiffer der ins Ausland reiste, die dortigen Gesetze beachten mußte. Für den Kaufmann dagegen, der sich nicht im Geltungsbereich des Verbotsgesetzes befand, sollte das nicht gelten: „Der Kaufmann, welcher [die Einfuhrgesetze] zum Gegenstand seiner Thätigkeit macht, sündigt gegen kein für ihn verbindliches Gesetz, denn nur den Gesetzen seines Staates ist er untergeben, und es existiert ganz keine vollkommene Verpflichtung für ihn, sich bey der Ausübung an sich rechtmäßiger Handlungen durch den Willens eines fremden Souveräns beschränken zu lassen (...) und wenn der Prediger der Moral Einwendungen dagegen machen möchte, so ruft der Jurist ihm zu: daß im Staate erlaubt sey, was nicht im Staate verboten worden“. Das war ein klares Bekenntnis zur liberalen Handelsfreiheit, die nur durch innerstaatliche Gesetze begrenzt werden konnte.

Der Anwalt des Schiffers sah dies natürlich anders und berief sich dabei ebenfalls auf Völkerrecht. Er betonte, daß auch ein Kaufmann die ausländischen Gesetze nicht verletzen dürfe, wenn er dorthin Ware exportiere. Aus dem Streit um das konfiszierte Schiff wurde auf diese Weise eine Auseinandersetzung um den personalen Geltungsbereich ausländischer Rechtsnormen.

Dem Oberappellationsgericht gelangt bei der Urteilsfällung ein Kunststück. Die Urteilsbegründung von 1822 löst in einem knappen Vorspann das völkerrechtliche Problem und führt die ganze Auseinandersetzung sodann auf Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre zurück. Zunächst ging es um die Bindungswirkung fremdländischer Gesetze. Das Gericht nahm hier eine Differenzierung vor zwischen allgemeinen Verbotsgesetzen sowie Ausländerdiskriminierungen. Im ersten Fall erfolge die Rücksicht auf Gesetze fremder Staaten „aufgrund völkerrechtlicher Observanz“. Im zweiten Fall dagegen, also bei der Ungleichbehandlung von In- und Ausländern, „gebietet es auch das Völkerrecht nicht, diese (...) feindseligen Maßnahmen zu stützen“. Das Gericht stützte sich dabei auf französische Literatur. Das Ergebnis war eindeutig: Die europäische Völkerpraxis verbiete es nicht, Unternehmungen gegen die fremden Zollgesetze zu machen oder das Risiko solcher Geschäfte zu übernehmen. Im Ausgangspunkt war das ein klares Bekenntnis zur Freiheit des Seehandels unabhängig von ausländischen Verbotsgesetzen. Dagegen hielt das Gericht einen vertraglichen Anspruch für naheliegend. Da es sich um ein gefahrgeneigtes Rechtsgeschäft handelte, konstruierte das Gericht bestimmte Aufklärungs- und Hinweispflichten, deren Verletzung zu Ersatzansprüchen führen konnte. Bei gegenseitigen Verträgen, so das Oberappellationsgericht, sei jeder Kontrahent verpflichtet, „den Mitkontrahenten von den bey dem Verträge in Betracht kommenden (...) Mängeln und von solchen Eigenschaften derselben in Kenntniß zu

setzen, welche dem eigenen Vermögen oder gar der eigenen Person des Mitcontrahenten Gefahr drohe“. Und genau deswegen müsse auch derjenige, der sog. Kontrabande verlade, den Schiffer oder Fuhrmann dann davon in Kenntnis setzen. Das Gericht stützte sich hierbei auf die „Rechtsanalogie“ sowie eine englische Abhandlung über Handelsschiffe. Praktisch ohne normativen Grundlagen hatte das Gericht damit eine Lehre von gegenseitigen Aufklärungs- und Hinweispflichten in zweiseitigen Verträgen entwickelt, die es nur noch knapp zu modifizieren galt. Denn wenn der Empfänger die gefährlichen Eigenschaften der Sache kannte, brauchte man ihm diese nicht förmlich anzuzeigen. Dieses Urteil von 1822 prägte die oberappellationsgerichtliche Rechtsprechung nachhaltig und wurde in späteren Entscheidungen nahezu wörtlich wiederholt. Die verallgemeinerbar und grundsätzlich formulierten Entscheidungsgründe des Oberappellationsgerichts eigneten sich offenbar besonders gut dazu, eine ständige Rechtsprechung zu begründen und auf diese Weise die Rechtssicherheit zu festigen.

Die ständigen Rückverweisungen vom Oberappellationsgericht an das Lübecker Ober- oder Niedergericht sowie die Möglichkeit, von Interlokuten zu appellieren, führten zu einem Problem, das sich stellte, als der „Dora“-Fall dem Oberappellationsgericht im Juni 1830 zum zweitenmal zur Entscheidung vorlag. Es ging nun um die Frage, ob die Kläger mit einem Novum, das sie erst in der Appellationsinstanz beigebracht hatten, zugelassen werden konnten. Das Oberappellationsgericht gelangte abermals zu einer verallgemeinerbaren Lösung. Im allgemeinen konnten gerichtliche Fristen nicht durch Vorbehalte von Nachträgen unwirksam gemacht werden. Immer dann aber, wenn eine Partei ohne ihr Verschulden nicht in der Lage war, das fragliche Novum fristgemäß beizubringen, griff eine Ausnahme ein.

Zum dritten Mal gelangte derselbe Rechtsstreit wegens desselben Novums an das Oberappellationsgericht. Und auch der vierte Oberappellationsgerichtsprozeß im „Dora“-Fall entspann sich nur ein Jahr später. Abermals ging es um die Zulassung gewisser Urkunden als neuer Sachvortrag. 1834 gelangte der „Dora“-Prozeß schließlich zum fünften Mal an das Oberappellationsgericht. Jetzt endete der Rechtsstreit gütlich durch Vergleich im Juli 1835. Insgesamt hatte der Prozeß das Oberappellationsgericht 13 Jahre beschäftigt. An solchen Beispielen erkennt man die Nachteile eines Gerichtsverfahrens, das praktisch unbegrenzt Rechtsmittel gegen Zwischenurteile erlaubt. Mehrere umfangreiche Relationen hatten die OAG-Mitglieder zu den Fragen des Falles vergeblich ausgearbeitet. Die jeweiligen Laufzeiten am Oberappellationsgericht betrugten selten über ein Jahr. Dennoch zogen sich die Streitigkeiten in die Länge und endeten schließlich durch Vergleich. Ob es sich hierbei um eine Besonderheit seehandelsrechtlicher Streitigkeiten handelt, ist unklar. Jedenfalls scheint das Verfahren vor dem Oberappellationsgericht strukturelle Schwächen gehabt zu haben, die man nicht vergessen darf, selbst wenn die Rechtsprechung des Gerichts inhaltlich fasziniert.

Das wichtigste Ergebnis der vorliegenden Studie klingt erstaunlich. Ein spezifisches Seerecht wird in den frühen Entscheidungen des Oberappellationsgerichts Lübeck kaum greifbar. Dem Gericht gelang es, die Streitigkeiten in prinzipieller Hinsicht zu durchdringen und auf allgemeine Rechtsfragen zurückzuführen. Auf diese Weise wurden seerechtliche Streitigkeiten oftmals in das allgemeine Obligationenrecht eingebunden und nach Grundsätzen der allgemeinen Vertragslehren entschieden. Auch bei der Rechtsanwendung zeigt sich das Bestreben nach verallgemeinerbaren Ergebnissen. Das Partikularrecht diente häufig nur zur Bestätigung von Ergebnissen, die das Gericht auf der Grundlage allgemeiner Rechtsgrundsätze ohnehin schon gefunden hatte. Häufig griff das Gericht auf römisches und kanonisches Recht zurück und stellte regelmäßig Rechtsvergleiche mit seerechtlichen, aber auch allgemein privatrechtlichen Rechtsquellen anderer Länder von Portugal bis Schweden an.

Das schnelle Arbeitstempo des Gerichts lag häufig daran, daß lediglich Detailfragen in einem noch gar nicht entscheidungsreifen Sachverhalt gelöst werden mußten. Die Möglichkeit, gegen Interlokute das Oberappellationsgericht anzurufen, wurde vielfach genutzt, hier lag der Schwerpunkt der OAG-Tätigkeit. Dies konnte dazu führen, daß einzelne Streitfälle mehrfach an das Oberappellationsgericht gelangten und damit über einen Zeitraum von über zehn Jahren die Richter immer wieder beschäftigten. Dies verursachte erhebliche Arbeit, die vor allem dann überflüssig war, wenn die Parteien nach zahlreichen Appellationen doch noch einen Vergleich schlossen. Wegen der üblichen Appellation gegen Interlokute traf das Gericht in seinen Urteilen nur selten Sachentscheidungen in der Hauptsache. In den allermeisten Fällen verwies es die Streitsache an die Untergerichte zurück.

Die Reichweite der hier vorgelegten Ergebnisse ist unklar. Ob die aus Bremen, Hamburg und Frankfurt an das Oberappellationsgericht gelangten Fälle ein wesentlich anderes Bild zeigen, ist unklar. Vor allem ist es möglich, daß sich im weiteren Verlauf des 19. Jahrhunderts Veränderungen ergaben. Die Publikation von Urteilen setzte erst 1846 ein, so daß die Bedeutung von Präjudizien und die Selbstbindung des Gerichts an seine ständige Rechtsprechung möglicherweise mit der Zeit an Gewicht gewannen. Die Rechtsprechung zum allgemeinen Handelsrecht und Zivilrecht ist überdies weithin unbekannt. So bleiben zahlreiche Fragen. Die Quellen zur Tätigkeit des Oberappellationsgerichts der vier freien Städte Deutschlands sind jedenfalls noch nicht ausgeschöpft.

LA RESOLUTION DES CONFLITS EN DROIT MARITIME : LE CHOIX ENTRE UN COMPROMIS,
UNE TRANSACTION AMIABLE, UN ARBITRAGE OU DU CONTENTIEUX ILLUSTRE AU
TRAVERS L'ABORDAGE DE LA 'VILLE DE VICTORIA' (1886-1889)

ESTELLE ROTHWEILER-REHAULT

Maître de conférences à la faculté de droit de Strasbourg
Université Robert Schuman
erehault@hotmail.com

INTRODUCTION

En ce jour du 2 mai 2008, à Roscoff, je tenais à vous présenter un cas concret de résolution de conflits. Cela en matière maritime.

Il concerne l'abordage d'un navire de commerce français, la 'Ville de Victoria', par un navire de guerre anglais, le 'Sultan'¹.

La collision a eu lieu dans la nuit du 23 au 24 décembre 1886, en rade de Lisbonne au Portugal.

La chaîne d'amarre qui retenait le navire de guerre anglais s'est brisée, le 'Sultan' fut alors emporté par le courant. Son éperon éventra le navire français. Si bien que la 'Ville de Victoria' coula à pic, en moins de 10 minutes, à près de 25 mètres de fond.

Cette collision a entraîné non seulement la perte totale du navire de commerce français.

Elle a entraîné aussi la mort de 32 personnes sur les 75 à bord. Les victimes de la 'Ville de Victoria' - de toutes nationalités- étaient des membres de l'équipage ou des passagers du navire.

Cette affaire a eu un retentissement international.

Les funérailles des victimes ont eu lieu au Portugal, en présence de Ministres, de Consuls français et anglais et de tous les Officiers de l'escadre anglaise².

Les presses, anglaise et française, se sont intéressées immédiatement à l'affaire -que ce soit la presse ordinaire³- ou spécialisée⁴ en matière maritime ou militaire.

L'intérêt de cet abordage de la 'Ville de Victoria' a aussi touché les juristes. En France, dès 1888, le spécialiste du droit international privé, Edouard Clunet,⁵ a publié une étude sur ce cas et sur les problèmes de compétence de juridictions⁶. Naturellement en 1888, Edouard Clunet n'avait pas encore connaissance de la résolution finale des conflits.

¹ Les faits de cet abordage sont relatés dans les documents du 10 janvier 1887 et du 22 janvier 1887 issus du dossier des Archives nationales françaises, Marine, CC/4/2084.

² *The Times*, date de parution Monday, december 12,1886 : « M. Billot, the French Minister, with the staff of the Legation, the French and the British consuls, Rear-Admiral Fremantle, and the principal officers of the Channel Squadron accompanied the funeral procession to the cemetery ».

³ Voir : *The Times*, date du parution Monday, december 12,1886 ; *L'illustration' Journal Universel*, n° 2291, date de parution du samedi 22 janvier 1887, p. 68.

⁴ « Des journaux maritimes et des journaux militaires notamment le *Shipping and mercantile gazette*, *l'Army and navy gazette*, *la Saint-James gazette*, déclaraient que le gouvernement britannique ferait mieux de s'exécuter sans retard, plutôt que de provoquer des contestations qui seraient de nature à amener un malentendu dans les relations des deux pays », Rappel du député du Havre, Félix Faure, à la Chambre des députés, séance de la Chambre des députés du 9 novembre 1887, cité par Clunet (Edouard), *Abordage du navire de commerce français*, *infra*, p. 18.

⁵ Edouard Clunet a fondé le « *Journal du Droit international privé* », (1874-1888), 15 vol.

⁶ Clunet (Edouard), *Abordage du navire de commerce français la 'Ville de Victoria' et du cuirassé anglais le 'Sultan'*, Paris, 1888.

En revanche, le dossier de l'abordage de la 'Ville de Victoria'⁷, contenu aux Archives nationales françaises, témoigne de la résolution des conflits –depuis 1886, date de l'abordage -jusqu'en 1889- date du règlement final du dossier.

L'intérêt de ce dossier d'archives de la 'Ville de Victoria' est qu'il témoigne de modes multiples de résolutions des conflits en droit maritime.

Modes multiples de résolution de conflits, puisque un choix de règlement s'est posé au gouvernement anglais entre : premièrement, recourir au contentieux (§ 1) ; deuxièmement, accepté un arbitrage (§ 2) ; ou enfin, aboutir à une transaction amiable (§ 3).

Ces 3 modes de résolution des conflits feront l'objet de notre présentation en 3 points.

§ 1. UN MODE DE RESOLUTION DU CONFLIT : LE RECOURS A LA PROCEDURE DU CONTENTIEUX

Premier mode de résolution des conflits, le recours à la procédure du contentieux.

A priori, l'abordage de la 'Ville de Victoria' par le 'Sultan' soulevait un conflit de juridictions pour connaître du litige.

3 juridictions étaient en présence. D'une part, la juridiction du lieu de l'abordage au Portugal- puisque l'abordage était intervenu dans des eaux intérieures étrangères à savoir la rade de Lisbonne.

D'autre part, ce cas mettait en présence deux navires de 2 nationalités différentes, d'où le problème de savoir si la juridiction compétente n'était pas la Juridiction anglaise du navire défendeur –ou encore la Juridiction française du navire demandeur.

En réalité aucun doute n'était apparu pour admettre que la juridiction compétente était anglaise (A).

A/ La compétence de la juridiction anglaise

Une solution internationale résolvait les conflits de juridictions en présence d'un navire de guerre. Une coutume internationale admettait, ce que l'on appelle : le droit ou privilège « d'exterritorialité des navires de guerre »⁸.

Cette coutume internationale se traduisait par une 'immunité de juridiction', puisqu'un navire de guerre ne pouvait pas être cité devant une juridiction étrangère - et même s'il se situait dans les eaux intérieures d'un autre pays.

De la sorte que : un navire de guerre -comme le Sultan- demeurait soumis à la juridiction et à la loi de l'Etat auquel il appartenait- en l'espèce l'Angleterre.

Aucune juridiction étrangère ne pouvait donc procéder à une mesure de justice comme la saisie conservatoire.

Une mesure conservatoire de saisie du navire aurait été possible, devant la juridiction portugaise du lieu de l'abordage, si les deux navires -même étrangers- avaient été des navires de commerce⁹.

Si les deux navires avaient été des navires de commerce, la juridiction française aurait également pu être compétente à partir du moment où le navire du défendeur (comme le Sulan) serait entré dans un port français ; le Tribunal de commerce du port français dans lequel le navire aurait été saisi¹⁰ aurait alors été compétent¹¹.

⁷ Ce dossier est issu des Archives nationales françaises, numéroté CC/4/2084. CC/4 correspond à l'inventaire des archives nationales de la Marine après la Révolution. 2084 correspond à l'un des plus de 200 cartons consacrés aux naufrages du XIX^e siècle. En effet, les cartons CC/4/ 2073 à CC/4/ 2284, correspondent aux naufrages de 1806 à 1907. Dans le carton 2084, on trouve donc divers dossiers de naufrage- dont celui de la « Ville de Victoria » de 1886. Ce dossier de la 'Ville de Victoria' s'étend sur 3 années avec des sources manuscrites de 1886 à 1889.

⁸ Voir le statut juridique actuel d'immunité qui caractérise les navires de guerre sous Beurier (Jean-Paul) Dir., Droits maritimes, Paris, Dalloz Action, 2006, pp. 82-83, n°112-31 à 112-37 « Les conditions des navires d'Etat étrangers ».

⁹ Un navire de commerce situé dans les eaux d'un Etat étranger est soumis à la juridiction de l'Etat étranger. A la différence avec le navire en pleine mer qui est placé uniquement sous l'empire des lois et le gouvernement du pays que le couvre de sa nationalité. Ortolan (Théodore), *Règles internationales et diplomatie de la mer*, Paris, 1864, T. 1, p. 189

¹⁰ Le choix du tribunal appartenant au défendeur. Voir la jurisprudence du Tribunal de Commerce de Marseille concernant l'abordage en pleine mer entre un navire français et un navire américain. Le navire français fit naufrage après l'abordage dont il attribue la faute au capitaine du navire américain. Le navire américain avait pu reprendre sa

Mais à partir du moment où le navire ‘Sultan’ était un navire de guerre, aucun tribunal étranger -portugais ou français- ne pouvait se déclarer compétent en cas de saisie de leur juridiction¹². D’après les archives françaises, un procès devait donc débiter en Angleterre, le 3 mai 1889¹³ -cela devant les tribunaux anglais de droit commun.

B/ La compétence des tribunaux anglais de droit commun.

En Angleterre, les cours de droit commun étaient compétentes en matière d’abordage sans distinction, c’est-à-dire même pour connaître des actions dirigées contre un navire de l’Etat. L’Angleterre ne distinguait pas comme en France la compétence entre les tribunaux administratifs et les tribunaux judiciaires ; en France, les tribunaux administratifs étaient compétents pour les abordages survenus entre un bâtiment de commerce et un bâtiment de l’Etat ; les tribunaux judiciaires étant compétents pour les abordages survenus entre deux navires de commerce¹⁴.

Toutefois, le dossier d’archives de la ‘Ville de Victoria’ témoigne de la consultation du « Conseil judiciaire de l’Amirauté anglaise »¹⁵.

Consulté sur l’événement, le Conseil de l’Amirauté considérait le sinistre comme le résultat de la force majeure¹⁶. Mais, il s’agissait là d’un avis d’un organisme consultatif non opposable aux procès. Il n’avait pas de valeur de décision judiciaire.

La décision de justice ne pouvait être rendue que par les juridictions de droit commun¹⁷- à savoir devant la Haute Cour de Justice.

route et prit à Savannah un chargement pour Marseille. Arrivé à La Ciotat, l’armateur français fit alors saisir le navire américain et porta une action en responsabilité devant le Tribunal de Commerce de Marseille. Le 17 mars 1857, le Tribunal de Marseille se déclare compétent sur la base de l’article 14 du Code civil.(Marseille, 17 mars 1857, *Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre* (dir. Guérard J.), 1877, II^e partie, 105).

¹¹ En ce sens voir : Courcy (Alfred de), « L’abordage » in : Questions de droit maritime - série 1, Paris, 1877, p. 209 : référence à la jurisprudence française concernant un navire français Racine coulé en mer, le 3 août 1875, près des côtes du Portugal par le navire anglais Lilian. Le capitaine français assigne en réparation le capitaine anglais devant le tribunal de commerce du Havre » ; Courcy (Alfred de), *La responsabilité des propriétaires de navires en Angleterre et en France*, Paris, 1884, p. 21 : « Son navire serait aussitôt saisi, le procès jugé en France et d’après la loi française » ; Clunet (Edouard), *op. cit.*, p. 11 : En cas de présence de 2 navires de commerce, la juridiction française peut être saisie ; à savoir compétente pour des réclamations en France à l’encontre d’un navire étranger. Cela sur la base de l’article 14 du C. civ relatif aux conséquences d’un quasi-délit commis à l’étranger. Une saisie d’un navire de l’armateur est possible dès que l’un de ces navires entre dans un port français.

¹² Le Journal anglais *The Times* fait référence au Tribunal de la chambre de commerce portugaise. Mais il ne s’agit qu’une référence au lieu où des témoins du sinistre ont été entendus pour l’enquête administrative. En réalité aucune source postérieure ne fait état d’une compétence de juridiction portugaise. (*The Times* du 27.12.1886. « The tribunal of Chamber of Commerce will today examine witnesses with the object of ascertaining the cause of collision and the responsibility for it »).

¹³ Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889, correspondance de l’Ambassadeur de France à Londres adressée au Ministre français des Affaires Etrangères avec référence à la date prochaine du procès ; *Document du 16 septembre 1887* avec référence au renvoi du règlement du conflit devant les tribunaux anglais

¹⁴ Conseil d’Etat, 1^{er} mai 1872, *Recueil de jurisprudence commerciale et maritime du Havre* (dir. Guérard J.), 1873, II^e partie, p. 107 : « Est de la compétence des tribunaux administratifs et non des tribunaux judiciaires, l’action en responsabilité intentée contre l’Etat à raison d’un abordage survenu entre un bâtiment de commerce et un bâtiment de l’Etat ».

¹⁵ Concernant le Conseil d’Amirauté en France, il s’agit d’un «Organisme créé le 4 août 1824. Sous la présidence du ministre, il était composé d’officiers généraux et d’anciens administrateurs des colonies. Il fut réorganisé le 26 août 1830. Il s’agit d’un organisme consultatif », Vergé-Franceschi (Michel) Dir., *Dictionnaire d’histoire maritime*, Paris, 2002, T. 1, p. 399.

¹⁶ Il s’agit d’un avis de type administratif. Document du 30 décembre 1886 : ‘le conseil d’enquête était réuni sous la présidence du contre amiral, il se composait des commandants des cuirassés « Monarch », « Minotor », « Iron », « Duke » »

¹⁷ Edouard Clunet critique la double juridiction française. En France en cas d’abordage par un navire de guerre abordeur français- que l’abordé soit un navire français ou étranger- les victimes doivent agir devant les tribunaux administratif où l’Etat se trouve à la fois juge et partie. D’où la crainte d’une impartialité des juges administratifs qu’ils aient tendance à absoudre l’Etat et non le condamner, Clunet, p. 17.

La résolution du conflit devait donc recourir à la procédure du contentieux. Mais rien n'interdisait aux parties de le soumettre à l'arbitrage.

§ 2. UN MODE DE RESOLUTION DU CONFLIT : LE RECOURS A L'ARBITRAGE INTERNATIONAL

Autre mode de résolution des conflits, deuxièmement, le recours à l'arbitrage international.

L'arbitrage apparaît bien en droit maritime comme un mode alternatif de résolution des conflits.

En 1887, le Ministre français des Affaires étrangères affirmait lui-même que « l'arbitrage entre de plus en plus dans les habitudes et dans les pratiques du droit international »¹⁸.

L'arbitrage maritime a un fondement consensuel. Il est initié soit- par application d'une clause contractuelle soit- par un accord mutuel des parties¹⁹.

Dans le cas de la 'Ville de Victoria', le Gouvernement français a insisté²⁰ (en 1887) en demandant au gouvernement anglais d'accepter la procédure d'arbitrage. Mais, aucun accord mutuel ne sera trouvé, en raison du refus britannique (en février 1888) de régler l'affaire par la voie d'arbitrage²¹.

Mais pourquoi le Gouvernement français a-t-il tellement souhaiter recourir à la procédure d'arbitrage ? Deux arguments²² motivaient ce recours : l'impartialité de la juridiction anglaise et surtout l'affranchissement du droit anglais.

A) La recherche d'une juridiction impartiale

D'une part, l'impartialité de la juridiction anglaise.

La compétence de la Juridiction anglaise ne constituait pas selon les Français un gage de garanties suffisantes de bonne justice. Ce n'était pas parce qu'il s'agissait d'une juridiction étrangère.

Les Français mettaient ici en cause l'impartialité d'une justice dans laquelle on est juge et partie.

Ils préféraient donc laisser à un tribunal arbitral « l'examen complet des preuves des faits et des conséquences au point de vue de la responsabilité ».

B) La recherche de l'affranchissement du droit anglais

D'autre part, et surtout, les Français cherchaient à s'affranchir du droit anglais.

Selon le droit anglais²³, la responsabilité des navires de guerre pouvait être engagé en cas de faute au cours d'un abordage.

¹⁸ Réponse du ministre français des affaires étrangères, M. Flourens, sur l'arbitrage, à une question devant la chambre des députés du 7 novembre 1887 « L'arbitrage entre de plus en plus dans les habitudes et dans les pratiques du droit international ; je crois que c'est la meilleure solution à donner aux conflits qui s'élèvent entre différentes nations ; c'est la plus propre à sauvegarder les principes du droit et les susceptibilités légitimes des peuples ». Clunet (Edouard), *op. cit.*, p. 7.

¹⁹ Arradon (François), « L'arbitrage maritime en France » in : *La Revue Maritime*, octobre 2004, n°470, p. 2.

²⁰ Les Archives françaises contiennent en effet de nombreuses correspondances à ce sujet, le ministre français des affaires étrangères insistant pour que l'Ambassadeur de France à Londres obtienne la procédure d'arbitrage international. Voir Archives CC/4/2084. Document du 16 septembre 1887 montrant que le Gouvernement français n'est pas favorable au contentieux et sa proposition au Gouvernement de la Reine de l'arbitrage sachant que « le Gouvernement anglais n'a pas encore fait connaître sa résolution » ; Document du 23 septembre 1887 montrant la préférence française d'un envoi global de l'affaire devant un tribunal arbitral ; Document du 22 mars 1889 montrant le rejet anglais de la procédure d'arbitrage en février 1888.

²¹ House of commons parliamentary papers, London, 1888, vol. 63, pp. 660-730. Voir la correspondance du 8 février 1888 « The Secretary to the Admiralty to the Secretary to the Treasury » : « The French government desired to refer the whole of claims to arbitration, to which my Lords commissioners of the Admiralty, acting with the advice of the solicitor, were altogether adverse (...) they have definitely informed the Foreign office that the proposal for arbitration cannot be accepted ».

²² En l'espèce l'argument de la confidentialité ne semble pas avoir motivé cette demande de soumettre le règlement du litige à l'arbitrage. Sachant que l'affaire avait été déjà publiée par la presse et rendue publique devant la chambre des députés. Cet argument n'apparaît pas dans les Archives.

Mais, la responsabilité ne pouvait pas être dirigée contre le propriétaire du navire- cad la couronne britannique. « La jurisprudence anglaise était formelle, l'Etat échappait à tout recours »²⁴.

La responsabilité pouvait seulement être dirigée contre le commandant du navire en faute (le capitaine ou l'officier de commandement).

Selon la jurisprudence anglaise, la responsabilité ne s'attachait qu'à l'auteur immédiat du dommage (the actual wrongdoer)²⁵.

Il s'agissait donc d'une responsabilité personnelle illusoire, puisque les dommages des sinistrés n'étaient réparés qu'à partir des ressources personnelles d'un simple commandant de vaisseaux.

Toutefois en l'espèce, le gouvernement anglais avait accepté que l'administration britannique soit solidaire du capitaine mis en cause par le juge²⁶.

Or en l'espèce, la responsabilité personnelle du commandant anglais (capitaine King ?) du 'Sultan' pouvait-elle être mise en cause ?

Etait-il l'auteur immédiat de l'abordage, c'est-à-dire, pouvait-on prouver que l'abordage provenait de sa faute ou de sa négligence ?

Trois enquêtes administratives avaient été menées, que ce soit par les Portugais²⁷, par les Français²⁸ et par les Anglais²⁹.

²³ Il s'agit d'un droit anglais *issu de la jurisprudence et des auteurs anglais affirmé depuis longtemps et ayant force de loi* (Clunet, p. 13).

²⁴ Clunet, p. 17

²⁵ Marsden, *Collisions at sea*, London, 1885, p. 98, cité par Clunet, p. 12. Cet état du droit était critiqué par Clunet, puisque le droit anglais permettait à l'Etat de se protéger derrière son préposé *Ibid.*, p. 14. Le fondement du droit anglais s'opposait *au droit commun où le commettant est responsable des fautes de son préposé*. Critique de la législation anglaise par le Ministre français des affaires étrangères le 7 novembre 1887. *Ibid.*, p. 12.

²⁶ Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889. Indication par l'ambassadeur de France à Londres au Ministre français des Affaires Etrangères, cela 15 jours avant l'ouverture du procès au contentieux.

²⁷ Archives CC/4/2084. Documents du 10 janvier 1887. Double correspondance. 1/ Correspondance de la capitainerie du port de Lisbonne au Ministère français de la Maritime et des Colonies. Le rapport de l'enquête portugaise conclut que le sinistre est due à la force majeure. Le procès-verbal de la capitainerie indique que : « les hommes de mer ont été également unanimes à déclarer que le seul motif était la violence d'un grand poids d'eau qui se présente, et en tourbillons, dans le fleuve Tage après de grandes pluies et qui est connue sous le nom de 'poids d'eau des monts ainsi qu'il est arrivé alors à l'approche de la nouvelle lune ». 2/ Correspondance du Ministre portugais des Affaires étrangères, M. Barros Gomès. Le Ministre portugais conclut aussi à la force majeure. Il précise que « les chaînes ont été brisées par suite de la grande force du courant sans que le bâtiment ait chassé sur ses ancrs, ce fait démontre que le déplorable accident n'a pas été dû à la façon dont l'ancrage avait été fait ». Il souligne que le Sultan n'avait pas pris de pilote pour entrer et ancrer dans le port, mais que cela était conforme à la liberté passé par l'article 42 du règlement de pilotage

²⁸ Archives CC/4/2084. Document du 30 décembre 1886 avec référence au rapport de mer du capitaine français fait le lendemain du drame, le 24 décembre 1887, devant le Consulat de France à Lisbonne. Le capitaine Simonet conclut son rapport envoyé de Lisbonne en affirmant la responsabilité du cuirassé anglais pour vice propre des maillons des chaînes, une paille dans le fer d'une maille ayant entraîné la rupture de celle-ci. Le 'Ville de Victoria', qui avait mouillé avec l'aide d'un pilote, n'a pas bougé, ce qui prouve que le bateau n'a pas été chassé par les ancrs du « Sultan ». Document du 4 janvier 1887 : Le Consul de France indique au Ministre français des affaires étrangères que la conduite du capitaine Simonet de la Ville de Victoria a été irréprochable lors du sinistre et qu'il a lancé une enquête administrative pour dégager les responsabilités du sinistre : « Je n'ai pas entendu moins de 40 témoins de nationalité diverses, portugais, italiens, brésiliens, anglais et français. En la forme, cette enquête faite d'urgence au milieu des circonstances exceptionnelles, laisse à désirer ; mais au fond elle aura fait, je l'espère, la lumière sur les points essentiels du débat qui va s'engager entre la Cie des chargeurs réunis et le Gouvernement anglais ».

²⁹ Archives CC/4/2084. Document du 30 décembre 1886 avec référence à une enquête anglaise en cours par la marine anglaise ; l'enquête anglaise fut ordonnée par l'Amiral Hervet et menée par le contre Amiral Fremantle en présence des commandants des cuirassés de l'escadre anglaise ; Document du 22 mars 1889 Lettre de l'Ambassadeur français à Londres au Ministre des Affaires Etrangères faisant clairement état d'une transaction amiable pour clore le conflit et proposer « par les agents de la Couronne, après une enquête exécutée à Lisbonne par le Consul d'Angleterre dans cette ville ».

Du côté anglais, le gouvernement se basait sur l'avis du Conseil d'Amirauté anglaise. Le Conseil d'Amirauté anglais considérait que le sinistre était le résultat de la force majeure liée à une montée subite des eaux dans le fleuve du Tage.

Du côté français, le gouvernement considérait que le sinistre était le résultat d'un vice propre du matériel du cuirassé britannique.

Or un vice propre constitue un chef de responsabilité pour faute imputable au propriétaire du navire. Un propriétaire de navire a la charge d'entretenir et de surveiller le matériel de son navire.

Dès lors, que ce soit une force majeure ou un vice propre, la responsabilité personnelle du commandant du Sultan ne pouvait pas être engagée, puisque aucune faute ou négligence ne lui étaient imputable.

Or, le droit anglais, écartant tout recours contre le propriétaire d'un navire de guerre, conduisait alors à une absence totale d'indemnisation des victimes.

C'est donc pour écarter ce droit anglais que les Français ont voulu recourir à la voie d'arbitrage.

Le tribunal arbitral avait l'avantage d'être affranchi du droit anglais. Les arbitres devaient statuer « à titre d'amiable compositeur »³⁰ selon l'équité.

De son côté, le gouvernement anglais n'avait aucun intérêt à recourir à la procédure d'arbitrage.

Son ferme refus de recourir à l'arbitrage, en février 1888, laissa place à une proposition alternative : celle d'un mode de résolution des conflits par une transaction amiable.

§ 3. UN MODE DE RESOLUTION DU CONFLIT : LE RECOURS A LA TRANSACTION AMIABLE

Dernier mode de résolution des conflits, le recours à la transaction amiable.

15 jours avant l'ouverture du procès en Angleterre en 1889, une transaction amiable avait été trouvée pour clore le conflit et arrêter le contentieux devant les tribunaux anglais : le montant des indemnités « a été établi à l'amiable par les parties en cause ».

En cas d'abordage, deux catégories de victimes étaient à prendre en considération : les victimes de dommages matériels (A) et celle de dommage corporels (B).

Comprenons d'abord :

A- La résolution des dommages matériels du navire et de la cargaison³¹.

L'abordage de la 'Ville de Victoria' par le 'Sultan' avait causé la perte du navire français et de toute sa cargaison

La valeur du navire et de la cargaison était estimée à environ 3 million et demi de francs³².

Lors de la transaction amiable, on s'aperçoit que leur indemnisation fut calculée à partir du droit anglais de la marine marchande.

Le différend fut solutionné –comme si les deux navires avaient été des bâtiments de commerce et que le capitaine du 'Sultan' (navire abordeur) avait été reconnu fautif de l'abordage.

Le droit anglais de la responsabilité limitée des propriétaires de navires de commerce était un droit très récent, issu d'un statut de 1862.

³⁰ Amiable compositeur : arbitre ayant reçu des parties le droit de rendre sa décision non selon le droit, mais en équité et sans observer les règles ordinaires de la procédure » Lexique de termes juridiques, Dalloz, 1990, p. 34.

En l'espèce, Edouard Clunet confirme que « la constitution d'un tribunal arbitral dont les membres, affranchis des règles du droit positif, recevraient la mission de statuer à titres d'amiables compositeurs, exclusivement en équité », épargnerait heureusement aux plaignants l'accueil négatif que leur réserve le droit anglais ; mais du côté de l'Angleterre nous comprenons fort bien les hésitations qu'elle éprouve à s'engager dans cette voie », Clunet (Edouard, *op. cit.*, p. 15).

³¹ Les dommages matériels concernaient ceux causés au navire du 'Ville de Victoria', à sa cargaison, aux effets et aux biens de l'équipage et des passagers se trouvant à bord. Concernant les effets de l'équipage et des passagers, nous verrons qu'ils ont été indemnisés par le Gouvernement anglais dès février 1888.

³² Information chiffrée donnée par Clunet, p. 6.

Le principe de la responsabilité voulait -comme en France- que le propriétaire d'un navire de commerce restât toujours tenu personnellement et indéfiniment responsable de ses propres fautes.

Mais, pour les faits du capitaine, sa responsabilité personnelle avait été limitée en valeur³³ à une somme maximum que l'on ne pouvait jamais dépassée.

Depuis 1862, concernant les dommages matériels, la responsabilité maximale des propriétaires était limitée à un forfait de huit livres³⁴ sterling par tonneau de jauge du navire - ce qui correspondait à deux cents francs.

En l'espèce, l'indemnisation amiable fut bien calculée à partir de la jauge du navire du Sultan et en prenant ce chiffre de 8 £.

Cad, que les parties ont admis le chiffre maximum de responsabilité encourue pour un navire de commerce reconnu en faute. Au total les agents de la Couronne britannique ont offert la somme de £ 45 000³⁵ lors de la transaction amiable.

Il faut aussi savoir que la proposition de cette indemnisation amiable était venue des agents de la Couronne britannique.

Cela, « après une enquête exécutée à Lisbonne par le Consul d'Angleterre dans cette ville »³⁶.

D'après l'Ambassadeur français à Londres, le but anglais recherché dans cette indemnité amiable était « destiné à désintéresser non seulement la société propriétaire du navire, mais encore les chargeurs ou propriétaires de la cargaison »³⁷.

Mais pourquoi un tel but et une telle proposition amiable ?

Le Gouvernement anglais n'avait-il pas finalement conscience de sa pleine responsabilité personnelle dans le sinistre ?

Cette transaction - survenue à 15 jours de l'ouverture du procès- ne marque-t-elle pas la crainte d'une sentence des tribunaux anglais ? Pouvait-il craindre un revirement de jurisprudence du droit anglais et que les Tribunaux acceptent un recours contre l'Etat ?

Cette précipitation à la vieille du procès le laisse supposer.

En attendant, la transaction amiable constitua la solution finale de ce dossier.

« Le Comité des assureurs qui représentaient les intéressés a accepté l'offre des agents de la Couronne »³⁸. C'est-à-dire la somme de 45 000 £- équivalent à 1.125.000 francs.

La transaction acceptée mit fin au différend³⁹ et à la procédure engagée devant les tribunaux anglais⁴⁰.

³³ A la différence du droit français, le propriétaire ne pouvait pas se libérer par l'abandon du navire et du fret, le propriétaire restait tenu sur tous ses biens, fortune terrestre et maritime, mais jusqu'à concurrence d'une certaine somme limitée forfaitairement. Le système français ancien de responsabilité des propriétaires était limité sur la chose du navire, il était réduit à la fortune de mer ; la responsabilité était donc dépendance du sort du navire. Il s'agit d'un système traditionnel issu de l'Ordonnance de 1681 et repris dans le Code de commerce français (article 216). L'abandon du navire et du fret n'était admis que pour les faits du capitaine qui était son préposé, mais il était refusé en cas de responsabilité personnelle du propriétaire. Voir Réhault (Anne-Estelle), *op. cit.*, p. ; Ripert (Georges), 'La responsabilité des propriétaires de navire et l'unification internationale du droit maritime', *in* : Droit maritime français, 1954, pp. 704-705 ; .

Le système français actuel est issu de la loi de 1967 (L. n°67-5, 3 janvier 1967, JO 4). La conception nouvelle d'une responsabilité personnelle sur tous les biens fut empruntée à la loi anglaise. Le calcul de la valeur du navire et du fret s'avérait compliqué. Voir la critique de l'abandon le principe ancien de la fortune de mer : sous Pierre Lureau, La responsabilité du propriétaire du navire d'après la loi du 3 janvier 1967, DMF, 1967, pp. 259-266.

³⁴ George Ripert expliqua qu'en 1862, date de la loi d'amendement, huit livres sterling était alors la valeur moyenne du tonnage anglais (Ripert (Georges), Droit maritime, Paris, 1952, 4^e édition, T. 2, p. 150)

³⁵ Les parties ont d'abord calculé une somme principale d'indemnisation du navire et de la cargaison à partir de la jauge du navire du Sultan, lequel jaugeait 4923 tonneaux. Soit donc en principal, 4923 X £ 8 = £ 39 384 (39 324 ?). Puis, à cette somme principale fut ajoutée les taux d'intérêt de la somme depuis le jour du sinistre (£ 676) et une somme supplémentaire pour les frais d'enquête de procédure (£ 2000). Au total, les agents de la Couronne ont offert la somme de £ 45 000 lors de la transaction amiable. Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889.

³⁶ Archives CC/4/2084. Document du 22 mars 1889.

³⁷ Archives CC/4/2084. Documents du 22 mars 1889 Lettre de l'Ambassadeur français à Londres au Ministre des Affaires Etrangères page 4.

³⁸ Archives CC/4/2084. Documents du 22 mars 1889 Lettre de l'Ambassadeur français à Londres au Ministre des Affaires Etrangères page 5.

Les autorités françaises ont considéré cette solution amiable « comme relativement satisfaisante »⁴¹.
‘Solution satisfaisante’, car elle évitait le risque d’une irresponsabilité totale.

Mais ‘solution à relativiser’, puisque les indemnisations -de 1 million 125 000 francs- pour les dommages causés au navire et à la cargaison de la ‘Ville de Victoria’- représentaient moins de la moitié de leur valeur réelle, estimée à 3 millions et demi de francs.

Cette indemnisation finale des dommages matériels, de mars 1889, était intervenue 3 ans et 3 mois après l’abordage. C’est le même délai qu’il a fallu pour régler les indemnisations des dommages corporels.
Voyons enfin.

B. La résolution des dommages corporels pour les victimes ou leurs héritiers.

L’abordage de la ‘Ville de Victoria’ avait causé la mort de 32 personnes parmi l’équipage et les passagers se trouvant à bord.

Pour la réparation des dommages corporels, la législation anglaise de 1862 fixait forfaitairement la responsabilité des propriétaires de navires d’après une valeur de £ 15 par tonneau de jauge du navire.
Mais, cette législation de 1862 sur la marine marchande n’a pas été utilisée comme mécanisme d’indemnisation des victimes ou de leurs héritiers.

La somme globale attribuée aux morts et aux survivants du sinistre fut de £ 20.000- équivalent à 500.000 francs.

Le fondement de cette somme versée par le gouvernement anglais fut celui d’un « don charitable » aux sinistrés et à leurs familles.

Cet argent britannique fut touché tardivement par les victimes ou leur famille.

Parce que plus d’un an s’est écoulé entre le versement de l’argent par le gouvernement anglais au gouvernement français et le versement final effectué par les Français aux victimes.

Ce temps fut pris par le gouvernement français pour décider de la répartition des 20.000 £ entre les victimes corporelles, survivantes ou décédées, de l’équipage et des passages.

La répartition a abouti en mars 1889, soit 3 ans et 3 mois après le sinistre.

Finalement, et en brève conclusion : une dernière pensée.

Le coût total du sinistre a coûté au gouvernement anglais 65 000 £, soit 1 million 625.000 francs.

Ceci, sachant que, après le rejet de la procédure d’arbitrage, la résolution de ce conflit maritime a été faite à l’amiable.

Mais, est-ce que l’Etat anglais aurait accepté de verser la somme maximum de responsabilité aux propriétaires de la ‘Ville de Victoria’ si la publicité, la pression par les journaux et la pression constante par le gouvernement français, avait été moindre ?

En d’autres termes, la pression publique ou internationale a-t-elle une influence sur la résolution d’un conflit maritime ?

Ce dossier de la ‘Ville de Victoria’ le laisse à penser.

Dès le premier mois⁴² du sinistre, le gouvernement anglais proposait de rembourser au gouvernement français les secours d’urgence⁴³ alloués aux familles des victimes. Les Anglais se montraient soucieux de pourvoir à la situation de pénurie des familles. Finalement, le don charitable de £ 20.000 fut décidé dès le

³⁹ Archives CC/4/2084. Documents du 22 mars 1889 Lettre de l’Ambassadeur français à Londres au Ministre des Affaires Etrangères page 5.

⁴⁰ Archives CC/4/2084. Documents du 25 mars 1889 *Courrier du Ministre français des Affaires Etrangères adressé au Ministre de la marine*.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² Le 29 janvier 1887, une lettre confidentielle du ministre anglais des affaires étrangères informe que le gouvernement anglais propose de rembourser au gouvernement français les secours d’urgence alloués aux familles des victimes. Archives CC/4/2084. Document du 2 février 1887 avec référence à la date du 29 janvier 1887.

⁴³ Archives CC/4/2084. Documents du 2 février 1887 fait référence à la date du 29 janvier 1887 : Circulaire du 20 juin 83Inscrits, versement d’une aide d’urgence aux inscrits ; pas non inscrits domestiques et cuisiniers, boulanger

2 août 1887 à la Chambre de Communes⁴⁴ et ensuite versé⁴⁵ en février 1888 par les Anglais au gouvernement français.

L'indemnisation 'charitable' anglaise des victimes ou de leurs héritiers parvenait donc après un délai de un an et trois mois.

Or un article du journal anglais 'The Times'⁴⁶ informait qu'en octobre 1888- soit 6 mois après le versement britannique- le gouvernement français n'avait toujours pas reversé une somme- même partielle- aux victimes ou à leur famille.

Devant la pression publique, le Ministre français de la Marine chargeait finalement une Commission de répartition pour attribuer aux victimes la somme versée à titre de don charitable par les Anglais.

La Commission de répartition⁴⁷ décida⁴⁸ donc des modes de répartitions suivants :

D'une part, une indemnité fut décidée pour les morts⁴⁹ et versée aux familles. Cela en conformité avec les usages pratiqués aux familles victimes d'événements de mer. La répartition avait comme ordre les veuves, les orphelins puis les ascendants. Les états de répartitions prenaient en considération la situation personnelle de chacun, ce qui fait que les Archives fournissent des sources riches sur la vie privée des membres d'un équipage ou des passagers des navires de commerce.

D'autre part, une indemnité fut décidée pour les survivants. La répartition décidée pour les membres de l'équipage fut variable selon le grade ou la qualité de chacun. Elle prit en considération les dommages corporels et matériels⁵⁰ nés de l'abordage , mais encore la fin de leur contrat d'engagement⁵¹ lié au naufrage du navire. Enfin, la répartition décidée pour les passagers survivants fut limitée en raison d'une présomption de non effets d'importance des passagers à bord d'un navire en l'absence de leur dépôt au capitaine avant l'embarquement⁵². Une seule réclamation devait donc aboutir, celle du passager Lean Mac, sujet anglais, passager de 3^e classe avec sa femme et leurs enfants.

C'est donc ainsi que le don de £ 20.000 fut réparti entre les survivants et les familles des personnes décédées- selon une solution décidée librement par une Commission de répartition.

L'agent britannique fut touchée tardivement par les victimes ou leur famille, puisque le 2^e état de répartition des indemnités date du 21 mars 1889, soit 3 ans et 3 mois après le sinistre- et surtout près d'un an après le versement de l'argent par le gouvernement anglais au gouvernement français.

En conclusion sur ce dossier maritime, il ressort donc que :

⁴⁴ Archives CC/4/2084. Document du 14 février 1887 montre que le premier Lord de l'Amirauté était favorable à ce que le gouvernement anglais vienne en aide aux familles des victimes ; Décision publique à la Chambre des communes dès le 2 août 1887 de Lord Hamilton, premier lord d'Amirauté (Clunet (Edouard), *op. cit.*, p. 6).

⁴⁵ Archives CC/4/2084. Document du 20 février 1887 relatif au versement par le gouvernement anglais à titre de don charitable 20 000 £ (soit 500.000 F) à la chancellerie du Consulat général de France à Londres en vue d'aider les victimes de la catastrophe ou de leur famille ; une commission française est chargée de répartir cette somme aux victimes. Information confirmée du versement anglais par la coupure du *Times* du 2 octobre 1888 (coupure du journal contenue dans le Document du 6 octobre 1888 envoyé par l'Ambassadeur de France à Londres).

⁴⁶ Archives CC/4/2084. Document du 6 octobre 1888 contenant la coupure du *Times* du 2 octobre 1888 reproduisant une lettre d'un père d'une victime de l'équipage (mécanicien) adressée au Directeur du Times. La volonté du père dans cette lettre était de faire pression sur le Ministre français de la Marine et l'Administration maritime, accusé de négligent. Lettre qui informe qu'en février 1888, le Gouvernement anglais a versé 500 000 Frs en secours aux parents des Victimes. Lettre qui informe qu'en octobre 1888- soit 6 mois plus tard, le Gouvernement français n'a rien versé- malgré des articles de presses.

⁴⁷ Voir les divers états de répartition de la Commission de répartition : Archives CC/4/2084. Document du 20 octobre 1888 : Premier état de répartition ; Document du 21 mars 1889 : Deuxième état de répartition ; Document du 12 juillet 1889 : Dernier état de répartition, comprenant un reliquat versé aux enfants de victimes.

⁴⁸ Le gouvernement français avait été chargé- par le Gouvernement anglais de la libre répartition de la somme entre les sinistrés. Cette répartition fut donc librement décidée par la Commission, puisqu'il s'agissait d'un don charitable. Elle n'était pas liée à un fondement légal.

⁴⁹ Il s'agit des morts directs ou indirects, Archives CC/4/2084. Document du 21 mars 1889 relatif au versement d'une indemnité à la famille d'un marin décédé à la suite d'une maladie contractée dans le naufrage du 'Ville de Victoria'.

⁵⁰ Archives CC/4/2084. Document 20 octobre 1888 : L'indemnité pour pertes matérielles de l'équipage comprenait la perte des effets personnels, de l'argent et de leurs instruments de navigation. Cette perte fut calculée selon les usages du port du Havre où se situait la Commission de répartition.

⁵¹ Archives CC/4/2084. Document 20 octobre 1888 : un mois de salaire fut versé à chacun en compensation.

⁵² Archives CC/4/2084. Document 20 octobre 1888 : Une Compagnie de navigation prévient les passagers avant leur embarquement qu'elle n'est pas responsable des valeurs perdues que si elles ont été remises au capitaine.

D'une part, les questions de juridictions et de législation en présence d'un navire de guerre étaient facilement résolues par une coutume internationale de « l'exterritorialité du navire ». Cette coutume de droit international simplifiait une matière conflictuelle a priori très complexe.

D'autre part, le droit anglais permettait une irresponsabilité totale de l'Etat anglais dans un abordage causé par un navire de la couronne. Mais ce entraînait en conflit avec la responsabilité morale de l'Etat -puisque en l'espèce le navire de guerre avait causé la mort de 32 personnes et des pertes considérables à l'armateur de la Ville de Victoria et aux chargeurs.

Aussi, Edouard Clunet ne s'était pas trompé en affirmant « qu'en dépit de toutes les théories, le commerce international vit de réciprocité »⁵³. Cela, sachant que le droit d'autres nations acceptait un recours contre l'Etat aux navires anglais endommagés par un navire de guerre étranger⁵⁴. Il n'apparaissait donc pas concevable pour ce spécialiste du droit international que des indemnités ne soient pas versées.

Finalement, après le rejet de la procédure d'arbitrage, la résolution de ce conflit maritime a été faite à l'amiable. Est-ce que l'Etat anglais aurait accepté de verser la somme maximum de responsabilité aux propriétaires et aux chargeurs si la publicité, la pression par les journaux et la pression constante par le gouvernement français, avait été moindre ? C'est peut-être une autre résolution du cas de la Ville de Victoria que j'aurais du vous présenter.

⁵³ p. 15.

⁵⁴ Il existait un précédent récent en France du mois d'août 1887 avec l'abordage du navire de commerce anglais 'Port Gordon' par le navire de l'Etat français 'La Caravanne' dans le port du Havre. p. 7.

LA RESOLUTION DES CONFLITS COMMERCIAUX D'APRES LES CONFERENCES REGIONALES DES JUGES CONSULAIRES : L'EXEMPLE DE LA 1^{ERE} CONFERENCE REGIONALE DE RIOM EN 1899.

FLORENT GARNIER

Professeur à la faculté de droit de Clermont-Ferrand de l'Université d'Auvergne

Florent.GARNIER@u-clermont1.fr

La tenue de la première Conférence régionale des juges consulaires du ressort de la cour d'appel de Riom éclaire la création d'une nouvelle organisation de concertation et de proposition préoccupée notamment par la résolution des conflits commerciaux. A l'initiative d'un ancien président de la juridiction consulaire de Lyon, Vindry, des conférences régionales de tribunaux de commerce sont organisées à Lyon à partir de 1898 puis à Rouen, Orléans ou encore Dijon.

Le 8 mai 1899, les représentants des 13 tribunaux de commerce du ressort de la cour d'appel de Riom sont réunis à Clermont-Ferrand pour instaurer une nouvelle conférence régionale. Parmi les 26 personnes présentes, on dénombre des présidents de tribunaux de commerce en exercice, d'anciens présidents, des juges et juges suppléants. On relève aussi la présence du lyonnais Vindry ainsi que celle du président de la Chambre de Commerce de Clermont-Ferrand, Chalus.

Le discours inaugural du président de la conférence assigne à l'assemblée le soin d'« *étudier en commun les questions intéressant [la] juridiction [commerciale], pour arriver, dans la mesure du possible, à une unification de réglementation et de jurisprudence* » et d'« *obtenir des réformes* ». La méthode de travail adoptée reflète cette volonté en tenant compte des rapports d'autres conférences générales, de l'intervention de personnalités invitées mais aussi de courriers adressés par des présidents de tribunaux de commerce d'autres ressorts ou encore de chambres de commerce.

A partir de quelques thématiques abordées par les membres de la conférence, ce compte rendu nous renseigne sur les questions de procédure et du contentieux commercial adressées par la Conférence nationale des Présidents des Tribunaux de commerce et celles que les membres de l'assemblée clermontoise se proposent de porter à sa connaissance. On perçoit ainsi le rôle de réflexion et de proposition des juridictions consulaires à la fin du XIX^e s. Elles souhaitent d'une part éclairer l'action du législateur pour faciliter une meilleure résolution des conflits (I). Elles prennent d'autre part position par rapport au juge civil pour affirmer, réaffirmer ou proposer de faire évoluer les règles observées dans le procès commercial (II).

I – LES JUGES CONSULAIRES ET LE LEGISLATEUR

A l'égard du législateur, la conférence souhaite tout d'abord attirer son attention sur la mise en œuvre de la loi de 1889 relative à la liquidation judiciaire (A). En outre, elle demande une évolution législative pour tenir compte des imperfections de la loi de 1898 sur le nantissement du fonds de commerce qui est source d'insécurité juridique (B).

A. La loi du 4 mars 1889 qui institue la liquidation judiciaire est prévue pour les commerçants malheureux et de bonne foi. Pour pouvoir bénéficier de la procédure de liquidation judiciaire, le

commerçant doit déposer son bilan dans les 15 jours de la cessation de paiement et il ne doit pas exister une cause d'indignité. Le jugement déclaratif n'est alors pas publié. C'est une procédure qui permet le maintien du commerçant-débiteur dans sa gestion avec à ses côtés un liquidateur. Elle permet aussi de conserver au commerçant concerné son honorabilité avec l'exercice maintenu de ses droits électoraux. Si la procédure va à son terme, un concordat est établi avec les créanciers, sinon on revient à la procédure normale de la faillite. Qualifiée de « *loi Bérenger du commerce* » par un des participants à la Conférence régionale, son application doit rester exceptionnelle selon les juges consulaires ainsi réunis.

Faisant le constat que la « bonne foi des juges est trop souvent surprise ; [les juges consulaires s'accordent] à reconnaître l'opportunité de couper court à ces abus et de rechercher les moyens d'y parvenir ». Les juges sont rapidement confrontés à la nécessité d'être attentifs aux raisons qui justifient la situation du débiteur. Elles illustrent les craintes émises quelques années plus tôt lors de la consultation des juridictions consulaires. La requête adressée au tribunal à partir du délai imparti pour la cessation des paiements pose problème. En effet, bien souvent la date véritable de cessation est antérieure car « *ce n'est que complètement acculé* », une fois que tout a été tenté que le commerçant se résout à l'inéluctable. L'espoir de pouvoir jouir des dispositions prévues par la liquidation judiciaire est alors déçu.

Différentes propositions sont alors formulées par la conférence pour obtenir des informations suffisantes. La première proposition tient à l'exigence de l'existence d'une comptabilité régulière du débiteur. Le tribunal de commerce de Clermont propose de déclarer en faillite tout liquidé en « *l'absence de livres comprenant les registres ordinaires et à jour pour permettre le contrôle de l'exactitude du bilan déposé* ».

Un deuxième élément d'information mis à la disposition des juges consulaires s'inspire de la pratique d'autres tribunaux de commerce. Comme à Rouen, on décide d'imposer au demandeur lorsqu'il dépose son bilan de répondre à un questionnaire écrit, certifié sincère et signé. Les juges clermontois, à partir de 17 questions, proposent de décerner la sincérité de la demande présentée par le commerçant. Il doit préciser s'il est en état de cessation de paiements, s'il y a des protêts, s'il existe des tentatives d'arrangement avec les créanciers, s'il dispose de fonds disponibles ou bien encore quelles sont les raisons de sa situation. Le juge doit pouvoir ainsi connaître la « *situation apparente* » du commerçant, telle qu'il la déclare, sur le plan financier et commercial mais aussi ses relations avec ses créanciers. Dans un délai de 15 jours, un rapport des syndics doit alors être rendu au juge-commissaire pour contrôler l'exactitude des réponses données. Deux tendances apparaissent nettement au cours du débat quant à la position des juges après le dépôt de bilan. La difficulté tient à la position que doit adopter le juge lorsqu'il y a un doute sur la sincérité de la demande du débiteur. Pour les uns, la liquidation judiciaire doit être déclarée immédiatement. On admet de pouvoir déclarer ensuite la faillite à la lumière d'informations plus précises notamment avec la remise du rapport par le syndic dans un délai de 15 jours. La mesure est destinée à préserver l'actif et d'éviter toute action du débiteur au détriment de ses créanciers. C'est cette position du tribunal de Clermont qui recueille l'assentiment des membres de la conférence. Mais pour d'autres, une enquête rapide doit être faite avant de pouvoir prononcer la liquidation.

C'est la pratique observée par le tribunal de commerce de Thiers. Cette solution recueille aussi l'assentiment du Président de la Chambre de Commerce de Clermont. L'un des intérêts de son intervention tient à ce qu'il fasse partie du Comité de l'Union des banquiers de province qui a pour conseil Charles Lyon-Caen. Il rapporte ainsi la position du juriste notamment à propos de la liquidation judiciaire. Il insiste alors sur l'importance de la liberté d'appréciation de la situation laissée au juge. En cherchant à éclairer leur décision par l'instauration de bonnes pratiques, l'objectif des membres de la conférence est de protéger avant tout les créanciers. Le prononcé rapide de la liquidation judiciaire est davantage conçu comme un moyen de préserver l'actif.

Cette idée prime sur la volonté affichée de ne pas en faire bénéficier un commerçant malhonnête car elle peut évoluer vers le prononcé de la faillite.

Ainsi en matière de liquidation judiciaire, la conférence souhaite l'instauration de pratiques communes pour répondre à certaines applications de la loi. Sa position est tout aussi claire pour demander une évolution de la loi de 1898 relative au nantissement du fonds de commerce.

B. Le nantissement du fonds de commerce a suscité à de nombreuses reprises l'intervention du législateur à la fin du XIXe s. Son absence de publicité a fait naître des incertitudes et des risques dont les juges consulaires souhaitent informer le législateur pour qu'il puisse modifier la loi.

Par un arrêt du 13 mars 1888, la Chambre des requêtes considère que le fonds de commerce est constitué par l'enseigne, l'achalandage, le droit au bail et les marchandises qui en sont l'accessoire. Ce fonds est susceptible d'être donné en gage et la Cour admet que la dation du nantissement est autorisée à deux conditions qui sont considérées comme nécessaires et suffisantes. D'une part l'acte de nantissement doit être signifié au propriétaire des lieux loués (art. 2075 Code civil). D'autre part le créancier gagiste doit être mis en possession de l'article de bail (art. 2076 du Code civil).

La position adoptée par la Cour de Cassation a alors suscité des critiques de la part de la doctrine, en raison du caractère occulte du nantissement, qui permet à un créancier unique de disposer en cas de faillite du produit de l'ensemble de l'actif. Des résistances existent aussi de la part de cours d'appel et de tribunaux de commerce qui s'opposent aux juridictions civiles. Ils n'admettent pas qu'un commerçant puisse donner en gage le fonds qu'il exploite. Ils insistent sur la nécessité d'une publicité en ce que le fonds de commerce constitue le gage commun et apparent des créanciers.

La loi du 1er mars 1898 marque une première évolution en ajoutant un alinéa à l'article 2075 du Code civil précisant que « *tout nantissement d'un fonds de commerce devra, à peine de nullité vis-à-vis des tiers, être inscrit sur un registre public tenu au greffe du Tribunal de commerce dans le ressort duquel le fonds est exploité* ». Cette mesure nouvelle apparaît néanmoins insuffisante pour les juridictions consulaires. La conférence de Clermont est critique. Ses débats sont éclairés par un rapport de la Chambre de commerce de Tours qui précise les limites de la loi et même les possibles fraudes qu'elle peut susciter. L'un des risques examinés est constitué par l'entente frauduleuse entre un commerçant, dont la faillite est inéluctable mais qui le sachant accroît ses stocks, et une personne qui devient son créancier muni d'un nantissement. La réalisation de l'actif au profit du créancier gagiste, et la répartition avec le failli, se ferait au détriment des autres créanciers non privilégiés, comme par exemple des fournisseurs. Jugeant la publicité instaurée par la loi insuffisante pour assurer l'information et la protection des créanciers, les juges consulaires se prononcent alors pour une modification de la loi. Ils requièrent qu'un débat plus général soit engagé sur le mode d'inscription du nantissement, sa durée ou encore la possibilité de radiation.

Fort de leur connaissance de la pratique et du contentieux commercial, les juges consulaires au sein de la première conférence régionale tenue en Auvergne souhaitent être entendus par le législateur. Ils tiennent également à certaines évolutions dans la marche du procès commercial au regard du contentieux civil.

II – LES JUGES CONSULAIRES ET LE JUGE CIVIL

La procédure commerciale guidée par le souci de la rapidité, de la simplicité et de l'efficacité est évoquée au cours des débats de la conférence régionale. Les juges consulaires envisagent les modalités d'un règlement rapide des conflits qu'ils s'intéressent à la conciliation (A) ou bien qu'ils portent leur attention sur l'article 427 du Code de procédure civile relatif au renvoi par la juridiction consulaire devant la justice civile de l'affaire dans laquelle une pièce produite est méconnue, déniée ou arguée de faux.

A. Le législateur napoléonien a précisé les modalités du recours à la conciliation avec les articles 48 et 49 du Code de procédure civile. Ce dernier exclut les affaires commerciales par deux dispositions redondantes en visant « *les demandes qui requièrent célérité* » (2^o) et « *les demandes en matière de commerce* » (4^o). Est-ce à dire que la conciliation n'existait pas en matière commerciale ? Le débat des juges consulaires au cours de la conférence régionale insiste sur la place de la conciliation dans les affaires du commerce et envisage différents cas à la lumière de leur pratique.

Une position générale est prise pour « *rejeter l'obligation de la tentative préliminaire [afin d'] éviter tout retard dans l'introduction de l'instance et par suite dans le jugement* ». Les juges consulaires souhaitent que les tribunaux

jouissent de la faculté de mettre en œuvre les moyens qu'ils jugent approprier et de laisser aux parties la liberté d'y avoir recours. Il leur importe qu'un juge intervienne à un moment ou à un autre de la tentative de conciliation. Loin de s'opposer au principe même, ils envisagent de proposer différentes voies avec le renvoi devant un juge conciliateur, la comparution des parties en chambre du Conseil ou bien encore la nomination d'arbitres commerçants ou autres. A la lumière de leur expérience, la première solution leur apparaît plus adaptée pour des affaires peu importantes. Dérogeant au principe général qu'ils formulent, la proposition est faite pour ce contentieux que le législateur rende obligatoire et préalable la conciliation. Dans le deuxième cas de figure, Vindry, ancien président du tribunal de commerce de Lyon, informe les membres de la conférence régionale des modalités de la conciliation observée dans sa juridiction. Un juge possédant de l'expérience renvoie alors certaines affaires devant les sections pour conciliation. Les parties sont ainsi entendues et les juges proposent soit le prononcé d'un jugement soit une tentative de conciliation devant la chambre du conseil. Enfin, parmi les possibilités de concilier les parties, les juges consulaires peuvent désigner un arbitre. Les articles 428 et 429 du Code de procédure civile permettent notamment l'intervention d'arbitres conciliateurs ou à défaut de rapporteurs.

La conciliation a été ainsi organisée de manière pratique par les tribunaux de commerce. Leurs représentants s'entendent sur l'idée qu'il ne doit pas y avoir de tentative préliminaire obligatoire de conciliation pour les procès commerciaux. Ils affichent cependant la volonté de parvenir le plus souvent à concilier les parties pour éviter tout procès long et coûteux.

B. Avec l'article 427 du Code de procédure civile, les juges consulaires sont également soucieux de la rapidité de la procédure. Dans les cas visés (pièce produite méconnue, déniée ou arguée de faux), le tribunal de commerce doit surseoir à statuer sur la demande principale pour renvoyer l'affaire devant le tribunal civil. En de nombreux cas, notamment pour le paiement d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, le tribunal de première instance est ainsi amené à être saisi de l'incident mais non du fonds. L'article 427 est perçu comme « *une entrave, sans compensation pour le justiciable, apportée à l'exercice de la justice consulaire* ». La critique formulée est triple. La première tient à la pratique de nomination d'un expert par la juridiction de droit commun qui peut ralentir la marche du procès. Un jugement du tribunal de commerce doit renvoyer la vérification d'écriture devant le tribunal civil. Celui-ci va nommer un expert puis rendre un jugement sur l'expertise. La seconde critique formulée par les membres de la conférence a trait à la portée relative et contestable des conclusions des experts. Enfin, les membres de la conférence réfutent la compétence de la juridiction civile qui serait justifiée par la présence d'un représentant du ministère public pouvant intervenir en cas de présomption de faux. Les juges consulaires demandent une évolution législative pour leur permettre de saisir le Procureur de la République, absent de leur audience, et ainsi limiter l'importance de sa présence dans les juridictions civiles.

N'ayant plus à surseoir à statuer, les juridictions consulaires pourraient aussi contribuer à la défense de la société. Il ne serait alors pas besoin que la juridiction civile connaisse de l'incident en raison de la présence d'un représentant du ministère public.

Les juges des tribunaux de commerce formulent clairement la proposition de la suppression de cet article pour réserver à eux seuls la connaissance de cette question. A l'appui de cette demande, ils évoquent deux raisons principales.

Tout d'abord, ils ont pu faire remarquer que la Cour de cassation admet notamment par des arrêts du 4 août 1884, du 1er juin 1892 et du 26 juin 1894 que les juges devant lesquels une écriture ou signature est déniée peuvent procéder eux-mêmes à la vérification, sans avoir recours à une enquête ou expertise, à l'aide des pièces, documents ou circonstances de la cause.

Diverses décisions se sont prononcées en faveur des juridictions consulaires.

Ainsi un arrêt de la Cour d'appel d'Aix du 22 février 1870 a jugé que le tribunal de commerce, devant lequel une partie actionnée en exécution d'un engagement dénie sa signature, n'est pas tenu de surseoir pour la vérification préalable de la pièce par la juridiction civile. Cette possibilité lui est reconnue si l'exception lui paraît n'être pas sérieuse mais imaginée seulement pour les besoins de la cause. Divers jugements consulaires dans les années 1895-1897 adoptent aussi une position semblable. Mais, la jurisprudence de la Cour de cassation à la fin du XIXe s. ne reconnaît pas cette faculté aux juridictions

consulaires. La Cour d'appel de Riom ne statue pas différemment limitant le premier argument de la conférence. Une seconde raison à l'appui de la demande d'abrogation de l'article 427 du Code de Procédure Civile repose sur l'expérience particulière des juges du commerce pour apprécier ces situations : « *Les Tribunaux de commerce ont été institués afin que les difficultés qui surviennent à la suite des opérations commerciales soient tranchées par ce qu'on appelle des professionnels, c'est-à-dire par des hommes habitués aux affaires et devenus, par la pratique, compétents pour apprécier les faits et résoudre rapidement et autant que possible par eux-mêmes et sans le concours d'experts les procès portés devant eux* ». Leur légitimité justifie alors pour eux qu'ils connaissent du principal et des incidents.

Au XIX^e s., le débat législatif a été alimenté par différentes institutions qui avaient une connaissance de la pratique des affaires. Outre, par exemple, les Chambres de commerce, l'Union des banquiers des départements ou encore la Société d'Etudes législatives, la place des tribunaux de commerce mérite aussi d'être mise en lumière. Les conférences régionales des tribunaux de commerce poursuivent un objectif commun de représentation, de réflexion et de proposition liés aux intérêts du commerce auprès des pouvoirs publics pour les questions liées notamment à la résolution des conflits commerciaux. Elles agissent en relation avec la Conférence générale des Tribunaux de Commerce de France instituée à la fin du XIX^e s. qui a évolué en 2007 pour devenir la Conférence des Juges Consulaires.

ULRIKE MÜBIG

Universität de Passau, Allemagne

umuessig@uni-passau.de

I – EINLEITUNG

Das 1869 ins Leben gerufene Bundesoberhandelsgericht, seit der Reichsgründung 1871 als Reichsoberhandelsgericht bezeichnet und 1879 durch das Reichsgericht abgelöst, war ein gemeinsames Höchstgericht der deutschen Staaten im Zeitalter des Zusammenwachsens zum Nationalstaat des Deutschen Kaiserreiches. Es diente der Förderung der Rechtseinheit in der hauptsächlich von den Partikularrechten der Einzelstaaten geprägten Mehrrechtsordnung eines noch wenig gefestigten politischen Verbandes.

Recht ist ein gesellschaftlich und moralisch fundiertes Herrschaftsinstrument. Es ist daher ein wesentliches Element moderner Staatlichkeit¹ und unterhalb dieser Ebene Grundlage eines jeden politischen Zusammenschlusses. Das Bemühen um die politische Einigung heterogener Staatsgebilde muß daher mit einem Prozeß der Rechtsvereinheitlichung einhergehen.² Ohne die Entwicklung eines harmonisierten beziehungsweise vereinheitlichten Rechtssystems können staatenübergreifende politische Strukturen nicht zu einem auf Dauer gefestigten Verband zusammenwachsen. Für die Festigung des Zusammenwachsens heterogener politischer und gesellschaftlicher Gebilde ist darüber hinaus die Herstellung einheitlicher Lebensverhältnisse³ durch das vereinheitlichte Recht⁴ erforderlich.⁵

Da das Recht mit der Justiz und insbesondere der Höchstgerichtsbarkeit in einem untrennbaren Zusammenhang steht,⁶ setzt Rechtsvereinheitlichung⁷ eine Vereinheitlichung der Gerichtsbarkeit in Gestalt einer den einzelstaatlichen Gerichten als oberste Instanz übergeordneten Höchstgerichtsbarkeit

¹ Vgl. REINHARD, *Geschichte der Staatsgewalt. Eine vergleichende Verfassungsgeschichte Europas von den Anfängen bis zur Gegenwart*, 3. Auflage, München 2002, S. 281 f.

² Vgl. KRONKE, *Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts*, ZEuP 1997, 735.

³ Die Rechtsvereinheitlichung hat in dieser Hinsicht in gleicher Weise ein „sozialkonformes Recht wie ein rechtskonformes Sozialmilieu“ zu schaffen, GÖRLITZ, in: Görlitz/Voigt (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung* (Jahresschrift für Rechtspolitologie, Band 6), Pfaffenweiler 1992, S. 10; MOHNHAUPT, *Rechtseinheit durch Rechtsprechung? Zu Theorie und Praxis gerichtlicher Regelbildung im 19. Jahrhundert in Deutschland*, in: Peterson (Hrsg.), *Juristische Theoriebildung und Rechtliche Einheit. Beiträge zu einem rechtshistorischen Seminar in Stockholm im September 1992*, Lund 1993, S. 117, 119.

⁴ Die bewußte Gestaltung der Lebensverhältnisse durch Rechtsvereinheitlichung setzt ein instrumentelles Verständnis vom Recht voraus. Sie ist daher mit der Entstehung der rationalen Herrschaft des modernen Staates notwendig verbunden. STOLLEIS, *„Innere Reichsgründung“ durch Rechtsvereinheitlichung 1866–1880*, in: Starck (Hrsg.), *Rechtsvereinheitlichung durch Gesetze. Bedingungen, Ziele, Methoden*, Göttingen 1992, S. 15, 18.

⁵ Ebenda, S. 16.

⁶ MÜBIG, *Höchstgerichte im frühneuzeitlichen Frankreich und England*, in: Auer/Ogris/Ortlieb (Hrsg.), *Höchstgerichte in Europa. Bausteine frühneuzeitlicher Rechtsordnungen (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Band 53)*, Köln/Weimar/Wien 2007, S. 19, 20.

⁷ Zu differenzieren ist wegen der unterschiedlichen Voraussetzungen und Wirkungen zwischen *Rechtsvereinheitlichung* durch die Schaffung eines einheitlichen Normenbestandes seitens der Legislative und *Rechtsharmonisierung* durch Angleichung der Normanwendung im Einzelfall seitens der Judikatur, insbesondere der Höchstgerichtsbarkeit; vgl. HENNE, *Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ in den 1870er Jahren*. Startbedingungen, Methoden und Erfolge, Habil. Frankfurt am Main 2001, S. 11 f.

voraus.⁸ Diese dient der Förderung des Vereinheitlichungsprozesses durch die Anwendung und Auslegung der unterschiedlichen Partikularrechte und die Herausbildung übergreifender Rechtsprinzipien, durch eine den Gerichten der Einzelstaaten als Leitbild dienende vereinheitlichende Methode, Arbeits- und Argumentationsweise⁹ sowie durch die Klärung und Festigung legislativ geschaffenen Einheitsrechts des zusammenwachsenden Staatenverbundes.¹⁰ Auf diese Weise ist Höchstgerichtsbarkeit ein wesentlicher integrierender Faktor politischen und rechtlichen Zusammenwachsens.

Wie jeder Staatsbildungsprozeß setzte auch die Vereinigung Deutschlands im zweiten Kaiserreich die Gestaltung einheitlicher Lebensverhältnisse durch Rechtsvereinheitlichung voraus.¹¹ Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht diente, vergleichbar mit dem Reichskammergericht der frühen Neuzeit, dem Reichsgericht, dessen unmittelbarer Vorläufer es war, und dem heutigen EuGH,¹² durch Rechtsprechungseinheit der Harmonisierung des materiellen Rechts und dadurch mittelbar dem Zusammenwachsen der deutschen Einzelstaaten in der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts. Als erstes gemeinsames deutsches Höchstgericht seit dem Zusammenbruch des Alten Reiches und seiner Gerichtsbarkeit 1806 und unmittelbarer Vorläufer des Reichsgerichts hatte es wesentlichen Anteil an der Entwicklung der deutschen Rechtseinheit, die 1879 die Reichsjustizgesetze hervorbrachte und 1900 mit dem Inkrafttreten der umfassenden zivilrechtlichen Kodifikation des BGB ihren Abschluß fand.

II. GESCHICHTLICHE ENTWICKLUNG

Jahrhundertlang waren die Gerichte des Alten Reiches, das zuletzt in Wetzlar ansässige Reichskammergericht und der Reichshofrat in Wien, oberste Instanzen für die Justiz der deutschen Territorialstaaten gewesen. Sie bildeten zwar keine zentrale Justizhoheit in einem einheitlichen Rechtsraum, waren aber gleichwohl ein integrierender Zusammenhalt für die politisch und rechtlich zersplitterten Reichsterritorien,¹³ da auch die Gerichte der mit weitreichenden Appellationsprivilegien ausgestatteten Staaten durch die Nichtigkeitsbeschwerde (*querela nullitatis*) und die Beschwerde wegen Rechtsverweigerung und -verzögerung (*querela denegatae vel protractae iustitiae*) ihrer Kontrolle unterworfen waren;¹⁴ es förderte die reichseinheitliche Rezeption des römischen Rechts und die Ausbildung des gemeinen Prozeßrechts durch den Kameralprozeß.¹⁵ Diese gemeinsame Höchstgerichtsbarkeit kam 1806 mit dem Ende des Alten Reiches in Wegfall.¹⁶ Die Bestrebungen, den 1806 vollends zum Durchbruch

⁸ Ein besonders herausragendes Beispiel für Rechtsvereinheitlichung durch Zentralisierung der Justiz bietet die englische Entwicklung; vgl. SEIF, *Recht und Justizhoheit. Historische Grundlagen des gesetzlichen Richters in Deutschland, England und Frankreich*, Berlin 2003, S. 152; MOHNHAUPT (oben Note 3), S. 118 Note 7.

⁹ RANIERI, *Das Reichskammergericht und der gemeinrechtliche Ursprung der deutschen Zivilrechtlichen Argumentationstechnik*, ZEuP 1997, 718.

¹⁰ Vgl. KRONKE (oben Note 2), 736.

¹¹ HENNE, *Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“* (oben Note 7), S. 2; vgl. STOLLEIS (oben Note 4), S. 25. H. BRUNNER, *Die Rechtseinheit* (Festrede am 22. März 1877), in: Rauch (Hrsg.), *Abhandlungen zur Rechtsgeschichte. Gesammelte Aufsätze von Heinrich Brunner*, Band II, Weimar 1931, S. 361, 362 f. sah in dem jahrhundertelangen Mangel an ausreichender Gerichtseinheit die Ursache des deutschen Rechtspartikularismus.

¹² EVERLING, *Rechtsvereinheitlichung durch Rechtsprechung – Anmerkungen aus der Sicht eines ehemaligen europäischen Richters*, ZEuP 1997, 796, 797.

¹³ BUSCHMANN, *100 Jahre Gründung des Reichsgerichts. Zur Entwicklung der Höchstgerichtsbarkeit in Deutschland*, NJW 1979, 1966, 1968; LAUFS, *Die Anfänge einheitlicher höchster Gerichtsbarkeit in Deutschland. Zur Gründung des Bundesoberhandelsgerichts vor hundert Jahren*, JuS 1969, 256.

¹⁴ EISENHARDT, *Die kaiserlichen privilegia de non appellando* (Quellen und Forschungen zur höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Band 7), Köln/Wien 1980, S. 13; WEITZEL, *Funktion und Gestalt der Gerichtsprivilegien*, in: Dölemeyer/Mohnhaupt (Hrsg.), *Das Privileg im europäischen Vergleich*, Band 1 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, Ius Commune Sonderhefte 93), Frankfurt am Main 1997, S. 191, 195; WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Auflage 1967, S. 177 f.; vgl. auch MÜBIG, *Gesetzlicher Richter ohne Rechtsstaat? Eine historisch-vergleichende Spurensuche* (Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin, Heft 182), Berlin 2007, S. 27 f.

¹⁵ LAUFS, „Reichskammergericht“, in: HRG IV, 1. Auflage 1986, S. 655, 658 f.; WIEACKER (oben Note 14), S. 177, 182 f.

¹⁶ Zwar bestand vom Ende des Alten Reiches 1806 bis zur Gründung des Bundesoberhandelsgerichts 1869 kein gemeinsames Höchstgericht aller deutschen Territorien. Gewisse rechtsharmonisierende Wirkung, die indes noch nicht hinreichend erforscht ist, ging aber gleichwohl von einigen partikularstaatlichen Oberappellationsgerichten, insbesondere dem Oberappellationsgericht der vier freien Städte in Lübeck, aus. Vgl. HENNE, *Rechtsharmonisierung*

gelangten Partikularismus einzuschränken und durch politische Zusammenschlüsse und rechtliche Vereinheitlichung das Ziel eines gesamtdeutschen Nationalstaates zu erreichen, waren das zentrale Motiv der deutschen Geschichte im neunzehnten Jahrhundert.¹⁷

Noch während der Befreiungskriege gegen Napoleon wurden Stimmen laut, die die Wiedererrichtung des Reichskammergerichts in reformierter Gestalt forderten.¹⁸ Verstärkt wurde die Diskussion um die deutsche Rechtseinheit durch die 1814 erschienene Schrift Thibauts „Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland“¹⁹.

Gegenstand der zahlreichen Pläne eines deutschen Nationalstaates war zwar stets auch die Schaffung eines obersten Gerichts. Dabei ging es aber stets nur um eine weitgehend auf Streitigkeiten zwischen den einzelnen Staaten beschränkte gemeinsame Verfassungsgerichtsbarkeit, kein gemeinsames Höchstgericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit.²⁰ Auch den Wiener Kongreß beschäftigte die Frage nach

durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 14.

¹⁷ Vgl. KIRCHNER, *Das Ringen um ein Bundesgericht für den Deutschen Bund*, in: *Glanzmann* (Hrsg.), Ehrengabe für Bruno Heusinger, München 1968, S. 19 ff.

¹⁸ Zu Bestrebungen einheitlicher Gerichtsbarkeit zwischen 1806 und 1814 SOLBRIG, *Der Gedanke einer einheitlichen deutschen Gerichtsbarkeit im 19. Jahrhundert*, Breslau 1919, S. 15 ff. Bereits am 17./18. September 1812 schlug der damals in russischen Diensten stehende FREIHERR VOM STEIN, der vehement für eine deutsche Einigung eintrat, eine Restauration des alten Reiches aber grundsätzlich ablehnte, in einer Denkschrift für Zar Alexander I. vor, die Reichsgerichte wiederherzustellen, um einen gewissen Grad an Einheit unter den deutschen Staaten herzustellen: FREIHERR VOM STEIN, *Ausgewählte politische Briefe und Denkschriften*, hrsg. von Botzenhart/Ipsen, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S. 326: „In dieser Absicht müssen wir, um nur einigermaßen Einheit zu erhalten, Preußen vernichten, die geistlichen und kleinen weltlichen Fürsten, die Reichsritterschaft, die Reichsstädte, die Reichsgerichte wiederherstellen, denn nur durch diese Werkzeuge könnte Österreich eine Oberherrschaft auf Einfluß und das Ansehen der Übermacht gründen.“ GETZ, *Die deutsche Rechtseinheit im 19. Jahrhundert als rechtspolitisches Problem* (Bonner rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Band 70), Bonn 1966, S. 19; vgl. auch BUSCHMANN (oben Note 13), 1969; KERN, *Geschichte des Gerichtsverfassungsrechts*, München/Berlin 1954, S. 67. Das mit England in Personalunion regierte Kurfürstentum Hannover trat für eine Restauration des Alten Reiches ein, WILLOWEIT, *Deutsche Verfassungsgeschichte*, 5. Auflage, München 2005, S. 288.

¹⁹ STERN (Hrsg.), *Thibaut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften, mit einer Einführung von Hattenbauer*, Neuauflage München 1973, S. 61 ff.; SCHÖLER, *Deutsche Rechtseinheit. Partikulare und nationale Gesetzgebung 1780–1866* (Forschungen zur Deutschen Rechtsgeschichte, Band 22), Köln/Weimar/Wien 2004, S. 106 ff.

²⁰ HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band I: Reform und Restauration 1789–1830, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1975, S. 616; KIRCHNER (oben Note 17), S. 19. FREIHERR VOM STEIN wollte die Entscheidung von Streitigkeiten der einzelnen Staaten untereinander sowie zwischen den Fürsten und ihren Untertanen einem Ausschuß des Bundestages übertragen, Denkschrift zur deutschen Verfassungsfrage vom 10. März 1814, in: Müller (Hrsg.), *Quellen zur Geschichte des Wiener Kongresses 1814/1815*, (Ausgewählte Quellen zur deutschen Geschichte der Neuzeit, Band XXIII), Darmstadt 1986, S. 303 f.: „Der Bundestag würde jährlich nur sechs Wochen lang versammelt sein. Seine Befugnisse würden sein: Die Bundesgesetzgebung, die Auflagen zu Bundeszwecken und die Entscheidung der Streitigkeiten zwischen den verbündeten Staaten, zwischen den Fürsten und ihren Untertanen. Er ernannt einen Ausschuß, der sie entscheidet und die Ausführung besorgt.“ Nach einer Vorlage WILHELM VON HUMBOLDTS sollte ein unabhängiges Bundesgericht für die Entscheidung über Beschwerden von Untertanen oder Ständen eines Bundesmitgliedes gegen ihre Regierung zuständig sein, ebenda, S. 308 f.: „18. Es wird ein Deutsches Bundesgericht geschaffen werden. Es wird seinen Sitz an einem anderen Ort als die Bundesversammlung haben; es wird vollkommene Unabhängigkeit genießen, sowohl von den einzelnen Fürsten als auch vom Bundesausschuß, und es wird nur der Bundesversammlung als ganzer unterstellt sein. Die Ernennung der Richter wird bei allen Bundesmitgliedern liegen nach in der Verfassung festzulegenden näheren Bestimmungen. 19. Dieses Gericht wird insbesondere dazu bestimmt sein, über Beschwerden zu entscheiden, welche die Untertanen oder die Stände eines der Bundesmitglieder gegen ihre Regierung vorbringen.“ Auch HARDENBERG sah in Art. 27 der zweiten Fassung seines Entwurfs der Grundlagen einer deutschen Bundesverfassung ein für Streitsachen der Fürsten und Stände untereinander zuständiges Bundesgericht vor, ebenda, S. 329: „Es wird ein eigenes Bundesgericht in Frankfurt am Main angeordnet, dessen Mitglieder von den Bundesständen nach einer zu bestimmenden Norm zu präsentieren sind und welches einen Senat zur Instruktion und einen zum Spruch in erster Instanz, einen dritten zum Spruch in letzter Instanz in Streitsachen der Fürsten und Stände unter sich enthalten soll. Mediatisierte können nur in persönlichen Sachen oder in solchen, die aus Verletzung des Bundesvertrags entstehen, vor diesem Bundesgericht Recht nehmen. Übrigens gehören ihre Prozesse vor die Landesgerichte.“ Noch die erste Fassung Hardenbergs Entwurfs sah kein eigenständiges Bundesgericht, sondern nur eine gerichtliche Kompetenz des Bundesrates und der Bundesversammlung vor (ebenda).

einem gemeinsamen deutschen Bundesgericht.²¹ Eine einheitliche Höchstgerichtsbarkeit als oberste Instanz in der ordentlichen Gerichtsbarkeit war indes nicht Gegenstand der Verhandlungen des Kongresses, sondern nur eine gemeinsame Verfassungsgerichtsbarkeit.²² Schließlich kam es im Deutschen Bund nicht zu einer einheitlichen Höchstgerichtsbarkeit, die der Harmonisierung und Vereinheitlichung des materiellen Rechts hätte förderlich sein können, sondern nur zu einer Vermittlungs- und Austrägalgerichtsbarkeit für Streitigkeiten zwischen einzelnen Bundesterritorien,²³ die keine oberste Instanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit war und daher nicht als einheitliches Höchstgericht des Bundes angesehen werden kann.²⁴ Daß der Deutsche Bund weder die materielle Rechtsvereinheitlichung²⁵ noch

²¹ Nach SOLBRIG (oben Note 18), S. 17 war die „Schaffung einer einheitlichen kraftvollen Bundesgerichts[b]arkeit“ „eine der wichtigsten Aufgaben des Wiener Kongresses“. Zu den auf dem Wiener Kongreß vorgelegten Entwürfen einer gemeinsamen Gerichtsbarkeit ebenda, S. 23 ff. Der Entwurf der preußischen Bevollmächtigten vom 10. Februar 1815 sah die Gründung eines Bundesgerichts vor, das über Streitigkeiten der unmittelbaren Bundesglieder untereinander und Klagen mittelbarer Personen gegen jene entscheiden, in seiner Zuständigkeit aber weitgehend auf verfassungsrechtliche Fragen beschränkt bleiben sollte, Klüber (Hrsg.), *Acten des Wiener Congresses in den Jahren 1814. und 1815.*, Zweiter Band, *Neudruck der Ausgabe 1815*, Osnabrück 1966, S. 47 ff.: „§ 98. Um in denjenigen Fällen, wo die Gerechtigkeit nur von dem Bunde selbst gehandhabt werden kann, dieselbe nach festen und unwandelbaren Grundsätzen auszuüben, und alle Willkühr und jeden persönlichen Einfluß davon auszuschließen, wird ein beständiges Bundesgericht, welches in derselben Stadt, wie der Bundesrath, seinen Sitz hat errichtet. [...] § 102. Zur Befugnis des Bundesgerichts gehören nur zwei Arten von Rechtshändeln, nämlich: a) die Streitigkeiten der unmittelbaren Bundesglieder unter einander; b) die Klagen mittelbarer Personen gegen unmittelbare Bundesglieder, wegen Verletzung der innern Landesverfassung, und solcher in denselben gegründeten einzelnen Rechte, welche durch den Bundes- oder einen andern Staatsvertrag ausdrücklich zugesichert sind.“ Ähnliche Absichten lagen auch den auf Hardenbergs Vorschlag beruhenden, zwischen Preußen, Österreich und Hannover vereinbarten zwölf Artikeln zugrunde, Quellen zur Geschichte des Wiener Kongresses (oben Note 20), S. 352 f.: „10. Die deutschen Fürsten begeben sich gleichfalls des Rechtes der Bekriegung untereinander, und unterwerfen ihre Streitigkeiten (insofern sie sich nicht durch Austrägalinstanz abmachen lassen) einer, nach festzusetzenden Bestimmungen, zugleich von dem Rat der Kreisobersten und einem Bundesgericht zu erlassenden richterlichen Entscheidung. Das zu diesem Behuf anzuordnende Bundesgericht spricht auch über Klagen, die über Verletzungen des Bundesvertrags in einzelnen Ländern bei demselben erhoben werden.“ Diese von Hardenberg und Metternich ausgearbeiteten zwölf Artikel stießen aber auf heftigen Widerstand der süddeutschen Staaten, WILLOWEIT (oben Note 18), S. 289. Max I. Joseph von Bayern lehnte die Errichtung eines Bundesgerichts ab, Weisung an Wrede, ebenda, S. 379: „Das so vielfach schon zur Sprache gebrachte Bundesgericht wird noch immer, obgleich sein eigentlicher Wirkungskreis und Befugnisse noch nicht einmal genau ausgeschieden sind, bei allen Gelegenheiten als nöthig angegeben, und zwar darum, daß bei demselben mehr über das Mein und Dein der Rechte unter den Staaten, als unter den Privaten entschieden werden solle. Je näher und mehr man diese Einrichtung prüfet, desto mehr überzeugt man sich von ihrer Unzuläßigkeit. Wir sehen nicht ein warum zu Erreichung des so eben genannten ersten Zweckes nicht schon die Austrägal Instanz hinreichen, vielmehr noch ein Tribunal gebildet werden solle, welches im auffallenden Contrast mit allen Souveränitäts Rechten, und nichts andres ist, als das mit allen seinen Gebrechen, nur unter andern Namen zurückgekommene Reichsgericht. Wir gehen immerhin von der wahren Absicht des zu errichtenden Deutschen Bundes aus. Diese ist keine andere, als die Sicherung und Beschützung Deutschlands von Außen, die Erhaltung der Souveränität und der Besitzungen aller Bundes Mitglieder. Die innern Verhältnisse und Rechte des einzelnen deutschen Bundesstaats müßen ungekränkt belassen werden. Wenn auch gesagt wird, daß der Unterthan eines Bundesgliedes vorerst bei den Justizstellen seines Landes klagbar aufzutreten, und ihm dort die Justiz verweigert worden seyn müße, ehe er mit seiner Klage sich an das Bundesgericht wenden dürfe, so zieht dieses doch nicht weniger den Souverän vor einen andern Richterstuhl, was mit dem Begriff der Souveränität nicht vereinbar ist. Unser Feldmarschall Fürst Wrédé hat daher in Unserm Namen bestimmt sich gegen die Errichtung des Bundesgerichtes, sobald der Gegenstand wieder zur Deliberation gebracht wird, zu erklären.“ Vgl. GETZ (oben Note 18), S. 19 ff.; KIRCHNER (oben Note 17), S. 19 f.; LAUFS (oben Note 13), 256.

²² SOLBRIG (oben Note 18), S. 18.

²³ Art. 11 Abs. 3 der Deutschen Bundesakte, WILLOWEIT/SEIF, *Europäische Verfassungsgeschichte*, München 2003, S. 556; Bundes-Austrägal-Ordnung vom 16. Juni 1817, HUBER, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Band I: Deutsche Verfassungsdokumente 1803–1850, 3. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1978, S. 114–116; SOLBRIG (oben Note 18), S. 34 ff.

²⁴ BUSCHMANN (oben Note 13), 1969; KIRCHNER (oben Note 17), S. 19; WINKLER, *Das Bundes- und spätere Reichsoberhandelsgericht. Eine Untersuchung seiner äußeren und inneren Organisation sowie seiner Rechtsprechungstätigkeit unter besonderer Berücksichtigung der kaufmännischen Mängelrüge (Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft, Band 94)*, Paderborn/München/Wien/Zürich 2001, S. 17.

²⁵ SOLBRIG (oben Note 18), S. 19: „Das [m]aterielle Recht aber in ganz Deutschland gleich zu gestalten, lag [wegen der starken Verankerung der Partikularrechte] zur Zeit des Wiener Kongresses noch zu fern.“

Rechtsharmonisierung durch eine einheitliche Höchstgerichtsbarkeit ermöglichte, ist auf das seiner Konzeption zugrunde liegende Prinzip zurückzuführen, daß die Souveränität der Einzelstaaten weitgehend unangetastet blieb.²⁶

„Motor“ der staatlichen und rechtlichen Einigungsbestrebungen war in den folgenden Jahrzehnten das wirtschaftliche Zusammenwachsen der deutschen Territorien, das 1833 in der Gründung des Zollvereins zum Ausdruck kam.²⁷ Auf Grund dessen Initiativen wurde 1847 die Allgemeine Deutsche Wechselordnung (ADWO) erlassen, die das wirtschaftlich bedeutsame Wechselrecht bundeseinheitlich regelte, und in den einzelnen Bundesstaaten in Kraft gesetzt.²⁸ In den Jahren ab 1856 folgte das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB).²⁹ Beide Gesetze konnten aber wegen der beschränkten Bundesgewalt nicht vom Deutschen Bund selbst erlassen, sondern von diesem nur empfohlen werden; verabschiedet werden mußten sie in den einzelnen Mitgliedstaaten als Landesgesetz.³⁰

Die Paulskirchenverfassung von 1849³¹ übertrug der Reichsgewalt in ihrem § 64 Zuständigkeit und Aufgabe der Rechtsvereinheitlichung im bürgerlichen Recht, Handels- und Wechselrecht, Strafrecht und gerichtlichen Verfahren.³² Sie sah zugleich die Errichtung eines Reichsgerichts vor, das neben staatsrechtlichen Zuständigkeiten auch solche im Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit erhalten sollte; im Zivil- und Strafrecht sollte es aber nur erstinstanzlich, nicht hingegen als Revisions- oder oberstes Berufungsgericht tätig werden.³³ Es war nicht als gemeinsames Höchstgericht, sondern als Verfassungsgericht konzipiert,³⁴ und hätte daher keine eigene rechtsharmonisierende Wirkung als Höchstgericht entfalten können. Diese Vorschriften kamen aber nicht zu praktischer Wirksamkeit, da die politische Umsetzung der Paulskirchenverfassung scheiterte. Auch die auf dem preußischen Versuch der Gründung einer Deutschen Union von 1849/1850³⁵ beruhende, von Preußen, Sachsen und Hannover vorgeschlagene Erfurter Unionsverfassung vom 28. Mai 1849³⁶ sah ein Reichsgericht, das dem des Paulskirchenentwurfs weitgehend entsprechen sollte, als unabweisliches Bedürfnis einer gesamtdeutschen Verfassung vor,³⁷ kam aber wegen des Widerstandes der süddeutschen Staaten und Österreichs ebenfalls nicht zum Zuge.³⁸

²⁶ Präambel sowie Art. 1 der Deutschen Bundesakte, HUBER, Dokumente I (oben Note 23), S. 84 f.; vgl. STOLLEIS, *Souveränität um 1814*, in: Müßig (Hrsg.), *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt. Symposium für Dietmar Willoweit* (Grundlagen der Rechtswissenschaft, Band 6), Tübingen 2006, S. 101, 108–111; WILLOWEIT (oben Note 18), S. 288.

²⁷ KARL E. MÜLLER, *Die ersten fünfundsiebzig Jahre des Reichsgerichts*, in: *Die ersten fünfundsiebzig Jahre des Reichsgerichts*, Sonderheft des Sächsischen Archivs für Deutsches Bürgerliches Recht, Leipzig 1904, S. 1, 5; SOLBRIG (oben Note 18), S. 62; WEISS, *Die Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts in Strafsachen*, Marburg 1997, S. 69; WINKLER (oben Note 24), S. 18; vgl. zur Bedeutung des Zollvereins für die deutsche Rechtsvereinheitlichung Getz (oben Note 18), S. 35 f.

²⁸ LAUFS (oben Note 13), 257.

²⁹ Vgl. WIEACKER (oben Note 14), S. 462.

³⁰ WINKLER (oben Note 24), S. 18 f.

³¹ WILLOWEIT/SEIF (oben Note 23), S. 562 ff.

³² GETZ (oben Note 18), S. 122 f.; LAUFS (oben Note 13), 257.

³³ §§ 125–129 der Reichsverfassung vom 28. März 1849, WILLOWEIT/SEIF (oben Note 23), S. 578 f.; HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band II: *Der Kampf um Einheit und Freiheit 1830–1850*, 3. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1988, S. 825; KIRCHNER (oben Note 17), S. 25 f. Vorschläge für weitere Kompetenzen des Reichsgerichts konnten sich im Rahmen der Verfassungsdiskussion der Paulskirche nicht durchsetzen: GETZ (oben Note 18), S. 124–126.

³⁴ EISENHARDT, *Zu den historischen Wurzeln der Verfassungsgerichtsbarkeit in Deutschland*, in: Battenberg/Ranieri (Hrsg.), *Geschichte der Zentraljustiz in Mitteleuropa. Festschrift für Bernhard Diestelkamp zum 65. Geburtstag*, Weimar/Köln/Wien 1994, S. 17, 34 f.; GRIMM, *Gewaltentzüge, Konfliktpotential und Reichsgericht in der Paulskirchen-Verfassung*, in: Müßig (Hrsg.), *Konstitutionalismus und Verfassungskonflikt* (oben Note 26), S. 257, 261; SOLBRIG (oben Note 18), S. 65.

³⁵ HUBER, Dokumente I (oben Note 23), S. 534–540.

³⁶ Ebenda, S. 551–559.

³⁷ Berliner Denkschrift vom 11. Juni 1849, in: *Aktenstücke betreffend das Bündnis vom 26. Mai und deutsche Verfassungs-Angelegenheit*, S. 99 ff.; KIRCHNER (oben Note 17), S. 26 f.; SOLBRIG (oben Note 18), S. 76 f.

³⁸ GETZ (oben Note 18), S. 128; HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte II* (oben Note 33), S. 888 ff.

In den ersten Jahrzehnten der zweiten Jahrhunderthälfte gewannen die Bemühungen um eine Vereinheitlichung des materiellen Rechts an Dynamik.³⁹ Die Pläne einer Reform des Deutschen Bundes, die in der Frankfurter Reformakte von 1863⁴⁰ mündeten, sahen auch ein gemeinsames Bundesgericht vor, das allerdings wiederum vor allem verfassungsrechtliche Zuständigkeiten erhalten sollte.⁴¹ Diese Bundesreformpläne kamen indes nicht zur Umsetzung.⁴²

Der 1860 gegründete Deutsche Juristentag beschäftigte sich mit umfangreichen Vorschlägen zur Förderung der Rechtseinheit⁴³ und sah einen gemeinsamen höchsten Gerichtshof der ordentlichen Gerichtsbarkeit zumindest für die bereits materiellrechtlich vereinheitlichten Rechtsgebiete des Handels- und Wechselrechts⁴⁴ als notwendiges Element der Einheit der Rechtsanwendung an.⁴⁵ Die Juristentage der folgenden Jahre nach 1860 entwickelten allerdings kaum neue Standpunkte zur Gründung eines einheitlichen Bundesgerichts.⁴⁶ Auch der erste Allgemeine Deutsche Handelstag empfahl 1861 die Einrichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen, um die durch die ADWO und das ADHGB bereits teilweise erreichte Rechtseinheit auf dem Gebiete des Handelsrechts zu erhalten und auszubauen, ohne diesem Thema jedoch besonders hohe Priorität beizumessen.⁴⁷ Von parlamentarischer Seite sprachen sich das preußische Abgeordnetenhaus sowie Abgeordnete der zweiten Kammern von Nassau, Baden und Württemberg für einen obersten Gerichtshof für Handelssachen aus, ohne indes praktische Vorschläge für dessen konkrete Ausgestaltung zu machen.⁴⁸ So hatte sich zwar vielfach die Ansicht durchgesetzt, daß eine gemeinsame höchstrichterliche Instanz der deutschen Staaten aus wirtschaftlichen, politischen und rechtlichen Gründen eine Notwendigkeit sei. Nach 1863 war ein gemeinsames oberstes Handelsgericht aber kaum noch Gegenstand von Politik und Diplomatie. Daher konnte bei der Gründung des Bundesoberhandelsgerichts nicht an eine zuvor geführte Debatte angeknüpft werden, die der Rechtsharmonisierung durch Höchstgerichtsbarkeit den Boden bereitet hätte.⁴⁹

³⁹ SCHÖLER (oben Note 19), S. 300.

⁴⁰ HUBER, *Dokumente zur Deutschen Verfassungsgeschichte*, Band II: Deutsche Verfassungsdokumente 1851–1900, 3. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1986, S. 142–153.

⁴¹ BUSCHMANN (oben Note 13), 1969; HUBER, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Band III: Bismarck und das Reich, 3. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1988, S. 431 f.; SOLBRIG (oben Note 18), S. 79.

⁴² KIRCHNER (oben Note 17), S. 33; LAUFS (oben Note 13), 257.

⁴³ Die Förderung der Rechtseinheit war der Hauptzweck des Deutschen Juristentages, vgl. GETZ (oben Note 18), S. 141.

⁴⁴ Gegenstand der Diskussion des Juristentages war „ein Gerichtshof, dessen sofortige Einführung bezüglich des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Deutschen Rechts (Wechselordnung), sowie des zu schaffenden (Handelsrechts) wünschenswerth erscheint.“ Verhandlungen des Ersten Deutschen Juristentages, Berlin 1860, S. 279.

⁴⁵ Verhandlungen des 1. DJT (oben Note 44), S. 278–280: „zu einer Einheit in der Rechtsanwendung kann nur ein höchster Gerichtshof führen, dessen sofortige Einführung bezüglich des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Deutschen Rechts sowie des noch zu schaffenden wünschenswerth erscheint.“ Schreiben des Zweiten Präsidenten des Königlichen Ober-Tribunals Herrn DR. BORNEMANN in Berlin an die Commission der Juristischen Gesellschaft für Ausschreibung eines Deutschen Juristentages, ebenda, S. 66, 69: „Zu einer Einheit in der Rechtsanwendung kann nur ein höchster Gerichtshof führen, dessen Zusammensetzung, dauerndes oder zeitweises Zusammentreten, und Wirkungskreis näher zu erwägen sein wird.“ Antrag des Herrn Staatsanwalts a.D. DR. KLAUHOLD in Hamburg, ebenda, S. 131 f., der sich dafür aussprach, „daß unabhängig von der Frage, ob ein gemeinsames Deutsches Handelsgesetzbuch zu Stande gebracht wird oder nicht, die Errichtung eines obersten Gerichtshofes zur Entscheidung von Handelsrechtsfragen eine nothwendige Voraussetzung zur ferneren gleichmäßigen Ausbildung des Deutschen Handelsrechts ist, und empfiehlt als einen zur Erreichung dieses Zwecks beachtenswerthen Vorschlag, daß durch Auftrag sämmtlicher Deutschen Staaten das Ober-Appellationsgericht der vier freien Städte, unter Verstärkung dessen Personals auf allgemeine Kosten, als Gerichtshof zur Entscheidung von handelsrechtlichen Fragen in letzter Instanz, bestellt werde.“

⁴⁶ Vgl. ausführlich HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 21–28; LAUFS (oben Note 13), 257.

⁴⁷ Verhandlungen des Ersten Deutschen Handelstags, Berlin 1861, S. 61, 81 f., 110; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 29; SCHUBERT, Die deutsche Gerichtsverfassung (1869–1877) – Entstehung und Quellen (Ius Commune Sonderhefte 16), Frankfurt am Main 1981, S. 140 f. Note 3.

⁴⁸ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 16 f. Note 16; SCHUBERT (oben Note 47), S. 140 f.

⁴⁹ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 19.

1867 erhielt mit der Gründung des Norddeutschen Bundes die politische Einigung entscheidenden Vortrieb. Zwar sah die Verfassung des Norddeutschen Bundes vom 16. April 1867⁵⁰ keine eigene Gerichtsbarkeit vor.⁵¹ Der Bund erhielt aber eine Beaufsichtigungskompetenz für „die gemeinsame Gesetzgebung über das Obligationenrecht, Strafrecht, Handels- und Wechselrecht und das gerichtliche Verfahren“,⁵² kraft derer die bisher nur als Partikularrecht geltenden vereinheitlichten Gesetze, die ADWO und das ADHGB, durch Gesetz vom 5. Juni 1869⁵³ in den Rang von Bundesgesetzen erhoben werden konnten.⁵⁴ Dieser materiellrechtliche Schritt der Rechtsvereinheitlichung verlieh auch den Forderungen nach einem gemeinsamen obersten Bundesgericht neue Aktualität. In diesem Zusammenhange legte die sächsische Regierung dem Bundesrat am 23. Februar 1869 einen „Entwurf, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofs in Handelssachen“⁵⁵ vor.⁵⁶ Zur Begründung äußerte sie die Befürchtung, die Rechtseinheit könnte leiden, wenn die Bundesgesetze durch partikuläre Gerichte unterschiedlich ausgelegt würden.⁵⁷ Der sächsische Entwurf faßte bereits die „Möglichkeit in’s Auge [...], daß der neue Gerichtshof für ein größeres, als das jetzige Bundesgebiet zuständig wird“⁵⁸. Da die Diskussion um ein gemeinsames Bundesgericht in den Jahren vor 1869 weitgehend zum Stillstand gekommen war und keine anderweitigen konkreten Vorschläge vorlagen, knüpfte der sächsische Entwurf nicht an die frühere Debatte an; das Bundesoberhandelsgericht des sächsischen Entwurfs muß somit als völlig neue, von früheren Diskussionen losgelöste Institution angesehen werden.⁵⁹

Der Entwurf war nicht unumstritten; im Gesetzgebungsverfahren wurden etliche Bedenken gegen ihn vorgebracht. Ein Antrag Hamburgs lehnte ihn ab und forderte statt dessen einen für das gesamte Straf- und Zivilrecht zuständigen obersten Gerichtshof, denn eine Beschränkung auf Handelssachen müsse der Rechtsprechungsvereinheitlichung abträglich sein.⁶⁰ Andere Gegner des Entwurfs sahen Gefahren für die Rechtsprechung der einzelstaatlichen Höchstgerichte, denn auch ein auf Fälle des Handelsrechts beschränktes Bundesgericht werde zumindest inzident über Rechtsfragen des Partikularrechts entscheiden müssen, mit denen es nicht hinreichend vertraut sein könne. Auch stehe einer gemeinsamen obersten Gerichtsbarkeit das Fehlen eines einheitlichen Prozeßrechts entgegen.⁶¹ Lübeck befürchtete darüber hinaus Kompetenzverluste für sein Hanseatisches Oberappellationsgericht, dem durch das zu gründende Bundesoberhandelsgericht nahezu zwei Drittel seiner Rechtsfälle entzogen würden.⁶² Zudem wurden verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Gründung des

⁵⁰ BGBl. 1867, 2 ff.; HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 272–285.

⁵¹ LAUFS (oben Note 13), 258. In Verfassungsstreitigkeiten und Fällen von Justizverweigerung sollte der Bundesrat entscheiden; die letztinstanzliche Zuständigkeit für Hoch- und Landesverrat wurde dem gemeinschaftlichen Oberappellationsgericht der freien Städte in Lübeck zugewiesen. Vgl. SOLBRIG (oben Note 18), S. 85.

⁵² Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 273; vgl. GETZ (oben Note 18), S. 155–157.

⁵³ BGBl. 1869, 379 ff.

⁵⁴ LAUFS (oben Note 13), 258; WINKLER (oben Note 24), S. 20.

⁵⁵ GOTTER, Der Entwurf des Gesetzes, betreffend die Errichtung eines obersten Gerichtshofes für Handelssachen, Archiv für Theorie und Praxis des Allgemeinen deutschen Handelsrechts 16, 1869, I ff.

⁵⁶ Der Entwurf der sächsischen Regierung ging auf eine Anregung der Leipziger Handelskammer zurück; LOBE, Fünfzig Jahre Reichsgericht am 1. Oktober 1929, Berlin/Leipzig 1929, S. 3.

⁵⁷ KAI MÜLLER, Der Hüter des Rechts. Die Stellung des Reichsgerichts im Deutschen Kaiserreich 1879–1918 (Hannoversches Forum der Rechtswissenschaften, Band 4), Baden-Baden 1997, S. 25; vgl. GOTTER (oben Note 55), S. III f.

⁵⁸ Zitiert nach WINKLER (oben Note 24), S. 28.

⁵⁹ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 19. Dies hatte den Vorteil, daß das BOHG-G ohne Bezugnahme auf frühere Diskussionen in kurzer Zeit verabschiedet werden konnte und die Akzeptanz des Gerichts in den Anfangsjahren nicht unter dem Kreuzfeuer fortgesetzter Streitigkeiten um seine Gründung zu leiden hatte.

⁶⁰ KAI MÜLLER (oben Note 57), S. 25.

⁶¹ GOTTER (oben Note 55), S. V f.; WINKLER (oben Note 24), S. 23.

⁶² Vgl. die Äußerung des Abgeordneten VON BERNUTH in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode – Session 1869, Band II, S. 783, 793: „Oeffentliche Blätter haben uns die Nachricht gebracht, daß aus den Hansestädten die Behauptung aufgestellt sei, das Zustandekommen dieses Gerichtshofes würde – ich möchte sagen – tödtlich sein für das Ober-Appellationsgericht in Lübeck, insofern tödtlich, als 3/5 aller bisherigen Sachen zu denjenigen gezählt werden, die durch Niedersetzung des neuen

Bundesoberhandelsgerichts geäußert: Art. 4 Nr. 13 der Verfassung des Norddeutschen Bundes⁶³ berechtige diesen nur zur Beaufsichtigung des gerichtlichen Verfahrens, die die Schaffung eines eigenen Höchstgerichts nicht erfasse, so daß eine Kompetenzerweiterung im Wege der Verfassungsänderung notwendig sei.⁶⁴

Obwohl somit scheinbar die „lebhaftesten juristischen Bedenken“⁶⁵ gegen die Gründung des Bundesoberhandelsgerichts bestanden, wurde das BOHG-Gesetz noch in der ersten Jahreshälfte 1869 verabschiedet⁶⁶ und trat am 5. August 1870 in Kraft, denn in weitgehender Einigkeit sah man das Erfordernis, „mit dieser ersten gemeinsamen nationalen Institution den Weg für einen umfassenden Bundesgerichtshof zu ebnen“⁶⁷. Ebenfalls am 5. August 1870 konstituierte sich das Bundesoberhandelsgericht in Leipzig⁶⁸. Im Zuge der Gründung des Deutschen Kaiserreiches wurde es zu einem Reichsgericht mit entsprechender Ausweitung der örtlichen Zuständigkeit. Durch Plenarbeschluß vom 2. September 1871⁶⁹ benannte es sich in „Reichsoberhandelsgericht“ um.⁷⁰ Im Zuge der Schaffung einer einheitlichen Rechtspflege durch die Reichsjustizgesetze wurde es am 1. Oktober 1879 durch das neu ins Leben gerufene Reichsgericht abgelöst, wobei dieses in weitgehender Kontinuität an die Institution des Bundesoberhandelsgerichts anknüpfte.⁷¹

Gerichtshofes dem Hofe in Lübeck entzogen werden würden; [...]“; WINKLER (oben Note 24), S. 25.

⁶³ Siehe oben Note 52.

⁶⁴ WINKLER (oben Note 24), S. 21 f. Die Vertreter des sächsischen Entwurfs argumentierten dagegen, die Gerichtsorganisation sei ein integrierender Bestandteil der Prozeßordnung und müsse daher der Gesetzgebungskompetenz des Bundes unterfallen. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit wurde schließlich nicht weiter verfolgt, denn das BOHG-Gesetz wurde mit deutlicher Zweidrittelmehrheit angenommen, so daß auch das für eine etwaige Verfassungsänderung erforderliche Quorum erfüllt war.

⁶⁵ So der Abgeordnete LESSE in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869 (oben Note 62), S. 799.

⁶⁶ Das BOHG-Gesetz wurde am 5. April 1869 vom Bundesrat verabschiedet, am 21. Mai 1869 vom Reichstag angenommen, am 12. Juni 1869 vom preußischen König als Inhaber des Bundespräsidiums (Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 275) vollzogen und am 18. Juni 1869 im Bundesgesetzblatt (BGBl. 1869, 201–208) veröffentlicht; WINKLER (oben Note 24), S. 26.

⁶⁷ So der Abgeordnete LASKER in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode – Session 1869, Band II, S. 285, 286; ebenso der Abgeordnete STEPHANI, ebenda, S. 288.

⁶⁸ Protokoll über die Eröffnung des Gerichts: BOHG-E 1, 5–14. Der Sitz des Gerichts in Leipzig war anfangs umstritten. Gegen Leipzig wurde dessen Randlage im Bereich des norddeutschen Bundes vorgebracht; allerdings hoffte man von Anfang an, daß das Gericht alsbald für ein größeres Gebiet zuständig sein werde (vgl. die Äußerung des Abgeordneten Stephani in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869 (oben Note 67), S. 288). Außerdem wurde die Befürchtung geäußert, in Leipzig seien die für das Handelsrecht bedeutsamen seerechtlichen Besonderheiten nicht hinreichend verwurzelt. Dieser Nachteil konnte aber durch die Besetzung des Gerichts kompensiert werden. Für Leipzig sprachen dessen Charakter als Handelsstadt, sein geistiges Leben und seine anerkannte Juristenfakultät. WINKLER (oben Note 24), S. 28 f.; vgl. GOTTER (oben Note 55), S. IX f.

⁶⁹ BOHG-E 2, 448.

⁷⁰ WINKLER (oben Note 24), S. 55 mit Note 228: Die Einführung der Reichsverfassung unter dem 16. April 1871 (BGBl. 1871, 63 ff.; HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 384–402) erhob zwar das BOHG-Gesetz in den Rang eines Reichsgesetzes, so daß das Oberhandelsgericht zu einer Institution des neu gegründeten Reiches wurde; die Bezeichnung „Reichsoberhandelsgericht“ nahm das Gericht aber erst am 2. September 1871 an. Vgl. auch KAI MÜLLER (oben Note 57), S. 28; anders aber BUSCHMANN (oben Note 13), 1969; LAUFS (oben Note 13), 259; KARL E. MÜLLER (oben Note 27), S. 7.

⁷¹ SCHUBERT (oben Note 47), S. 180. Die Kontinuität kam vor allem in der Übernahme aller – mit Ausnahme des Präsidenten Pape – Richter des Reichsoberhandelsgerichts, die nicht aus Krankheits- oder Altersgründen in den Ruhestand traten, durch das Reichsgericht zum Ausdruck. WEISS (oben Note 27), S. 119 f. Zum Präsidenten Pape siehe unten Note 78. Der insbesondere für Handelssachen zuständige erste Zivilsenat des Reichsgerichts kann hinsichtlich Zuständigkeiten, Personal und Rechtsprechung als Fortsetzung des Reichsoberhandelsgerichts angesehen werden, HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 353. Eine Zäsur bedeutete der Übergang zum Reichsgericht allerdings über den Wechsel im Präsidentenamt hinaus durch das Inkrafttreten der Reichsjustizgesetze und den ungefähr zeitgleiche erfolgten politischen Wechsel von der Freihandels- zur Schutzzollpolitik, der sich auch in der Rechtsprechung bemerkbar machte; HENNE (a.a.O.), S. 10. Zur freihandelspolitischen Orientierung der Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts ebenda, S. 313.

III. RICHTSVERFASSUNG, ZUSTÄNDIGKEITEN UND VERFAHREN

1. Gerichtsverfassung

Das Bundesoberhandelsgericht war nach § 1 BOHG-G⁷² ein gemeinsamer oberster Gerichtshof des Norddeutschen Bundes; nach § 5 BOHG-G⁷³ war dieser Träger der gesamten sachlichen und personellen Kostenlast.⁷⁴ An seine Stelle trat 1871 das Deutsche Reich.⁷⁵ Das Oberhandelsgericht war somit kein gemeinsames Gericht der Einzelstaaten, sondern ein eigenes Gericht des Bundes und später des Reiches.⁷⁶

Das richterliche Personal des Gerichts bestand nach § 2 BOHG-G⁷⁷ aus dem Präsidenten⁷⁸, einem Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl an Räten. Zu Beginn seiner Tätigkeit wurde das Gericht mit zwölf Räten besetzt. Wegen der Ausdehnung der örtlichen und sachlichen Zuständigkeit wurde es in den folgenden Jahren kontinuierlich vergrößert. 1874 wurde eine zweite Vizepräsidentenstelle geschaffen; die Zahl der Räte stieg bis 1879 auf insgesamt 24 an.⁷⁹

Ernannt wurden der Präsident, die Vizepräsidenten und die Räte nach § 3 BOHG-G „auf Vorschlag des Bundesrathes von dem Bundespräsidium“, das der König von Preußen innehatte.⁸⁰ An seine Stelle trat mit der Reichsgründung der Kaiser,⁸¹ während die Rolle des Bundesrates insofern unverändert blieb.⁸² Die Qualifikation der Gerichtsmitglieder wurde durch § 6 BOHG-G geregelt. Mitglieder des Bundesoberhandelsgerichts konnten danach Rechtskundige, die in dem Bundesstaat, dem sie angehörten, zum rechtskundigen Mitglied eines oberen Gerichtshofes befähigt waren, sowie ordentliche Professoren deutscher Universitäten⁸³ werden.⁸⁴

⁷² „Für Handelssachen wird ein für alle Staaten des Norddeutschen Bundes gemeinsamer Oberster Gerichtshof errichtet, dessen Zuständigkeit sich über das gesammte Bundesgebiet erstreckt und welcher die Benennung „Bundes-Oberhandelsgericht“ führt.

⁷³ „Der für das Bundes-Oberhandelsgericht erforderliche Aufwand wird aus der Bundeskasse bestritten. Insbesondere werden alle bei dem Bundes-Oberhandelsgericht angestellten Beamten als Bundesbeamte aus der Bundeskasse besoldet.“

⁷⁴ Zur Kostenlast und den Gehältern des Personals WINKLER (oben Note 24), S. 44.

⁷⁵ Ebenda, S. 54 f.

⁷⁶ SOLBRIG (oben Note 18), S. 95.

⁷⁷ „Das Bundes-Oberhandelsgericht soll in Leipzig seinen Sitz haben und aus einem Präsidenten, einem oder mehreren Vizepräsidenten und der erforderlichen Anzahl von Räten bestehen.“

⁷⁸ Präsident des Oberhandelsgerichts war während der gesamten Zeit seines Bestehens (1870–1879) der Königlich Preußische Ober-Justizrat und vortragende Rat im Justizministerium Dr. Pape. Von 1874 bis zu seinem Tode 1888 war er Vorsitzender der ersten Kommission zur Ausarbeitung des BGB; zur Bedeutung dieser Tätigkeit HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 189 f. Während beide Vizepräsidenten und die Mehrheit der Räte (18 von insgesamt 24; die übrigen sechs traten in den Ruhestand) 1879 in das Reichsgericht übernommen wurden (WEISS (oben Note 27), S. 119 f.), wurde Pape das angestrebte Präsidentenamt am Reichsgericht aus machtpolitischen Gründen und persönlichen Animositäten verweigert; HENNE (a.a.O.), S. 341 f. Biographie Papes: MERTENS, Heinrich Eduard Pape, in: Stupperich (Hrsg.), Westfälische Lebensbilder (Veröffentlichungen der Historischen Kommission Westfalens XVII A), Münster 1975, S. 153–171.

⁷⁹ Darstellung der Entwicklung des richterlichen Personals im einzelnen bei WINKLER (oben Note 24), S. 35 ff.

⁸⁰ Art. 11 Abs. 1 der Verfassung des Norddeutschen Bundes, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 275; die Ernennung durch das Bundespräsidium folgte Art. 18 der Verfassung des Norddeutschen Bundes; das Vorschlagsrecht des Bundesrates entsprach dem in Art. 36 Abs. 2 und Art. 56 Abs. 1 (HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 277, 282) zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Beteiligung des Bundesrates und der Bedeutung der gemeinsamen Rechtsprechung für die Einzelstaaten.

⁸¹ Art. 18 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 390.

⁸² Art. 36 Abs. 2, 56 Abs. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 392, 397.

⁸³ Da die deutsche Rechtswissenschaft als einheitlich angesehen wurde, konnten auch deutsche Universitätsprofessoren außerhalb des Bundesgebietes an das Gericht berufen werden. Dies geht auf eine Änderung des Reichstages zurück; der sächsische Entwurf sah ursprünglich eine Beschränkung auf die Universitäten der Bundesstaaten vor; vgl. GOTTER (oben Note 55), S. XI.

⁸⁴ WINKLER (oben Note 24), S. 31 ff.

Durch §§ 23–26 BOHG-G wurden den Richtern eine die richterliche Unabhängigkeit sichernde Stellung gewährt. Die Anstellung erfolgte auf Lebenszeit; über Amtsenthebung, die bei rechtskräftiger Verurteilung zu bestimmten Strafen in Betracht kam, sowie den Verlust des Gehalts und die Versetzung in den Ruhestand entschied letztinstanzlich das Plenum des Gerichts.⁸⁵ Auch die Verhinderung einer preußischen Hegemonie über das Gericht⁸⁶ stärkte dessen Autonomie und die Akzeptanz seiner Entscheidungen.

§ 8 Abs. 1 BOHG-G sah eine Einteilung des Gerichts in Senate durch Beschluß des Bundesrates vor; von dieser Vorschrift wurde aber anfangs kein Gebrauch gemacht. Eingeführt wurde die Teilung in zwei Senate durch das „Regulativ für den Geschäftsgang beim Bundes-Oberhandelsgericht“⁸⁷ mit Wirkung vom 1. September 1871; den Vorsitz des ersten Senates übernahm der Präsident, den des zweiten führte der Vizepräsident. Mit Wirkung vom 1. September 1874 wurde durch eine Änderung des Regulativs ein dritter Senat geschaffen, dessen Vorsitz der neu ernannte zweite Vizepräsident führte.⁸⁸ Die Zusammensetzung der Senate oblag nach § 8 Abs. 2 BOHG-G dem Präsidenten, der sie mindestens für die Dauer eines Geschäftsjahres festzusetzen hatte. Durch diese Regelung sollte Willkür bei der Senatszusammensetzung, die als Einflußnahme auf die Entscheidungen des Gerichts hätte genutzt werden können, im Interesse der Unabhängigkeit des Gerichtshofes vermieden werden.⁸⁹ Die an das Gericht gelangten Rechtsfälle wurden regelmäßig allein durch die Senate bearbeitet und entschieden. Die Aufteilung der Sachen auf die Senate geschah durch den Präsidenten.⁹⁰ Wollte ein Senat von einer früheren Entscheidung des Gerichts abweichen, so hatte nach § 9 BOHG-G⁹¹ das Plenum zu entscheiden.

2. Zuständigkeit

Die örtliche Zuständigkeit des Gerichts war in § 12 BOHG-G geregelt: „Das Bundes-Oberhandelsgericht tritt in Handelssachen an die Stelle des für das Gebiet, in welchem die Sache in erster Instanz anhängig geworden ist, nach den Landesgesetzen bestehenden obersten Gerichtshofes [...]“. Maßgeblich war somit die Anhängigkeit in erster Instanz in einem Mitgliedstaat des Norddeutschen Bundes.⁹² Im Zuge der politischen Veränderungen durch den deutsch-französischen Krieg wurde die

⁸⁵ Ebenda, S. 34; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 65.

⁸⁶ Diesbezügliche Elemente der Gerichtsverfassung waren vor allem der Sitz des Gerichts in Leipzig, die Ernennung der Richter auf Vorschlag des Bundesrates, dessen Dienstaufsicht über das Gericht sowie die Ablehnung des die richterliche Unabhängigkeit gefährdenden preußischen Disziplinarrechts, HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 49 ff., 65.

⁸⁷ § 11 Abs. 1 BOHG-G ermächtigte das Gericht, seine Geschäftsordnung durch ein Geschäftsregulativ, das der Genehmigung des Bundesrates bedurfte, selbst zu regeln. Gegenstand dieses Regulativs konnten ausweislich der Motive des Gesetzgebers aber nur Ordnungsvorschriften sein, die sich für die Gesetzesform nicht eigneten; MARSCHNER, Die Einheit des Handelsrechts durch das Bundes-Oberhandelsgericht, Leipzig 1870, S. 58. Das Geschäftsregulativ ist abgedruckt in BOHG-E 2, 7–19.

⁸⁸ WINKLER (oben Note 24), S. 45.

⁸⁹ Motive des Gesetzgebers zum BOHG-G bei GOTTER (oben Note 55), S. XV: „Motive: Die Eintheilung in Senate muß zur Vermeidung der Stockung der Geschäfte und um der Nothwendigkeit der Anstellung einer übergroßen Zahl von Richtern zu begegnen, vorgesehen werden. Die Zusammensetzung der Senate durch den Präsidenten erscheint im Interesse der Unabhängigkeit des Gerichtshofes angemessen.“

⁹⁰ WINKLER (oben Note 24), S. 81. Die Verteilung durch den Präsidenten sollte eigentlich nur ein Provisorium sein und durch objektive Kriterien ersetzt werden, sobald die dafür erforderliche Erfahrung die Entwicklung solcher Kriterien zulassen würde. Zu einer solchen Änderung kam es indes nie. Im übrigen hatte die Verteilung durch den Präsidenten den Vorteil, daß besondere Kenntnisse einzelner Gerichtsmitglieder gezielt genutzt werden konnten und die gleichmäßige Beschäftigung der Senate sichergestellt war.

⁹¹ „Wenn die Ansicht eines Senats über eine Rechtsfrage von einer früheren Entscheidung desselben Senats oder eines anderen Senats oder des Plenums abweicht, so muß vor der Sachentscheidung diese Rechtsfrage vor das Plenum gebracht werden. Die Ansicht des letzteren ist für die Entscheidung der Sache, welche zu der Plenarentscheidung Veranlassung gegeben hat, maßgebend.“

⁹² Dem Norddeutschen Bund gehörten nach Art. 1 seiner Verfassung folgende Staaten an: Preußen mit Lauenburg, Sachsen, Mecklenburg-Schwerin, Sachsen-Weimar, Mecklenburg-Strelitz, Oldenburg, Braunschweig, Sachsen-Meinigen, Sachsen-Altenburg, Sachsen-Coburg-Gotha, Anhalt, Schwarzburg-Rudolstadt, Schwarzburg-Sondershausen, Waldeck, Reuß älterer Linie, Reuß jüngerer Linie, Schaumburg-Lippe, Lippe, Lübeck, Bremen, Hamburg sowie die nördlich des Mains gelegenen Teile Hessens; HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 272.

örtliche Zuständigkeit unter Beibehaltung dieses Grundsatzes sukzessive ausgedehnt. Am 1. Januar 1871 trat die vom Norddeutschen Bund mit Baden und Hessen vereinbarte Verfassung eines Deutschen Bundes⁹³ in Kraft, der das Bundesoberhandelsgericht übernahm, so daß dieses fortan auch für Baden und die südlich des Mains gelegenen Gebiete Hessens zuständig war.⁹⁴ Auch Württemberg trat diesem Deutschen Bund bei,⁹⁵ jedoch mit der Abweichung, daß das Gericht erst ab dem 1. Juli 1871 für Württemberg zuständig sein sollte.⁹⁶ Bayern trat dem Deutschen Bund ebenfalls bei,⁹⁷ setzte aber die Anwendung zahlreicher Bundesgesetze, so auch des BOHG-G, vorerst aus. Das BOHG-G trat in Bayern schließlich am 1. Juli 1871 in Kraft,⁹⁸ so daß das Gericht fortan für das gesamte Gebiet des neu gegründeten Deutschen Reiches⁹⁹ zuständig war. Eine weitere Ausdehnung erfuhr die Zuständigkeit des Gerichts durch den Erwerb des Elsaß und Lothringens seitens des Deutschen Reiches infolge des deutsch-französischen Krieges. Elsaß-Lothringen war als Reichsland unmittelbar der Reichsgewalt unterstellt, so daß diese für die oberste Gerichtsbarkeit, die bisher dem Pariser Kassationshofe zugestanden hatte, Sorge tragen mußte. Die letztinstanzliche Zuständigkeit für alle zivil- und strafrechtlichen Fälle aus Elsaß-Lothringen wurde daher dem Bundesoberhandelsgericht als oberstem Gericht des Reiches zugewiesen.¹⁰⁰ Hinsichtlich seiner örtlichen Zuständigkeit hatte das oberste Handelsgericht, das sich seit dem 2. September 1871 als Reichsoberhandelsgericht bezeichnete,¹⁰¹ die Entwicklung zu einem Reichsgericht damit abgeschlossen.¹⁰²

Die sachliche Zuständigkeit wurde in ihrem Kernbereich durch §§ 12, 13 BOHG-G geregelt. § 12 BOHG-G¹⁰³ bestimmte, daß das Bundesoberhandelsgericht für Handelssachen zuständig sein sollte; darüber hinaus wurde die Aktenversendung ausgeschlossen. § 13 BOHG-G¹⁰⁴ gab eine genaue Definition

⁹³ BGBl. 1870, 627, zum Bundesoberhandelsgericht Art. 80 Abs. 1 Ziffer 17; vgl. Bundesvertrag mit Baden und Hessen vom 15. November 1870, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 326–329.

⁹⁴ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 128 f.; WINKLER (oben Note 24), S. 54.

⁹⁵ Bundesvertrag mit Württemberg vom 25. November 1870, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 336–338.

⁹⁶ Art. 2 Abs. 6 des Bundesvertrages (siehe oben Note 95); HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 131; WINKLER (oben Note 24), S. 54.

⁹⁷ Bundesvertrag vom 23. November 1870, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 329–333.

⁹⁸ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 129 f.

⁹⁹ Vgl. Art. 1 der Verfassung des Deutschen Reiches, HUBER, Dokumente II (oben Note 40), S. 385.

¹⁰⁰ Nach § 1 des Gesetzes vom 14. Juni 1871, RGBl. 1871, 315, trat das Bundesoberhandelsgericht „als oberster Gerichtshof für Elsaß und Lothringen an die Stelle des Kassationshofes zu Paris“. Alternativ war von den Reichstagsabgeordneten Reichensperger und Windthorst vorgeschlagen worden, ein auswärtiges Gericht beispielsweise in Darmstadt oder das preußische Obertribunal in Berlin mit der obersten Gerichtsbarkeit für Elsaß und Lothringen zu betrauen. Dieser Vorschlag wurde jedoch mehrheitlich abgelehnt, da er mit der Konzeption Elsaß-Lothringens als Reichsland nicht vereinbar war. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 132.

¹⁰¹ Plenarbeschluß vom 2. September 1871, in: BOHG-E 2, 448; siehe oben Note 70.

¹⁰² WINKLER (oben Note 24), S. 55.

¹⁰³ „Das Bundes-Oberhandelsgericht tritt in Handelssachen an die Stelle des für das Gebiet, in welchem die Sache in erster Instanz anhängig geworden ist, nach den Landesgesetzen bestehenden obersten Gerichtshofes mit derjenigen Zuständigkeit, welche nach diesen Landesgesetzen dem obersten Gerichtshofe gebührt.

Die Zuständigkeit des Bundes-Oberhandelsgerichts kann durch Aktenversendung an juristische Spruchkollegien und Fakultäten nicht ausgeschlossen werden.“

¹⁰⁴ „Handelssachen im Sinne dieses Gesetzes sind diejenigen bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, in welchen durch die Klage ein Anspruch

- 1) gegen einen Kaufmann (Art. 4. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs) aus dessen Handelsgeschäften (Art. 271–276. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs),
- 2) aus dem Wechsel im Sinne der Allgemeinen Deutschen Wechselordnung,
- 3) aus einem der nachstehend bezeichneten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird:
 - a) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Mitgliedern einer Handelsgesellschaft, zwischen dem stillen Gesellschafter und dem Inhaber des Handelsgewerbes, sowie zwischen den Theilnehmern einer Vereinigung zu einzelnen Handelsgeschäften oder einer Vereinigung zum Handelsbetriebe (Art. 10. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs), sowohl während des Bestehens, als nach Auflösung des geschäftlichen Verhältnisses, ingleichen aus dem Rechtsverhältnisse zwischen den Liquidatoren oder den Vorstehern einer Handelsgesellschaft, und der Gesellschaft oder den Mitgliedern derselben;
 - b) aus dem Rechtsverhältnisse, welches das Recht zum Gebrauche der Handelsfirma betrifft;

der Fälle, die als Handelssachen die Zuständigkeit des Gerichts begründen sollten. Dabei kam es nicht auf den Gegenstand des eingelegten Rechtsmittels an, sondern darauf, daß in der Klage ein Anspruch der in § 13 Nrn. 1–3 BOHG-G genannten Fallgruppen geltend gemacht wurde. Dies konnte dazu führen, daß die Zuständigkeit des Gerichts begründet war, obwohl das eingelegte Rechtsmittel nur Streitpunkte ohne handelsrechtlichen Bezug zu Gegenstand hatte.¹⁰⁵ § 13 Nr. 1 BOHG-G klassifizierte zunächst alle Klagen als Handelssachen, die einen Anspruch gegen einen Kaufmann aus dessen Handelsgeschäften zum Gegenstand hatten. Nach § 13 Nr. 2 BOHG-G begründeten alle Ansprüche aus einem Wechsel im Sinne der ADWO eine Handelssache. § 13 Nr. 3 BOHG-G führte schließlich einige handelsrechtliche Einzelfälle auf: Handelssachen waren danach Streitigkeiten aus den Rechtsverhältnissen der Gesellschafter untereinander, dieser zu Prokuristen, Handelsbevollmächtigten und Handelsgehilfen sowie zwischen einem Handelsmäkler und dessen Parteien, zwischen den Kontrahenten bei Veräußerung eines Handelsgeschäfts, firmenrechtlichen Rechtsverhältnissen sowie seerechtliche Streitigkeiten. Die Kernkompetenzen des Gerichts lagen somit im bereits vereinheitlichten Bereich des Handels- und Wechselrechts.

Die Zuständigkeiten des Bundesoberhandelsgerichts wurden in den Jahren nach dessen Gründung vielfach über § 13 BOHG-G hinaus ausgedehnt. Bereits ab 1871 war das Gericht im Urheberrecht erstinstanzlich für zivilrechtliche Entschädigungsklagen und Ansprüche auf Einziehung sowie letztinstanzlich für urheberrechtliche Strafsachen zuständig.¹⁰⁶ Nach § 2 Abs. 2 Satz 4 des Gesetzes über die Abgaben von der Flößerei¹⁰⁷ erhielt es die Zuständigkeit für Entschädigungsklagen gegen den Bundesfiskus nach Aufhebung des Rechts zur Erhebung von Flößereiabgaben.¹⁰⁸ Als der Geltungsbereich des BOHG-G mit Wirkung vom 1. Juli 1871 auf Bayern ausgedehnt wurde, erhielt das Gericht für das ganze Reich die Konsulargerichtsbarkeit zugewiesen.¹⁰⁹ Eine Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit bewirkte auch die Einsetzung des Bundesoberhandelsgerichts als obersten Gerichtshofs für Elsaß-Lothringen, denn es war hier fortan für alle Zivil- und Strafsachen letztinstanzlich zuständig.¹¹⁰ Weitere Zuständigkeitsausweitungen betrafen das Reichshaftpflichtgesetz von 1871¹¹¹, die Disziplinargerichtsbarkeit über Rechtsanwälte, bestimmte Ansprüche von Reichsbeamten¹¹² und das Patentrecht.¹¹³

3. Verfahren

-
- c) aus dem Rechtsverhältnisse, welches durch die Veräußerung eines bestehenden Handelsgeschäfts zwischen den Kontrahenten entsteht;
 - d) aus dem Rechtsverhältnisse zwischen dem Prokuristen, dem Handelsbevollmächtigten oder dem Handelsgehilfen und dem Eigentümer der Handelsniederlassung, sowie aus dem Rechtsverhältnisse zwischen einer dritten Person und demjenigen, welcher ihr als Prokurist oder Handelsbevollmächtigter aus einem Handelsgeschäfte haftet (Art. 55. des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs);
 - e) aus dem Rechtsverhältnisse, welches aus den Berufsgeschäften des Handelsmäklers im Sinne des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuchs zwischen diesem und den Parteien entsteht;
 - f) aus den Rechtsverhältnissen des Seerechts, insbesondere aus denjenigen, welche auf die Rhederei, die Rechte und Pflichten des Rheders, des Korrespondent-Rheders und der Schiffsbesatzung, auf die Bodmeierei und die Haverei, auf den Schadensersatz im Falle des Zusammenstoßens von Schiffen, auf die Bergung und Hülfeleistung in Seenoth und auf die Ansprüche der Schiffsgläubiger sich beziehen.“

¹⁰⁵ WINKLER (oben Note 24), S. 56.

¹⁰⁶ Gesetz betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken vom 11. Juni 1870, BGBl. 1870, 346; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 122–124; WINKLER (oben Note 24), S. 64.

¹⁰⁷ Gesetz über die Abgaben von der Flößerei vom 1. Juni 1870, BGBl. 1870, 313.

¹⁰⁸ Diese sehr spezielle Zuständigkeit ist in der Praxis des Gerichts zwar unbedeutend geblieben. Sie war aber ein Präjudiz für Zuständigkeitsausweitungen außerhalb des Handelsrechts und ist ein Kennzeichen für den Beginn des Weges zum Bundesoberhandelsgericht als allgemeinem Bundesgericht. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 124 f.

¹⁰⁹ Auch diese Zuständigkeitsausweitung blieb in der gerichtlichen Praxis unbedeutend und hatte vorwiegend symbolischen Wert. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 130 f.

¹¹⁰ Siehe oben Note 100.

¹¹¹ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 137 ff.

¹¹² Ebenda, S. 141 ff.

¹¹³ Ebenda, S. 148; WINKLER (oben Note 24), S. 65.

Das prozessuale Verfahren des Bundesoberhandelsgerichts richtete sich gemäß dem prozeßrechtlichen Grundsatz des § 16 BOHG-G¹¹⁴ nach dem Prozeßrecht desjenigen Landes, aus dem eine Sache an das Gericht gelangte. Ein einheitliches gerichtliches Verfahren gab es daher nicht. Diese Regelung war erforderlich, um das Gericht in kurzer Zeit seine Tätigkeit aufnehmen lassen zu können. Die Ausarbeitung einer eigenen einheitlichen Prozeßordnung hätte seine Gründung erheblich verzögert. Außerdem konnten so Eingriffe in das einzelstaatliche Prozeßrecht vermieden werden, die möglicherweise Widerstand hervorgerufen hätten.¹¹⁵

Abweichend von diesem Grundsatz konnte das Gericht seinen Geschäftsgang in dem auf § 11 Abs. 1 BOHG-G beruhenden Geschäftsregulativ¹¹⁶ einheitlich regeln. Dies war erforderlich, damit die Verschiedenheit der partikularrechtlichen Verfahrensvorschriften sich nicht lähmend auf die internen Abläufe des Gerichts auswirkte.¹¹⁷

IV. RECHTSVEREINHEITLICHUNG UND PARTIKULARISMUS

Seit seiner Gründung stand das Bundesoberhandelsgericht im Spannungsfeld zwischen dem partikularistisch zersplitterten Rechts- und Justizwesen in Deutschland und der fortschreitenden Rechtsvereinheitlichung. Von diesem Gegensatz war bereits seine Gründung beherrscht. Gegner der Neugründung sahen nicht nur Einfluß und Bedeutung der landeseigenen Höchstgerichte gefährdet.¹¹⁸ Sie befürchteten auch, daß der neue Gerichtshof durch über das Handels- und Wechselrecht hinausgehende Entscheidungen die einheitliche Rechtsprechung der einzelnen Bundesstaaten beeinträchtigen könnte.¹¹⁹ Denn trotz der auf Handelssachen beschränkten Zuständigkeit könne nicht vermieden werden, daß das Bundesoberhandelsgericht inzident auch über Fragen des partikularen Rechts zu entscheiden habe, mit denen es nicht hinreichend vertraut sein könne. Tatsächlich waren in einem nicht unbeträchtlichen Anteil der Entscheidungen des Gerichts partikuläre Vorschriften als Streitentscheidungsnormen einschlägig.¹²⁰

Über Einzelfälle mit materiellrechtlichem Partikularrechtsbezug hinaus war das Bundesoberhandelsgericht in erheblichem Maße mit dem einzelstaatlichen Prozeßrecht konfrontiert. Zentralnorm ist in diesem Zusammenhange der prozeßrechtliche Grundsatz des § 16 BOHG-G: Das Gericht hatte sich, sofern nicht lediglich der durch das Geschäftsregulativ geregelte Geschäftsgang in Rede stand, nach dem Prozeßrecht der einzelnen Bundesstaaten zu richten. Auch im Bereich des Instruktionsverfahrens¹²¹, der Beteiligung der Staatsanwaltschaft¹²² und der Gerichtskosten¹²³ waren

¹¹⁴ „In den zur Zuständigkeit des Bundes-Oberhandelsgerichts gehörenden Rechtssachen bestimmt sich das Prozeßverfahren auch bei diesem Gerichtshof nach den für das Gebiet, aus welchem die Sache an das Bundes-Oberhandelsgericht gelangt, geltenden Prozeßgesetzen, soweit nicht dieses Gesetz ein Anderes vorschreibt. Hierdurch wird nicht ausgeschlossen, daß Prozeßhandlungen, welche in einem anderen Gebiete vorgenommen werden, hinsichtlich der Form nach dem Rechte des Ortes ihrer Vornahme zu beurtheilen sind.“

¹¹⁵ Vgl. die Äußerung des späteren Bundesoberhandelsgerichtspräsidenten PAPE in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869 (oben Note 67), S. 286; WINKLER (oben Note 24), S. 67.

¹¹⁶ Siehe oben Note 87.

¹¹⁷ WINKLER (oben Note 24), S. 67.

¹¹⁸ Lübeck befürchtete Kompetenzverluste des Hanseatischen Oberappellationsgerichts der vier freien Städte und sah dessen Existenz gefährdet, da ihm durch die Gründung des Bundesoberhandelsgerichts nahezu zwei Drittel seiner Rechtsfälle entzogen würden. Siehe die oben Note 62 zitierte Äußerung des Abgeordneten VON BERNUTH in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869; vgl. den Antrag Hamburgs vom 8. April 1869, in: SCHUBERT (oben Note 47), S. 315 f.; WINKLER (oben Note 24), S. 25.

¹¹⁹ MARSCHNER (oben Note 87), S. 27, 34.

¹²⁰ Nach WINKLER (oben Note 24), S. 110 war das preußische ALR in sieben Prozent der in der amtlichen Entscheidungssammlung veröffentlichten Fälle einschlägig, das sächsische BGB in 2,4 Prozent, die preußische Allgemeine Gerichtsordnung in 4,2 Prozent und die preußische Konkursordnung in drei Prozent der Fälle.

¹²¹ Nach dem Prozeßrecht einiger Bundesstaaten ging dem eigentlichen Rechtsmittelverfahren eine Vorbereitung (Instruktion) durch ein untergeordnetes Gericht oder ein landeseigenes Höchstgericht voraus. Diese Besonderheiten galten nach §§ 17, 18 BOHG-G auch für das Rechtsmittelverfahren des Bundesoberhandelsgerichts. Vgl. WINKLER (oben Note 24), S. 69 ff.

¹²² Das einzelstaatliche Prozeßrecht sah teilweise eine Beteiligung der Staatsanwaltschaft am gerichtlichen Verfahren

weitgehend die partikularrechtlichen Regelungen maßgeblich. Zwar war diese Zersplitterung des Prozeßrechts in den Beratungen über den Entwurf des BOHG-G durchaus Gegenstand der Kritik.¹²⁴ Die weitgehende Anwendung des partikularen Verfahrensrechts wirkte aber der Entstehung einer zu großen Distanz zwischen dem gemeinsamen Höchstgericht und den partikularen Rechtsdiskursen entgegen und erleichterte insofern die Rechtsharmonisierung durch das Bundesoberhandelsgericht.¹²⁵

V. WIRKSAMKEIT DES GERICHTS IM DIENSTE DER RECHTSHARMONISIERUNG

Das Bundesoberhandelsgericht war ein zentrales Element der fortschreitenden Rechtsvereinheitlichung im zusammenwachsenden Deutschland der zweiten Hälfte des neunzehnten Jahrhunderts, da sich seine Zuständigkeit in erster Linie auf das bereits materiell vereinheitlichte Handels- und Wechselrecht erstreckte. Dessen auf legislativem Akt beruhende Rechtsvereinheitlichung förderte es durch richterrechtliche Rechtsharmonisierung. Seine rechtsharmonisierende Wirksamkeit wurde durch die zahlreichen Ausdehnungen seiner Zuständigkeit gezielt erweitert. Darüber hinaus schuf es die Grundlage der allgemeinen Akzeptanz einer gemeinsamen deutschen Höchstgerichtsbarkeit, auf der ab 1879 schließlich das Reichsgericht aufbauen sollte.

Für die Wirksamkeit der Rechtsharmonisierung durch das Bundesoberhandelsgericht war von Bedeutung, daß dieses bei seiner Gründung bereits auf ein etabliertes handelsrechtliches Diskursumfeld stieß. Dessen Einfluß beruhte vor allem auf handelsrechtlichen Periodika, die Höchstgerichtsbarkeit sowohl mit der juristischen Wissenschaft als auch mit der Praxis der partikularstaatlichen Instanzgerichte verbinden konnten. Der Gründungsherausgeber der „Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht“, Levin Goldschmidt, wurde 1870 Bundesoberhandelsgerichtsrat, und einer der Herausgeber des seit 1851 in Leipzig erscheinenden „Archiv[s] für Wechselrecht“, Theodor Tauchnitz, hatte den Entwurf des BOHG-G ausgearbeitet. Darüber hinaus ist Seufferts Archiv zu nennen, das seit 1847 regelmäßig handelsrechtliche Judikatur oberster Gerichte veröffentlichte, und die Vereinheitlichung des Handels- und Wechselrechts hatte weitere diesbezügliche Spezialperiodika hervorgebracht.¹²⁶ Dieses Diskursumfeld war dazu geeignet, der Judikatur des Bundesoberhandelsgerichts von Anfang an zu erhöhter Fruchtbarkeit zu verhelfen.¹²⁷ Zudem wurde ihre Wirksamkeit für die Rechtseinheit durch den der Rechtsprechung im

vor. In diesen Fällen war im schriftlichen Verfahren der Generalstaatsanwalt des jeweiligen Territoriums zuständig, und bei mündlichen Anträgen wurde nach § 20 BOHG-G einem Richter des Bundesoberhandelsgerichts die Vertretung der Staatsanwaltschaft übertragen. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 134; NISSEN, Die Rechtspflege des deutschen Bundes-Oberhandelsgerichts, Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtspflege des Deutschen Reichs 1, 1871, 496, 502. Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit der Richter und deren Mehrbelastung durch die Vertretung der Staatsanwaltschaft führten dazu, daß deren Aufgaben ab 1873 besonderen Beamten übertragen wurden. SCHUBERT (oben Note 47), S. 152; WINKLER (oben Note 24), S. 77.

¹²³ Das Kosten- und Gebührenwesen des Gerichts und der Anwälte richtete sich gemäß § 22 BOHG-G nach dem entsprechenden Landesrecht. WINKLER (oben Note 24), S. 78.

¹²⁴ Insofern wurde gefordert, mit der Gründung eines gemeinsamen obersten Gerichtshofes bis zur Ausarbeitung einer einheitlichen Prozeßordnung zu warten. So der Abgeordnete VON ZEHMEN in der ersten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 10. April 1869 (oben Note 67), S. 287: „Ich halte den Gesetzesentwurf mindestens für verfrüht, solange nicht die in Aussicht stehende Civil-Prozeßordnung des Bundes zum Gesetz geworden ist, indem ich mir kein Bild machen kann, wie ein gemeinschaftlicher Bundesgerichtshof in Handels- und Wechselsachen soll entscheiden können, wenn er ungefähr zwanzig verschiedene Prozeßordnungen dabei befolgen soll“, sowie der Abgeordnete WALDECK in der zweiten Beratung des Reichstages über den BOHG-Gesetzesentwurf am 4. Mai 1869 (oben Note 62), S. 788: „Wenn es durchaus nothwendig ist, einen Special-Gerichtshof für Handelssachen zu errichten, abgesondert von allen andern, dann warte man damit, bis wir wenigstens ein einheitliches Verfahren haben.“

¹²⁵ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 61 f.

¹²⁶ Überblick bei MOHNHAUPT, Deutschland, in: Ranieri (Hrsg.), Gedruckte Quellen der Rechtsprechung in Europa 1800–1945 (Rechtsprechung. Materialien und Studien. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte, Band 3), 1. Halbband, Frankfurt am Main 1992, S. 95, 108 ff.

¹²⁷ HENNE, Richterliche Rechtsharmonisierung – Startbedingungen, Methode und Erfolge in Zeiten beginnender staatlicher Zentralisierung. Analysiert am Beispiel des Oberhandelsgerichts, in: Thier/Pfeifer/Grzimek (Hrsg.), Kontinuitäten und Zäsuren in der Europäischen Rechtsgeschichte. Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker München 22.–24. Juli 1998, Frankfurt am Main 1999, S. 335, 338 f.

neunzehnten Jahrhundert über das Rechtsinstitut des Gewohnheitsrechts beigelegten Rang einer Rechtsquelle erhöht.¹²⁸

Wichtige Entscheidungen des Gerichts wurden in der amtlichen Entscheidungssammlung veröffentlicht, deren Umfang in den zehn Jahren seines Bestehens auf 25 Bände anstieg. Die Sammlung enthält etwa 20 Prozent aller Entscheidungen des Gerichts.¹²⁹ Das Oberhandelsgericht war weder an frühere Entscheidungen partikularer Höchstgerichte noch an seine eigenen früheren Entscheidungen nicht gebunden; eine Präjudizienbindung war ihm insgesamt fremd.¹³⁰ Nur eine eingeschränkte Bindung gab es insofern, als von früheren Erkenntnissen des Oberhandelsgerichts abweichende Entscheidungen nach § 9 BOHG-G¹³¹ vom Plenum gefällt werden mußten.

Obwohl das Bundesoberhandelsgericht in seiner Zuständigkeit zunächst auf Handelssachen beschränkt war, sahen seine Gründer in ihm doch den Beginn einer allgemeinen deutschen Höchstgerichtsbarkeit.¹³² Forciert wurde diese Entwicklung durch die kontinuierliche Ausdehnung seiner örtlichen und sachlichen Zuständigkeiten. War das Gericht ab 1871 ein Gerichtshof des ganzen Reiches einschließlich Elsaß-Lothringens, so verlor es rasch auch den Charakter eines reinen Spezialgerichts für Handelssachen. Die Ausdehnung der sachlichen Zuständigkeit in zahlreichen, als solchen vielfach unbedeutenden¹³³ Einzelfällen war eine von den Nationalliberalen gezielt verfolgte Strategie auf dem Wege zu einem allgemeinen Reichsgericht.¹³⁴ Sie führte dazu, daß die Zeitgenossen das Gericht schon nach wenigen Jahren nicht mehr als handelsrechtliches Spezialgericht wahrnahmen, sondern als allgemeines Höchstgericht des Reiches.¹³⁵

Der zahlreichen Zuständigkeitsausdehnungen ungeachtet blieb das Handelsrecht der Schwerpunkt der gerichtlichen Tätigkeit. Das Gericht hat sich durch seine Entscheidungstätigkeit hohes Ansehen erworben und wesentlich zur Einheit des Handelsrechts, insbesondere zur einheitlichen Anwendung des ADHGB, beigetragen.¹³⁶ Auf die Bereiche Handelsrecht, Wechselrecht und Gesellschaftsrecht entfielen mehr als drei Viertel der Entscheidungen, während nur in 5,9 Prozent der Verfahren die die Zuständigkeit des Gerichts erweiternden Gesetze als streitentscheidende Normen einschlägig waren.¹³⁷ In der Praxis konnte das Gericht seine rechtsharmonisierende Wirkung daher vorwiegend in Handelssachen entfalten. Erleichtert wurde die Rechtsharmonisierung durch die unüberschaubare Masse von Entscheidungssammlungen einzelstaatlicher Höchstgerichte, gegenüber der

¹²⁸ MOHNHAUPT (oben Note 3), S. 127 f.

¹²⁹ WINKLER (oben Note 24), S. 100 ff.

¹³⁰ ENDEMANN, Die Gesetze des norddeutschen Bundes, Leipzig 1869, S. LXXVIII; NISSEN, Zur Zuständigkeitsfrage des Reichs-Oberhandelsgerichts, AcP 55, 1872, 352, 354: „Die Kräfte, die hier aus ganz Deutschland zusammenkamen, waren dem bedenklichsten Argument der Justiz: dem Präjudiz völlig fremd.“ Vgl. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 309.

¹³¹ Siehe oben Note 91.

¹³² Siehe oben S. 509 mit Note 67.

¹³³ Die quantitative Bedeutung der neuen Zuständigkeiten war gering; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 148.

¹³⁴ Vgl. die Äußerungen des Abgeordneten LASKER in der zweiten Beratung des Reichstages über den Gesetzentwurf, betreffend den Unterstützungswohnsitz am 17. Mai 1870, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes, I. Legislatur-Periode – Session 1870, Band II, S. 963, sowie in der zweiten Beratung über den Gesetzentwurf, betreffend die Verbindlichkeit zum Schadensersatz für die bei dem Betriebe von Eisenbahnen, Bergwerken u.s.w. herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen am 1. Mai 1871, Stenographische Berichte über die Verhandlungen des Deutschen Reichstages, I. Legislatur-Periode – Session 1871, Band I, S. 507; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 120, 137.

¹³⁵ ENDEMANN bezeichnete das Gericht bereits 1871 als „Bundesgerichtshof“ (ENDEMANN, Das Gesetz, betreffend das Urheberrecht an Schriftwerken, Abbildungen, musikalischen Kompositionen und dramatischen Werken vom 11. Juni 1870, Berlin 1871, S. 66) und als „einheitliche[s] oberste[s] Reichsgericht“ (ENDEMANN, Die Haftpflicht der Eisenbahnen, Bergwerke etc. für die bei deren Betriebe herbeigeführten Tötungen und Körperverletzungen, Berlin 1871, S. 85), und der Reichsoberhandelsgerichtsrat GOLDSCHMIDT zeichnete 1872 in einer Publikation mit dem Titel „Reichsgerichtsrat“. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 1; hinsichtlich zweier weiterer Beispiele für die Bezeichnung als „Reichsgericht“ vgl. ebenda, S. 149.

¹³⁶ WERKMÜLLER, „Reichsoberhandelsgericht“, in: HRG IV, 1. Auflage 1986, S. 714, 715.

¹³⁷ WINKLER (oben Note 24), S. 110 f.

die Judikatur des Oberhandelsgerichts ob ihres vereinheitlichenden Gesamtblicks in den Vordergrund treten konnte, und durch das mit ADHGB und ADWO bereits legislativ vereinheitlichte Handelsrecht, in dem harmonisierende Entscheidungen auf besonders fruchtbaren Boden fielen.¹³⁸ Die Bedeutung der Rechtsprechungstätigkeit des Oberhandelsgerichts für die Entwicklung eines einheitlichen Zivilrechts wird auch an der Tatsache sichtbar, daß das Reichsgericht in seiner Judikatur die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts fast ausnahmslos übernommen hat.¹³⁹ Die vereinheitlichende Wirkung bezog sich aber nahezu ausschließlich auf das materielle Recht; im Bereich des Prozeßrechts folgte das Oberhandelsgericht weitgehend der partikularen Gerichtspraxis.¹⁴⁰

Trotz des handelsrechtlichen Schwerpunkts war indes die Rechtsharmonisierung durch das Gericht auf diesen nicht beschränkt. Ein nicht zu vernachlässigender Anteil der Entscheidungen betraf das allgemeine Zivilrecht, vor allem Rechtsfragen, die die heutige Systematik dem Allgemeinen Teil oder dem Schuldrecht zuordnen würde.¹⁴¹ Dabei betonte das Gericht stets die Bedeutung des Parteiwillens und legte Verträge flexibel aus, statt in formalisierten Beweisregeln und starrer Dogmatik zu verharren.¹⁴² Auch im gemeinen Recht förderte das Gericht die einheitliche Rechtsanwendung.¹⁴³ Darüber hinaus erstreckte sich die Rechtsharmonisierung auf allgemeine Fragen der Auslegung und Methodik. Hervorzuheben ist die Judikatur¹⁴⁴ zur Bedeutung von Handelsgebräuchen (§ 1 ADHGB¹⁴⁵), die die ständige Rechtsprechung des preußischen Obertribunals ablehnte und sich nicht auf partikulares Recht, sondern aus einer starken Haltung richterlicher Autonomie heraus auf den Maßstab des einheitlichen gemeinen Rechts stützte und den Auslegungsschwerpunkt in diesem Bereich vom dispositiven Recht des ADHGB zum Willen der Kaufleute verlagerte.¹⁴⁶ In einer Entscheidung zur Auslegung von Vertragsbestimmungen über eine Vertragsstrafe¹⁴⁷ stützte sich das Oberhandelsgericht statt auf die hergebrachte Dogmatik allein auf den Vertragstext und erweiterte damit seine Auslegungskompetenz sowie zugleich die Möglichkeiten der Rechtsharmonisierung.¹⁴⁸ Auch in anderer Hinsicht stärkte es die richterliche Autonomie bei der Rechtsanwendung, indem es im Schadensersatzrecht die Feststellung des

¹³⁸ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 224 f.

¹³⁹ MERTENS, Untersuchungen zur zivilrechtlichen Judikatur des Reichsgerichts vor dem Inkrafttreten des BGB, AcP 174, 1974, 333, 338.

¹⁴⁰ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 306.

¹⁴¹ Ebenda, S. 307 f. Die Abweichungen zu WINKLER (oben Note 24), S. 110 f. erklären sich aus der unterschiedlichen Untersuchungsmethode. Beispielsweise entschied das Gericht in ROHG-E 11, 63 ff., die allgemeine Dogmatik schuldrechtlicher Verträge betreffend: „Auch wenn der Verkäufer sich zur Stellung eines Monteurs verpflichtet, handelt es sich dabei nur um eine Nebenleistung, die den Kaufvertrag noch nicht zu einem Werkvertrag macht.“ ROHG-E 11, 237 ff. zum Fixgeschäft: „Für die Annahme eines Fixgeschäftes ist es erforderlich, daß für die Parteien eine spätere Leistung nicht mehr als Vertragserfüllung angesehen werden kann. Diese Absicht kann sich allerdings auch aus den Umständen ergeben, die der Richter in den Kreis seiner Erwägungen einzubeziehen hat.“ Über allgemeine und schuldrechtliche Fragen hinaus hatte sich das Oberhandelsgericht in ROHG-E 12, 43 ff. mit der erbrechtlichen Frage zu befassen, ob sich ein Erbschaftskäufer der durch den Kauf der Erbschaft überkommenen Pflichten gegen die Nachlaßgläubiger dadurch entziehen könne, daß er die Erbschaft an einen Dritten weiterverkauft; das Gericht verneinte diese Frage.

¹⁴² Beispielhaft seien folgende Entscheidungen genannt: Nach ROHG-E 14, 10 ff. sind die Bestimmungen des Vertrages und damit der Parteiwille maßgeblich nicht nur für Umfang und Bestand der Primärleistungspflichten der Vertragsparteien, sondern auch für Schadensersatzansprüche wegen Nichterfüllung. ROHG-E 14, 13 ff. betonte die Bedeutung des Grundsatzes von Treu und Glauben auch außerhalb des Handelsrechts. Nach ROHG-E 14, 239 hatte der Richter „bei der Feststellung des streitigen Inhaltes eines Rechtsgeschäfts [...] nicht [...] an den Wortlaut der Parteibehauptungen und Zeugenaussagen sich ängstlich zu binden, sondern mit freierem Blicke aus dem ersichtlichen Zusammenhang der Sache, aus den gesamten obwaltenden Umständen unter Berücksichtigung desjenigen, was bei Geschäften der vorliegenden Art üblich und gewöhnlich ist, zu erforschen, was die Parteien bei dem Vertragsschlusse gedacht und intendiert haben.“ ROHG-E 12, 55, 57 stellte klar, „daß einer ausdrücklichen Willenserklärung jede andere Willensäußerung, aus welcher der Wille mit Zuverlässigkeit zu erkennen ist, in ihrem materiellen Werthe vollkommen gleichsteht.“

¹⁴³ WERKMÜLLER, „Reichsoberhandelsgericht“, in: HRG IV, 1. Auflage 1986, S. 714, 715.

¹⁴⁴ ROHG-E 6, 368 ff.; 7, 1, 6 ff.; 8, 254 ff.; 11, 241, 243 ff.

¹⁴⁵ „In Handelssachen kommen, insoweit dieses Gesetzbuch keine Bestimmungen enthält, die Handelsgebräuche und in deren Ermangelung das bürgerliche Recht zur Anwendung.“

¹⁴⁶ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 314–325.

¹⁴⁷ BOHG-E 1, 21 ff.

¹⁴⁸ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 325 f.

nicht bewiesenen Schadensbetrages nach Billigkeit ermöglichte¹⁴⁹ und das Vordringen der freien richterlichen Beweiswürdigung unterstützte.¹⁵⁰ Durch weitgehende Befreiung von Pandektenwissenschaft, gemeinem Recht und vorgegebenen Auslegungsmaßstäben erhöhte es die richterliche Autonomie und erweiterte so die Möglichkeiten richterlicher Rechtsharmonisierung.¹⁵¹

Die Bedeutung richterlicher Rechtsharmonisierung durch das Reichsoberhandelsgericht erfuhr in den 1870er Jahren insofern eine Steigerung, als die legislative Rechtsvereinheitlichung in dieser Zeit in den Bereichen des Handels-, Wechsel- und allgemeinen Zivilrechts weitgehend ruhte. Das Gericht hatte daher nicht nur eine durch gemeinsames Gesetzesrecht bereits erreichte Vereinheitlichung zu bewahren, sondern offensiv rechtsharmonisierend in die uneinheitliche Entscheidungspraxis der einzelstaatlichen Gerichte einzugreifen. Die partikuläre Judikatur betrachtete es demzufolge als für seine eigene Tätigkeit unverbindlich.¹⁵²

Bereits nach kurzer Zeit hatte sich das Oberhandelsgericht allgemeines Ansehen erworben.¹⁵³ Widerstand von seiten der Partikulargerichte gab es nur in wenigen Ausnahmefällen; in der Regel wurde die Rechtsprechung des Oberhandelsgerichts unter Preisgabe der Besonderheiten der partikulären Rechtsprechungspraxis widerspruchlos übernommen.¹⁵⁴ Der Erfolg der Rechtsharmonisierung durch das Oberhandelsgericht in den 1870er Jahren wird auch an der im Zuge der Reichsjustizgesetze zu beobachtenden weitgehenden¹⁵⁵ Zustimmung zur Gründung des Reichsgerichts sichtbar.¹⁵⁶ Die Vereinheitlichung des Rechts durch Höchstgerichtsbarkeit war inzwischen fast allgemein akzeptiert. Trotz der kurzen Zeit seines Bestehens hat das Bundes- und Reichsoberhandelsgericht „in entscheidendem Maße die Vereinheitlichung des Zivilrechts vorangetrieben“.¹⁵⁷ Es markierte mit seiner auf einheitliche Rechts- und Lebensverhältnisse zielenden rechtsharmonisierenden Tätigkeit „den institutionellen Anfang vom Ende einer Epoche partikulärer Zersplitterung“¹⁵⁸ und war insofern „ein Markstein auf dem Weg zur Deutschen Einheit“¹⁵⁹.

¹⁴⁹ BOHG-E 1, 32 ff.; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 327 ff.; DERS., Richterliche Rechtsharmonisierung (oben Note 127), S. 335 ff.

¹⁵⁰ Hierbei spielte eine Rolle, daß mehrere Richter des Oberhandelsgerichts an Entwürfen für Zivilprozeßrechtskodifikationen mitgewirkt hatten, die den Grundsatz freier richterlicher Beweiswürdigung enthielten; HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 331 f.; DERS., Richterliche Rechtsharmonisierung (oben Note 127), S. 349; WALTER, Freie Beweiswürdigung. Eine Untersuchung zu Bedeutung, Bedingungen und Grenzen der freien richterlichen Überzeugung, Tübingen 1979, S. 83.

¹⁵¹ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 326, 328, vgl. auch S. 311 f.; DERS., Richterliche Rechtsharmonisierung (oben Note 127), S. 346 f.

¹⁵² In diesem Sinne der ROHG-Richter GOLDSCHMIDT, ZHR 20, 1875, 657: „[...] es hat die ältere Judicatur der Landesgerichtshöfe nicht nur einen sehr großen und dauernden geschichtliche Werth, sondern sie wird, neben den neueren Particularentscheidungen, noch auf geraume Zeit hinaus in sehr zahlreichen Fragen von praktischer Bedeutung bleiben, endlich dem obersten Gerichtshofe selbst zur steten Vergleichung und wiederholten Controle willkommene Gelegenheit bieten.“ Vgl. HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 309.

¹⁵³ NISSEN, Zuständigkeitsfrage (oben Note 130), 354: „Kurze Zeit hat hingereicht, dem Gericht die rückhaltslose Anerkennung der gesammten deutschen Juristenwelt und das nahezu widerspruchslose Vertrauen des zunächst beteiligten Handelsstandes zu schaffen.“

¹⁵⁴ HENNE, Rechtsharmonisierung durch das „Reichsgericht“ (oben Note 7), S. 337.

¹⁵⁵ Zwar herrschte Einigkeit darüber, daß ein Reichsgericht als einheitliches Höchstgericht zu errichten war. Umstritten waren aber dessen Ausgestaltung und insbesondere die Reichweite seiner Zuständigkeit. Vor allem Bayern, aber auch Sachsen und Württemberg protestierten gegen die umfassende Kompetenz des Reichsgerichts, ohne sich indes durchsetzen zu können. KAI MÜLLER (oben Note 57), S. 33.

¹⁵⁶ HENNE, Richterliche Rechtsharmonisierung (oben Note 127), S. 353 f.; SCHUBERT (oben Note 47), S. 152.

¹⁵⁷ SCHUBERT (oben Note 47), S. 153.

¹⁵⁸ OGOREK, Privatautonomie unter Justizkontrolle. Zur Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts (1870–1879), ZHR 150, 1986, 87, 88.

¹⁵⁹ WINKLER (oben Note 24), S. 272.

Conclusions générales

Notre droit actuel met à la disposition des justiciables et des professionnels de la justice tout un arsenal juridique, renforcé depuis les années 1990 par une multiplication des modes alternatifs de résolution des conflits, pour que l'issue d'un litige intervienne le plus rapidement possible et à moindres frais. Dès lors, face à la diversité des modes de résolution existants (conventionnel, juridictionnel, d'essence publique ou privée), comment, et par qui, la répartition des matières est-elle effectuée ? Relève-t-elle d'un choix des parties ou est-elle imposée par l'Etat ? Pour quelles raisons et selon quels critères ?

Cette étude n'a pas pour unique objet de décrire les modes de résolution et de régulation des litiges à travers les âges, mais vise surtout à rechercher les ruptures et les continuités dans la manière de rendre la justice et à déterminer l'influence du contexte politique et social en la matière. Son originalité réside dans la vision largement comparatiste dans laquelle elle s'inscrit : comparatisme dans le temps, dans l'espace et dans les points de vue livrés sur les thèmes abordés. Tout d'abord, le champ chronologique retenu, très large puisqu'il s'étend de l'Antiquité à nos jours, permet de restituer la généalogie des rapports entre la justice étatique et les modes alternatifs de résolution des conflits et d'établir ainsi plus facilement des comparaisons entre les pratiques d'hier et d'aujourd'hui. Le cadre géographique choisi autorise, notamment grâce aux partenariats développés avec l'Allemagne et la Belgique, une vision dépassant le seul cadre national. La comparaison de notre système juridique avec celui de pays voisins, comme l'Allemagne ou les Etats membres du Benelux, peut en effet être très instructive en raison de la diversité de leur histoire, de leurs institutions et des politiques poursuivies. En outre, l'appel à des chercheurs étrangers a permis d'obtenir leur point de vue sur notre système juridique et judiciaire. Enfin, parce que la recherche actuelle ne peut plus se cantonner aux considérations de spécialistes d'une seule discipline, des chercheurs et des universitaires de disciplines différentes ont été associés au projet afin de donner à celui-ci une réelle perspective pluridisciplinaire. Il est en effet certain que la présence de sociologues, d'historiens, d'anthropologues et de juristes, académiques et praticiens, a enrichi le débat en posant un regard différent sur les problématiques abordées.

Concrètement, le projet s'est attaché, après une réflexion introductive sur les concepts de « justice publique » et « justice privée » et sur les rapports entre ces deux notions¹, à étudier différents types de conflit afin d'apprécier la diversité des modes de résolution, existants et ayant existé, et de juger de leur efficacité. Au préalable, il convenait toutefois de cerner les notions et, surtout, de définir les contours de la justice privée, longtemps occultée dans les travaux des historiens par l'appréhension positive des archives². Cette justice privée, ou cette *infra justice*, prend forme dans la vengeance privée, les accommodements et l'arbitrage³. L'*infrajudiciaire* tend à se développer dans les campagnes où l'assimilation au monde judiciaire est plus lente. Pour autant, au Moyen-Âge l'arbitrage était loin de refléter l'absence de culture judiciaire de ceux qui l'utilisaient. Au contraire, bien que mode alternatif de règlement des conflits, il suit une procédure rigoureuse du compromis à la sentence arbitrale. De nos jours, un flou subsiste. En matière de justice pénale, par exemple, ce flou résulte à la fois de l'incertitude de la qualification de la justice pénale au regard de la dichotomie juridique traditionnelle entre droit privé et droit public, des rapports récursifs entre le ministère public et les particuliers et enfin de la relation dialectique entre l'action publique et l'action civile⁴. La transaction, et le rôle de l'Etat dans ce contrat particulier, en fournit un autre cas d'espèce. Si on s'accorde traditionnellement pour dire que la finalité de la transaction est d'évincer l'Etat dans la résolution des litiges entre particuliers, cette assertion commune cache toutefois une réalité historique, celle du rôle en amont de l'Etat. C'est en effet la puissance publique qui donne à la transaction à la fois sa force

¹ Journée « Approches Epistémologiques » organisée à Lille le 2 mai 2006 en collaboration avec l'Institut d'Etudes Judiciaires de la Faculté de droit de l'Université Lille 2

² J.-C. FARCY (Centre Georges Chevrier, CNRS - Université de Bourgogne), Justice privée et justice publique. Approche de l'historiographie (France XVIIIe-XXe).

³ Y. JEANCLOS (Université Robert Schuman, Strasbourg), L'arbitrage, une pratique au service du règlement pacifique des différends.

⁴ M. VAN DE KERCHOVE (Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles), La justice pénale, entre justice publique et justice privée ?

obligatoire (pour faire obstacle au retour au litige) et sa force exécutoire (de manière privilégiée par rapport à tous autres contrats)⁵. Enfin, on insistera ici sur l'apport d'une approche anthropologique. Ainsi, la médiation telle qu'elle est pratiquée en Afrique – terme aujourd'hui à la mode dans nos sociétés occidentales – constitue une tradition multiséculaire en Afrique, en particulier dans l'Afrique des Grands Lacs. C'est au regard de deux institutions traditionnelles, le Gacaca au Rwanda, et l'Ubushingantahe au Burundi, que la puissance imaginative des sociétés traditionnelles en matière de médiation doit être mesurée⁶ et que les renseignements qu'elle fournit doivent être intégrés à la réflexion sur la place des modes alternatifs de résolution des conflits dans les sociétés occidentales.

Trois axes de recherches ont pu être dégagés de la réflexion menée tout au long du projet. Le premier concerne les moyens mis en œuvre par les parties pour mettre fin à leurs conflits : ont-ils choisi la justice traditionnelle ou un mode alternatif ? Une fois le choix opéré en faveur du mode alternatif de résolution des conflits (arbitrage, transaction, contrat, voire l'inertie des parties...), la question se pose de savoir quelles raisons justifient ce choix : est-il réfléchi ou au contraire spontané ? Enfin, on s'interrogera sur la relation qui peut exister entre le type de conflit et le mode de résolution choisi : est-ce, en d'autres termes, la nature du conflit qui influence le mode de résolution utilisé ou ce choix est-il fonction des acteurs impliqués dans le conflit. Ces interrogations nous ont conduit à repenser la frontière traditionnelle entre justice étatique et modes alternatifs de résolution des conflits et les raisons qui peuvent sous-tendre cette approche dichotomique

LES MODES DE RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE PENALE⁷

Peut-on véritablement parler de résolution des conflits en matière pénale ? Juridiquement, en effet, le conflit s'incarne autour de la notion d'infraction et la peine constitue traditionnellement le règlement de ou la réponse à cette infraction. On est donc en dehors de toute idée d'alternative au règlement des conflits : il n'y aurait en principe qu'une seule voie. C'est en tout cas l'image que nous livre l'historiographie classique du XIX^e siècle et du début du XX^e. Lorsque l'Etat s'est formé, tout autre type de règlement des conflits a disparu en matière pénale. Le système de règlement des conflits ne réside que dans le procès pénal où l'Etat définit les infractions, impose ses valeurs et punit par le spectacle pénal. Pour autant, chacun sait (et les études récentes des historiens le montrent) qu'il y avait bien d'autres manières de régler les conflits, même après le XIII^e siècle. Cela semblait évident avant le XIII^e siècle car il y avait les règlements négociés entre groupes en raison du système de solidarité familiale, un système somme toute assez proche du système de règlement des conflits internationaux. Toutefois, et contrairement à ce qu'on a longtemps affirmé, cette pratique n'a pas disparu après le XIII^e siècle.

Dans le sillon de travaux collectifs qui depuis une dizaine d'années se sont attachés à cerner les divers aspects des règlements des conflits – de la composition, de la transaction et autres pratiques relevant du néologisme que constitue « *l'infrajudiciaire* »⁸ – nos recherches ont confirmé que l'affirmation de la puissance étatique comme moyen d'assurer la paix intérieure et la prise en charge directe par l'autorité publique de la résolution du conflit violent, n'a jamais totalement étouffé l'idée d'un règlement des conflits faisant participer les parties. C'est davantage sur la complémentarité des procédures et sur le rôle des différents acteurs qu'il faut insister.

⁵ E. SERVERIN (Institut de recherches juridiques sur l'entreprise et les relations professionnelles, CNRS - Université Paris X), *La force du contrat de transaction*.

⁶ J. FIERENS, (Facultés universitaires Notre-Dame de la Paix, Namur), *Justice traditionnelle et justice moderne dans l'Afrique des Grands Lacs*.

⁷ La journée consacrée à la résolution des conflits en matière pénale a été organisée à Douai, le 8 décembre 2006, en partenariat avec la Faculté de droit Alexis de Tocqueville.

⁸ Ainsi, les actes du colloque de Dijon publiés sous la direction de Benoît Garnot : ceux consacrés au Moyen Âge par la Société des médiévistes de l'enseignement supérieur, ou ceux de l'Institut d'anthropologie juridique de Limoges ; v. B. GARNOT (dir.), *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, actes du colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995, Dijon, 1996 ; *Le règlement des conflits au Moyen Âge*, XXXI^e congrès de la S.H.M.E.S. (Angers, juin 2000), Paris, 2001 ; J. HOAREAU-DODINAU et P. TEXIER (dir.), *Résolution des conflits. Jalons pour une anthropologie historique du droit*, Limoges, 2003.

Au-delà des différentes procédures et des appellations diverses léguées par les siècles à ces mécanismes particuliers de résolution des conflits, au-delà aussi de leurs champs respectifs de recherche, de leurs périodes de prédilection ou de leurs sources, il existe incontestablement des « invariants ». Le domaine de la pacification concerne le petit contentieux (comme celui des injures) dont on souhaite ne pas encombrer les tribunaux⁹. Ceci rejoint les préoccupations du droit romain et de ses commentateurs¹⁰. Cependant, sous l'Ancien Régime, des actes plus graves comme les homicides étaient également concernés, et ces pratiques perdurent encore de nos jours dans les sociétés traditionnelles¹¹. Les atteintes à l'honneur sont aussi visées par des modes alternatifs de résolution des conflits, soit qu'il s'agisse d'injures qui dégénèrent et que la justice doit réparer, soit que l'action pénale attente à l'honneur de l'inculpé, une résolution non contentieuse évite alors la honte de l'aveu public¹². L'action judiciaire entre dès lors dans le patrimoine de la victime – ou dans celui de la famille pour ce qui concerne les sociétés sans Etat – qui peut même céder ses droits¹³. En réalité, le juge a toujours souhaité conserver un certain contrôle sur ces procédures infra- ou extrajudiciaires. Ainsi, limitée dans le projet de l'ordonnance de 1670, la transaction fut largement autorisée dans le texte final, sauf pour les crimes capitaux avec peine afflictive. A l'instar du pragmatisme médiéval, l'autorité judiciaire préfère encore aujourd'hui contrôler des transactions pénales plutôt qu'organiser une répression difficile à mettre en œuvre ?

Quel que soit le motif, le juge tient à contrôler la transaction, laquelle ne peut donc être réduite à un contrat purement civil¹⁴ ; l'appareil d'Etat tient clairement à conserver la mainmise sur le règlement des conflits. Sans accord du juge, il y aura collusion. Surtout, la transaction ne vaut qu'entre les parties, il n'y a pas d'autorité de la chose transigée *erga omnes*. Les parties restent de surcroît protégées par les voies de recours. Ainsi, un fort taux d'appel se constate qu'il s'agisse du Moyen Âge ou de la période moderne. Les parties maîtrisent donc la stratégie du conflit judiciaire, mais l'important n'est-il pas l'écoute ? Il est parfois plus important de débattre d'un conflit que d'obtenir une décision. Il faut, alors, faire attention à ce que ces pratiques n'instrumentalisent pas la justice. Le juge doit en d'autres termes rester le maître de la procédure et la grande flexibilité des outils offerts au Parquet contemporain en matière de transaction pénale s'inspire d'ailleurs directement de la « souplesse procédurale » de l'ancien droit. Il en maîtrisera aussi les effets pratiques : une plus grande clémence dans l'ancienne pratique, une invitation à un rabais sensible de la peine dans le droit le plus contemporain. Le danger devient alors celui de la liberté du consentement, tant de l'auteur que de la victime, dans cet aveu judiciaire qui entraîne la conviction. En effet, l'auteur présumé ne pourrait-il pas être amené à avouer un crime pour lequel il est innocent, ce qui peut arriver quand on recherche absolument l'assentiment d'un coupable cherchant à tout prix à éviter la honte publique.

Si la transaction rend compte de pratiques sociales et judiciaires relativement harmonieuses, il faut noter qu'elle peut donner lieu, notamment en matière pénale, à un important contentieux judiciaire. D'ailleurs, la principale source des historiens pour aborder la transaction n'est-elle pas fournie par un contentieux judiciaire né de l'échec de ces transactions ! Les historiens sont-ils pour autant condamnés à ignorer les transactions qui furent exécutées sereinement par les parties, finalement un « *chiffre blanc* » de la transaction qui serait le miroir du « *chiffre noir* » de la criminalité ? La transaction demeure pourtant, pour les juges médiévaux, préférable au procès comme l'atteste la formule de renvoi de la cause « *sous espérance* » (*sub spe*) d'accord et de tout temps la justice fut attentive à favoriser le règlement amiable des conflits. La sagesse populaire voulant qu'un mauvais accord est préférable à un bon procès a toujours été partagée par

⁹ I. COUTANT (Ecole Normale Supérieure de Paris), Les audiences pour mineur en Maison de justice. Rappel à la loi, médiation : au-delà de l'opposition prévention/répression.

¹⁰ R. ECKERT (Université Strasbourg III), La transaction devant la chambre criminelle du parlement de Paris au début du XV^e siècle : l'exemple de l'affaire Broquel.

¹¹ G. COURTOIS (Université d'Artois), Vengeance et réparation dans les sociétés sans Etat, le cas du Wayuu.

¹² E. WENZEL (Université d'Avignon et Pays de Vaucluse), Une « autre justice » ? Les voies « alternatives » dans l'ancienne procédure criminelle. J. DANET (Université de Nantes), Les nouveaux modes de traitement des délits et la place des parties.

¹³ R. MARTINAGE (Université Lille 2), Compromis, transaction, cession de droit en matière pénale (XVI^e- XVIII^e siècles).

¹⁴ L. ABOUCAYA (Université Lille 2), Le Juste et le Juge : sensations d'audience.

la robe. L'histoire, en cette matière comme dans d'autres, nous apprend que les procédures anciennes permettent de remettre en perspectives les avant-gardes actuelles¹⁵.

Existe-t-il réellement un domaine de l'infra judiciaire ? Derrière cette interrogation, c'est une nouvelle façon d'envisager les conflits pénaux qui se profile. Deux visions de la résolution des conflits pénaux ont jusqu'à présent été opposées : celle d'un Etat qui tranche autoritairement et celle du recours à l'infrajudiciaire qui répond à des stratégies de contournement de la justice étatique dans laquelle certains justiciables ne se reconnaissaient pas. Les recherches menées dans le présent projet ont ouvert une troisième voie, à savoir l'idée qu'il n'y a pas nécessairement concurrence entre les deux premières voies mais qu'elles peuvent parfaitement être complémentaires. L'infrajudiciaire s'apparente à du judiciaire, ou à tout le moins à un règlement « juridique » des conflits. La transaction, par exemple, a lieu lorsque la justice étatique, ou plutôt la justice rendue par les autorités publiques (notamment les villes au Moyen Age), ne peut pas agir et que le conflit est de ce fait dépenalisé. C'est le cas des lettres de rémission : le crime ayant été remis par le roi et toute infraction ayant de ce fait disparue, il fallait trouver d'autres voies pour régler le conflit entre les protagonistes. On use également de modes transactionnels en matière de conflits familiaux afin d'éviter le scandale qui troublerait encore davantage l'ordre public. D'où le choix de maintenir ces modes de résolution des conflits dans la sphère privée. Ainsi, en matière d'adultère, on ne trouve pas d'affaires punies pénalement selon les règles de l'authentique dans les fonds des parlements, même au XVIII^e siècle, car ces règles empêchent que le procès aboutisse. En revanche, on trouve d'autres voies judiciaires que la voie purement pénale, comme la procédure de police ou la civilisation du procès. Quelle que soit la voie judiciaire choisie, l'Etat a toujours jalousement défendu son pouvoir de contrôle ; c'est pourquoi on ne peut pas véritablement parler d'infrajudiciaire. Il n'en demeure pas moins que les comportements changent à partir du XVIII^e siècle, changement qui s'accompagne d'une augmentation du contentieux devant les parlements. Une des explications tient au fait que les victimes saisissent de plus en plus souvent le juge pénal¹⁶. Toutefois, il ne faudrait pas en conclure, comme on parfois eu tendance à l'affirmer, que le procès pénal est alors confisqué par le Ministère public. Il reste à explorer l'évolution au XIX^e siècle. Des trop rares travaux consacrés à cette période, il apparaît que l'Etat tente d'imposer la voie pénale devant les juridictions tout en jouant sur la possibilité d'éviter la voie criminelle, avec ses lourdes peines, pour lui préférer la voie de la correctionnalisation. Mais on ne peut pas pour autant en conclure que ce siècle ignore tout règlement négocié.

De nos jours, on observe clairement un retour vers des modes diversifiés. Il ne s'agit pas d'une renaissance des anciennes voies privées de règlement des conflits mais davantage d'un arsenal de moyens laissé au Ministère public pour éviter le procès. Tous ont un objectif commun : ramener la paix indépendamment de la voie choisie. On ne saurait toutefois pas passer sous silence le danger inhérent à des modes de résolution des conflits qui imposent l'adhésion des intéressés. En effet, cette adhésion est souvent forcée car le rapport de force entre les parties est déséquilibré. Ces voies, qui ont davantage la faveur des politiques que des juristes, écartent aussi les garanties du procès. De ce point de vue, le procès a l'intérêt de remettre les rapports de force entre les parties à égalité, même si cette égalité n'est jamais parfaite.

LES MODES DE RESOLUTION DES CONFLITS FAMILIAUX¹⁷.

La résolution des conflits en matière familiale doit nécessairement s'adapter au caractère particulier de son objet, à la fois lieu privé et même intime mais aussi pilier de notre organisation sociale dont par définition l'Etat ne peut se désintéresser. Etudier la résolution des conflits familiaux s'est donc se situer d'emblée à la frontière mouvante de la justice publique et de la justice privée, c'est rechercher à travers les âges comment le choix entre ces deux justices a pu s'opérer ou se combiner, c'est dégager les solutions originales qui ont été trouvées.

¹⁵ L. DE CARBONNIERES (Université Lille 2), a conclu cette journée.

¹⁶ I. ARNAL-CORTHIER (Université Lille 2), Un exemple d'implication des parties dans la résolution du conflit en justice : La participation des plaideurs dans les procès pour injures devant le parlement de Toulouse (XVII^e-XVIII^e siècles).

¹⁷ La journée consacrée à la résolution des conflits familiaux, organisée en collaboration avec le laboratoire d'Etudes et de Recherches Appliquées au Droit Privé (L.E.R.A.D.P.), s'est tenue le 11 mai 2007 à la Faculté de droit, université Lille 2.

Au terme de notre enquête, quelques lignes de forces s'imposent. Tout d'abord, la résolution des conflits familiaux est toujours une affaire sociale. Les raisons pour lesquelles la société s'intéresse aux conflits familiaux sont nombreuses. Elles tiennent en premier lieu de la stricte utilité : lorsque la famille ne remplit plus ses fonctions de subsistance, ses membres se tournent vers la collectivité pour qu'elle pourvoie à leurs besoins. Dans d'autres cas, c'est par le biais de la religion que les difficultés familiales acquièrent une dimension sociale : ainsi le refus de délivrance du « *gueth* », en paralysant le remariage de la femme divorcée, suscite des difficultés juridiques débordant largement le cadre du ménage dissous. Dans le souci de prévenir d'éventuelles difficultés, la société pourra aussi, par l'intermédiaire des curés, « repérer les mauvais ménages dès leur naissance ». A toute époque, il ne fait pas de doute que la paix des familles ait été nécessaire à la préservation de la paix sociale¹⁸.

Contrairement à ce que l'on semble souvent penser, il convient donc de souligner d'emblée qu'existent bien, en matière de conflits familiaux, deux types de modes de résolution de conflits : la résolution traditionnelle et le mode alternatif. Ils s'imbriquent généralement à tel point que lorsqu'il est fait appel à l'arbitrage, les parties en conflit cherchent généralement, en dehors de la sphère familiale, des arbitres dont l'autorité, morale ou sociale, s'apparente à celle du juge : l'intendant, le notaire, le curé, le rabbin... Quant aux raisons qui conduisent à choisir plutôt un mode alternatif que la justice traditionnelle, ou inversement, elles sont multiples. Elles peuvent être liées à la pression juridique ou au milieu dans lequel les parties évoluent. En matière de famille, on essaie d'abord de trancher le différend dans un cercle restreint et c'est en dernier recours que les parties se tournent vers la justice traditionnelle. Mais il peut y avoir des raisons beaucoup plus réfléchies. Les autorités elles-mêmes peuvent pousser à ce que la résolution soit d'ordre privé. En affichant le désordre des familles, on touche en effet à la paix sociale et à l'ordre public. C'est le même raisonnement que tiennent les autorités religieuses, qu'il s'agisse des curés ou des rabbins¹⁹, lorsqu'elles s'efforcent de cantonner ce type de litiges à la sphère privée. Là encore, montrer le désordre des familles, notamment en matière de mariage, c'est afficher ostensiblement les atteintes à la religion. Il existe aussi des raisons beaucoup plus pragmatiques : des raisons économiques, la longueur des procédures. Ainsi en matière de successions, les parties ne désirent pas que les fruits de la succession passent en frais de procédure. Le choix de modes alternatifs de résolution des conflits peut également être motivé par l'incertitude des jugements, voire par l'impuissance de la justice à faire appliquer ses décisions. Dans tous ces cas, on se reporte volontiers vers un mode alternatif pour terminer le conflit. Enfin, il ne faudrait pas occulter l'existence de véritables stratégies : une partie peut utiliser la justice comme un moyen de pression sur la partie adverse et même sur des tiers. En menaçant de recourir à la justice traditionnelle, on peut ainsi forcer son adversaire à opter pour un mode de résolution privé.

Un autre constat porte sur la très grande variété des types de conflits familiaux qui appellent un mode de résolution spécifique. A côté des séparations de couples, on trouve au moins deux autres types de litiges récurrents : ceux qui s'élèvent entre parents et enfants, notamment à propos du mariage de ces derniers, et ceux, plus importants encore, qui touchent aux successions, notamment dans le contexte de familles recomposées. La nature des conflits influe sur leur mode de résolution, notamment parce que l'on ne peut pas traiter de la même manière des conflits naissants entre personnes égales, comme les époux, et les litiges entre parents et enfants. A cet égard, l'exemple de l'histoire législative et doctrinale belge met particulièrement bien en lumière une problématique dominée par la question de l'autorité ou de l'égalité²⁰. La sophistication avérée des techniques législatives modernes de résolution des conflits familiaux répond à la diversité des situations des personnes en conflit, et concourt à renforcer le souhait permanent de voir ces conflits se résorber par l'accord, la médiation ou les « tribunaux de famille »... Existe-t-il pour autant une variation du mode de résolution en fonction de la nature du litige ? Il semble que des variations peuvent être observées en fonction du rapport symétrique (par exemple, entre époux) ou dissymétrique (ainsi, les conflits entre enfants et parents). Dans ce dernier on peut également observer des tentatives de prévenir le conflit en amont, notamment par la voie législative.

Le choix de la personne, ou de l'autorité appelée à dénouer le conflit familial constitue un troisième point de la réflexion²¹. A cet égard, il convient de noter qu'il n'existe pas de frontière nette entre

¹⁸ A. BOZON (Université Lille 3), *Conflits familiaux et médiation cléricale dans la France du XVII^e siècle*.

¹⁹ F. RENUCCI (CNRS - Université Lille 2), *Les solutions françaises aux conflits en matière de divorce religieux du XIX^e siècle à nos jours*.

²⁰ R. BEAUTHIER (Centre de droit comparé et d'histoire du droit, Université Libre de Bruxelles) et B. TRUFFIN (Université Libre de Bruxelles), *Le juge, la famille et les époux : un trio classique ?*

²¹ C. POMMART (Université de la Réunion), *De l'incidence des techniques législatives sur la résolution des conflits familiaux*.

justice étatique et « infra-justice ». La situation de l'intendant d'Auvergne est à ce titre exemplaire puisque celui-ci peut intervenir soit au titre de la justice retenue soit en qualité de conciliateur, avec des glissements possibles entre l'un et l'autre cadre²². Plus récemment, les « tribunaux de famille » demeurent fondamentalement une instance judiciaire, tandis que la délivrance du "*gueth*", obligation essentiellement religieuse, finit par être prescrite par les tribunaux étatiques²³. Enfin, à l'heure actuelle, la médiation familiale s'insère dans le procès judiciaire²⁴. Dans le choix du tiers appelé à trancher ou à apaiser le conflit, on observe à l'envie la recherche d'une autorité morale ou sociale (intendant, rabbin...) qui puisse, hors le recours à la justice traditionnelle, s'apparenter à celle du juge. Or, ce choix détermine les valeurs morales et religieuses qui vont sous-tendre la résolution du conflit. Lorsqu'il s'agit du curé, ces valeurs sont clairement affichées, au point d'ailleurs de nuire à son impartialité. Lorsque c'est le juge aux affaires familiales ou un médiateur, les choses sont moins claires.

En conclusion, si la résolution des conflits familiaux semble être un élément relevant de la sphère privée, elle cache en réalité souvent le poids des pressions sociales... et c'est ce poids qui pousse les parties à résoudre leurs conflits de manière privée.

LES MODES DE RESOLUTION DES CONFLITS ENTRE GOUVERNANTS ET GOUVERNES²⁵.

De nombreuses études, marquées ou non par une inspiration idéologique et/ou politique, ont déjà traité (d'un point de vue juridique, politique ou socio-économique) des conflits qui, de l'Antiquité à nos jours, ont opposé les gouvernants aux gouvernés au sujet de la légitimité de ces gouvernants, du choix des personnes et oligarchies qui exercent le pouvoir ou, plus ponctuellement, d'un rejet partiel ou complet de leurs décisions et choix de société. On s'est surtout intéressé aux différents modes d'expression de ces conflits qui, selon les lieux et les époques, se sont manifestés par des insurrections, des révoltes et révolutions, ou encore par des grèves et manifestations. En revanche, on s'est peu intéressé aux modes de résolution de ces conflits et à leurs acteurs.

Pour ce qui est des acteurs, on peut noter leur grande diversité en fonction des époques concernées. Pour la période médiévale moderne, on citera, parmi d'autres exemples, les autorités urbaines, les assemblées représentatives et l'Eglise, d'une part, le prince et ses représentants, d'autre part. Pour l'époque contemporaine, on pensera davantage aux syndicats, collectifs divers, partis politiques et groupes de pression comme interlocuteurs, voire comme médiateurs, entre les gouvernés et les mandataires élus ou autres représentants des autorités publiques et des administrations.

Au-delà des acteurs, se pose surtout la question des moyens dont ceux-ci disposent pour aplanir et résoudre les conflits. On s'est ainsi interrogé sur la pertinence des discussions et pourparlers formels ou informels, des concessions et accords oraux et écrits ou encore de l'adaptation des lois existantes ou de la promulgation de nouvelles normes législatives ou réglementaires comme modes extrajudiciaires (ou alternatifs) de résolution des conflits entre gouvernants et gouvernés ; sans oublier de confronter ceux-ci aux possibilités d'un règlement judiciaire de ces mêmes conflits, puisque tant les juridictions civiles qu'administratives ont, depuis la fin du Moyen Age, été appelées à trancher des litiges de ce type. Globalement – et on ne s'en étonnera pas s'agissant de conflits mettant en relation deux parties largement déséquilibrées – les gouvernants ont toujours eu la maîtrise du conflit. Mais la pugnacité et/ou l'inventivité des gouvernés leur a permis parfois de sortir honorablement du conflit.

Il convient tout d'abord de souligner en la matière l'importance accordée aux moyens de prévention des conflits. On peut ainsi observer que, dès le XVI^e siècle, le discours législatif a vocation à prévenir le conflit avant même qu'il n'éclate ou tout au moins à identifier les motifs éventuels d'opposition²⁶. La

²² V. LESAGE (Université Nancy II), *L'intervention de l'intendant dans la résolution des conflits familiaux : l'exemple de l'intendant d'Auvergne au XVIII^e siècle*.

²³ J. FERRAND (Université Grenoble II), *Les tribunaux de Famille sous la Révolution : lieux de convivialité ou juridictions authentiques ?*

²⁴ S. MONNOT (Médiatrice familiale), *les limites du médiateur familial*.

²⁵ Cette question a été traitée lors d'une journée d'études organisée conjointement avec le Centre de Recherches en Histoire du Droit et des Institutions à Bruxelles, le 8 février 2008.

²⁶ A. ROUSSELET-PIMONT (Université Lille 2), *Désamorcer le conflit. La portée du discours législatif au XVI^e siècle*.

monarchie prend dès lors soin de s'entourer de conseils, surtout lorsqu'une disposition législative est sujette à polémique. Comment, dès lors, les sujets pourraient-ils s'opposer à une disposition légale édictée après délibération ? Toutefois, il convient de préciser que si le roi et son chancelier écoutent bien les avis, la solution législative n'en tient pas forcément compte. A cette époque, le roi s'affirme en effet comme seul législateur. Il incarne même, comme le diront les chanceliers, la raison. Paradoxalement, cette gestion préventive est elle-même source de nouveaux conflits entre, d'une part, le roi et, d'autre part, ses sujets et les corps constitués qui souhaitent voir leurs doléances reprises dans la législation. L'argumentaire développé par les chanceliers pour justifier les choix royaux s'apparente dès lors souvent à un discours visant à pacifier ce conflit extrajudiciaire.

Une autre particularité de ces conflits concerne l'absence de justice proposée par les gouvernants aux gouvernés. C'est donc souvent de déni de justice dont il est question dans ces affaires. La question du ressort de l'ancien parlement de Flandre en fournit un premier exemple²⁷, et de la situation particulière des justiciables avant la création du Conseil d'Etat belge²⁸.

Le ressort du parlement de Flandre a suivi les vicissitudes de la guerre et des traités de paix. La frontière mouvante entre la France et les Pays-Bas méridionaux laissait les justiciables dans un doute permanent quant à la saisine d'un juge légitime : devant quel juge les gouvernés devaient-ils se tourner ? Les justiciables étaient face à un déni de justice car rien n'avait été prévu pour régler les questions de compétence juridictionnelle. Il fallut attendre parfois plus de dix ans pour que les justiciables pussent trouver une juridiction certaine et compétente. Toutefois, si la législation royale réglait la situation pour l'avenir, elle ne vidait pas pour autant le conflit antérieur.

L'histoire de la Belgique contemporaine en fournit un autre exemple. Entre 1840 et 1920, la Cour de cassation belge a restreint de façon drastique l'ouverture des cas d'indemnisation, excluant de sa compétence tout ce qui s'apparentait « *aux charges et aux fonctions publiques nées des lois et règlements touchant l'ordre public et la bonne administration de l'Etat* ». On n'a d'ailleurs pas hésité à qualifier cette jurisprudence d'« *automutilation du pouvoir judiciaire* ». Pendant quatre-vingt ans, jamais le déni de justice ne fut réparé. Ce n'est qu'en 1920 que la Cour de cassation belge mit fin à l'injustice. Dans un arrêt, resté célèbre sous le nom d'arrêt *Flandria*, la Cour reconnaissait la responsabilité de la puissance publique à l'occasion des dommages causés par la chute d'un arbre appartenant au domaine public sur une propriété privée. Il n'en demeure pas moins que la prévention, si elle tente de désamorcer en amont un conflit supposé ou naissant, crée parfois le conflit.

Enfin, reste que bon nombre de justiciables ne trouvent pas légitimes les décisions de justice. Ils entrent alors dans une sorte de conflit avec l'autorité judiciaire, ne reconnaissant pas la décision prise comme juste. Peut-être faut-il, comme le suggère Me Battistoni²⁹, bouleverser notre conception traditionnelle de la justice étatique. Il distingue à cet effet la « fonction d'autorité » du juge de sa « fonction d'accommodation ». Dans sa fonction d'autorité, le juge ne fait qu'appliquer la loi. Dans sa fonction d'accommodation, il est à l'écoute des attentes légitimes des parties et tranche en équité en s'affranchissant de la rigueur excessive de la loi. C'est dans ce jugement en équité qu'on peut trouver un mode alternatif à la régulation judiciaire des conflits. Le juge, figure emblématique de notre justice traditionnelle, doit-il se cantonner à appliquer la loi, ou peut-il s'en affranchir et juger en équité pour mieux satisfaire la demande de légitimité des parties ? L'office du juge doit dès lors se transformer : il convient en effet qu'il tienne compte non seulement du texte de la loi, des prétentions des parties mais aussi, chose nouvelle, de l'opinion que les parties se font de la loi.

²⁷ R. LIMELETTE (CNRS - Université Lille 2), *A la recherche de son juge dans le ressort du parlement de Flandre*.

²⁸ F. MULLER (FNRS - Université catholique de Louvain), *Entre exhortations doctrinales et résistances judiciaires : La laborieuse création du Conseil d'Etat belge (1836-1946)*.

²⁹ E. BATTISTONI (Juge au Tribunal du Travail de Verviers, Belgique), *Les repères du juge entre ordre et désordre*.

Plus que tout autre type de conflits, ceux opposant gouvernants et gouvernés sont marqués par le poids de l'histoire et d'une tradition positiviste qui, lorsqu'elle est appliquée sèchement, laisse peu de place au juge. Le système de l'ancien droit, qui faisait appel à la raison et à l'équité, laissait de ce point de vue peut-être davantage au juge la possibilité de s'affranchir des lois et de la fixité du droit.

LA RESOLUTION DES CONFLITS EN MATIERE DE COMMERCE TERRESTRE ET MARITIME³⁰.

Les spécificités et les impératifs du monde économique qui colorent le contentieux commercial ont, depuis l'Antiquité, justifié que les litiges en la matière soient soumis à un régime propre et non à la procédure suivie devant les juridictions de droit commun³¹. Il faut toutefois attendre le milieu du XVI^e siècle en France pour que le pouvoir royal institue une juridiction commerciale à part entière : la juridiction consulaire, créée d'abord pour Paris en 1563. Celle-ci, composée de juges élus par et parmi les marchands et fonctionnant selon des règles propres, est vivement critiquée par les juridictions ordinaires, notamment par le Parlement qui obtient en 1681 que les litiges survenus en matière de commerce maritime relèvent d'autres juridictions d'exception : les Amirautés³². Mais alors que les Amirautés sont supprimées à la Révolution, les tribunaux de commerce, consacrés par le Code napoléonien de 1807, subsistent encore de nos jours³³. Le droit français, qui attribue le contentieux commercial à des juridictions spécialisées, fait aujourd'hui figure d'exception, d'où la nécessaire comparaison établie avec la situation dans les autres pays d'Europe, spécialement avec les pays germaniques³⁴.

Le monde des affaires est en outre un domaine caractérisé par un grand besoin de souplesse, dans lequel les acteurs de la vie économique disposent de multiples solutions pour résoudre leurs litiges. Ainsi peuvent-ils prévoir, en amont du litige, l'insertion dans leurs contrats de clauses relatives à la résolution de leurs éventuels conflits (clauses d'amiable composition ou clauses prévoyant une procédure de conciliation préalablement à tout recours contentieux)³⁵. Et, en l'absence de telles dispositions contractuelles, les conflits commerciaux nécessitant d'être résolus avec rapidité et confidentialité, il est fréquent que les parties recourent à des procédés tels que l'arbitrage ou la conciliation, voire jonglent avec les différents modes de résolution pour obtenir une solution économiquement satisfaisante³⁶.

Le caractère particulier des conflits commerciaux, terrestres comme maritimes, et leurs implications souvent internationales s'expriment tout naturellement à travers les modes de résolution de

³⁰ Ce thème a fait l'objet d'un colloque international, organisé à Roscoff du 1^{er} au 3 mai 2008, ont été organisées, en partenariat avec l'Université Johann-Wolfgang-Goethe de Francfort-sur-le-Main et le Centre d'Histoire du Droit de l'Université Rennes I.

³¹ J. HILAIRE (Université Paris II), *La résolution des conflits en matière de commerce terrestre à partir des archives du Parlement de Paris au XIII^e siècle*.

³² P. POURCHASSE (Université de Brest), *Le naufrage, un événement conflictuel au XVIII^e siècle*. L'exemple de l'amirauté de Cornouailles.

C. PFISTER (Université du Littoral - Côte d'opale, Boulogne-sur-Mer), *Marine et droit : des rapports très élastiques (XVIII^e siècle - XIX^e siècle)*.

³³ T. HAMON, Université de Rennes I, *Les contentieux du commerce des toiles : du tribunal des manufactures au Tribunal de Commerce : l'exemple de Quintin (Côtes - du -Nord), XVIII^e - XIX^e siècles*.

³⁴ A. CORDES (Université Johann-Wolfgang-Goethe, Francfort), *La juridiction au Moyen-âge et les besoins des commerçants*.

P. OESTMAN (Université de Münster), *Les litiges en droit commercial maritime devant la cour supérieur d'appel des quatre villes libres d'Allemagne (1820-1848)*

U. MÜBIG (Université de Passau), *L'homogénéité du droit commercial grâce à une juridiction supérieure : la création du tribunal supérieur de commerce pour les états fédéraux et le Reich (1806-1900)*.

K. O. SCHERNER (Université de Metten), *L'évolution des tribunaux de commerce de Nuremberg, Leipzig et Hambourg entre 1500 et 1800*.

³⁵ S. MARZAGALLI (Université de Nice), *Les modalités de règlement des conflits commerciaux entre la France et les Etats-Unis au tournant du XIX^e siècle, un révélateur du fonctionnement des réseaux marchands*.

³⁶ E. ROTHWEILLER (Université Robert Schuman, Strasbourg III), *La résolution des conflits en droit maritime : le choix entre compromis, arbitrage et contentieux à travers l'exemple de l'abordage du « Ville de Victoria » (1886 - 1889)*.

C. BORDE (Université du Littoral - Côte d'opale, Boulogne-sur-Mer), *Les deux rêves du commerce maritime au premier XX^e siècle : arbitrage social et commercial chez les Armateurs de France (1891-1950)*.

ces conflits. Ceux-ci font tout d'abord apparaître des acteurs jusqu'ici absents de la scène comme les assureurs. Les compagnies d'assurance se voient parfois attribuer un rôle extrêmement important ce sont elles (et notamment Véritas), et non l'Etat, qui dans les années 1825-1830 mettent au point la classification des bateaux. Cette classification s'effectue en fonction de critères rigoureux qui doivent permettre de clarifier le contentieux maritime, et tout particulièrement la question des indemnités. La notion de temps doit également être mise en évidence, qu'il s'agisse de trouver avant tout une solution rapide à un conflit commercial ou, au contraire, de régler (ou plus exactement de ne pas régler) un différend en le laissant traîner afin que le temps fasse son oeuvre. Enfin le milieu et la réputation jouent également un rôle non négligeable : les conflits opposant gens de bonne compagnie et de bonne réputation sont généralement tranchés par des solutions *ad hoc*. Enfin, le maître mot de la résolution des conflits commerciaux est incontestablement le pragmatisme.

LA RESOLUTION DES CONFLITS ENTRE PEUPLES.

Cette notion de « conflits entre peuples », permet à la fois d'ancrer la réflexion dans le passé et de rendre compte de la dimension humaine – qu'elle soit collective ou individuelle – des conflits sans opposition entre l'acception juridique et l'acceptation politique. Ainsi on s'est intéressé aussi bien aux conflits ethniques, doublés souvent d'une dimension religieuse, qu'aux guerres civiles qui traduisent la volonté d'une ethnie de rejoindre le peuple d'un autre Etat ou de constituer un Etat nation, conformément à l'affirmation du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. De ce principe, inscrit dans les traités de paix de l'après Première Guerre mondiale, s'est dessinée la carte de l'Europe, du Moyen-Orient et d'une partie de l'Afrique, et les grands conflits ultérieurs (Seconde Guerre mondiale, conflits des Balkans, conflits du Moyen Orient, et du Rwanda dans une certaine mesure) s'en sont nourris. Les minorités ethniques, scories de peuples éclatés entre plusieurs Etats, sont en effet des ferments d'agitation qui peuvent déclencher un conflit entre Etats. Enfin, la dimension génocidaire des conflits contemporains n'a pas été négligée : le génocide est en quelque sorte le mode ultime de résolution d'un conflit ancré dans le temps avec une minorité raciale et/ou religieuse indésirable et se distingue précisément des autres crimes de masse contre les civils par l'intention d'éliminer un peuple.

Les conflits entre peuples soulèvent de ce fait des questions particulières par rapport aux autres types de conflits qui, presque tous (la réserve concerne les conflits commerciaux en particulier maritimes), s'inscrivent dans le cadre du droit et de la justice internes des Etats³⁷. La société internationale n'est pas encore parvenue à reproduire le modèle de la construction nationale. Alors qu'un Etat peut imposer à ses citoyens les décisions rendues par sa justice, la communauté internationale ne dispose pas de superstructure capable d'imposer aux Etats les décisions rendues par ses juridictions. La construction internationale repose en effet sur le principe de la souveraineté des Etats, lequel s'oppose au concept de force exécutoire et impose par conséquent sur le plan du droit des solutions consensuelles. Observons ensuite que la justice internationale est de création extrêmement récente à l'échelle des temps historiques. En effet, la première tentative de création d'une juridiction internationale, envisagée pour juger les dirigeants coupables de crimes commis dans le déclenchement et la conduite d'un conflit, s'inscrit dans le règlement de la Première Guerre Mondiale qu'organise le traité de Versailles, sans succès d'ailleurs à ce moment : la juridiction prévue ne sera jamais créée³⁸. Une Cour Permanente de Justice, destinée à éviter les conflits futurs voit cependant le jour peu après, sans beaucoup marquer par son efficacité ; elle s'est prolongée dans la Cour de Justice Internationale et coexiste aujourd'hui avec la Cour Pénale Internationale qui peine, il faut le dire, à sortir des limbes. Par conséquent, alors que dans le cadre interne, la justice institutionnelle semble aussi évidente que naturelle, la justice des conflits entre peuples – justice dans le sens d'une juridiction rendant des décisions conformément à des règles de droit – s'avère encore balbutiante. Enfin, vouloir faire la synthèse des analyses exposées par des positivistes et par des historiens du droit qui travaillent sur des époques très différentes ne peut que mettre dans l'embarras en ce qui concerne la résolution des conflits entre peuples. Est-il pertinent de comparer le règlement de ces conflits

³⁷ M. VEC (Max-Planck-Institut für Europäische Restgeschichte, Francfort), *Evolution et structure de la résolution des conflits en droit international*.

³⁸ A. DEPERCHIN (CNRS - Université Lille 2), *Sortir de la Grande Guerre : le droit des peuples et la construction de la paix*.

au haut Moyen Age avec ceux du bas Moyen Age ? Peut-on même oser une comparaison avec les conflits actuels ? Indépendamment de l'échelle des conflits et de leurs caractéristiques en termes d'investissements en hommes et matériels, qu'ont en commun les peuples de la Guerre de Cent Ans et ceux des deux guerres mondiales ? Il est utile ici de rappeler que la notion de « peuples » a été choisie parce qu'elle permet d'intégrer les conflits qui naissent à partir du début du XIX^e siècle dans le cadre des guerres civiles, qui ne sont pas des guerres entre Etats, tout au moins à l'origine, mais qui risquent pourtant d'avoir des répercussions sur la structure de la société internationale et constituent la majeure partie des conflits modernes. Elles concernent les peuples, car elles opposent un sous-ensemble de sujets d'un Etat, constituant une population forte sur le plan de l'identité, mais minoritaire en nombre, à cet Etat dont ce groupe veut se séparer dans l'espoir de relever d'un autre Etat ou d'accéder à l'indépendance territoriale. On se trouve donc confronté à une problématique spécifique qui se situe au niveau supérieur de la souveraineté, problématique différente de celle de conflits qui, à l'intérieur des Etats, même dans le cas de modes alternatifs de résolution des conflits, ne remettent pas en cause juridiquement cette souveraineté.

En dépit des difficultés précédemment évoquées, il semble que l'on puisse dégager quelques lignes directrices. On observe tout d'abord, qu'indépendamment des époques, la diplomatie – c'est-à-dire une solution consensuelle par des personnes qui ne sont ni des juges ni des arbitres, mais des négociateurs, c'est-à-dire des professionnels de la communication – domine lorsqu'il s'agit de résoudre les conflits entre peuples. Elle est active au début du conflit d'intérêts, avec ou sans succès, et dans ce dernier cas, la guerre éclate, mais quand l'affrontement physique cesse, la diplomatie s'impose à nouveau. Aucun règlement durable des conflits entre peuples ne peut exister s'il ne repose pas sur le consentement des ennemis d'hier à la solution censée instaurer la paix.

La question a été vivement débattue de savoir si la guerre constitue un mode alternatif qui permet dans le contexte international de trancher. Jusqu'au XX^e siècle, on peut en effet considérer que les Etats sont maîtres du règlement de leurs différends, notamment par la guerre qui constitue longtemps un mode normal de résolution des conflits, et de la manière d'en sortir, par des traités de paix négociés entre eux, sans jugement moral ni suites judiciaires. A partir du XX^e siècle, le recours à la guerre va progressivement être interdit et la résolution des conflits échappera aux belligérants par l'intervention de tiers qui proposent et, de plus en plus, imposent leurs solutions. Ce changement se manifeste par le rôle dévolu à la communauté internationale, et en particulier aux Nations Unies, ou par celui joué par des Etats puissants qui auto légitiment leur intervention. Comme dans toute décision juridictionnelle (il y a celui qui perd et celui qui gagne le procès), la guerre désigne généralement un vainqueur et un vaincu. Trancher avec force, c'est finalement ce qui est attendu du procès et recherché dans le recours à la justice étatique. La symbolique du glaive, arme des champs de bataille, arme de guerre, traduit bien cette violence imposée et acceptée. Or, en matière internationale, la justice n'est pas en mesure d'assurer cette fonction. La guerre reste par conséquent le moyen « idéal », car le seul capable de trancher avec force un conflit, comme l'a montré Hélène Tigroudja³⁹ en revenant sur les fondements du *jus ad bellum*. En effet, force est de constater que l'intervention des juridictions internationales, comme l'a bien montré Mathias Forteau⁴⁰, n'apporte pas de vraies solutions aux conflits, car la justice internationale diffère sensiblement de la justice interne : elle s'abstient souvent de trancher avec force. On peut observer que la Cour de Justice Internationale juge non seulement en droit, mais aussi en équité et qu'elle fait prévaloir l'opportunité politique dans ses décisions afin de ne pas blesser les parties au conflit. La guerre ayant désigné le vainqueur, la diplomatie, menée dans le cadre du rapport de forces obtenu par la défaite de l'adversaire et avec l'intelligence plus ou moins grande du vainqueur, peut retrouver son rôle.

La question reste cependant posée de savoir si la guerre peut constituer encore aujourd'hui un mode alternatif de résolution des conflits alors qu'elle a été mise hors la loi après la Seconde Guerre mondiale par la Charte de San Francisco, principe accepté par tous les Etats. Le pragmatisme l'emporte toutefois bien souvent sur le légalisme et il suffit d'observer qui se passe dans le monde pour se convaincre de l'inefficacité de l'interdiction du recours à la force : les Etats se lancent dans la guerre lorsqu'ils estiment qu'il est dans leur intérêt de sortir du conflit par le « haut », c'est-à-dire par la désignation d'un vainqueur qui imposera sa solution. Evidemment, on se lance toujours dans une guerre en pensant qu'on va la gagner...

³⁹ H. TIGROUDJA (Université d'Artois), *La compétence de guerre des Etats*.

⁴⁰ M. FORTEAU (Université Lille 2), *Le rôle de la Cour internationale de Justice dans la résolution des conflits entre peuples : de la justice à la réconciliation*.

Ainsi, en matière internationale, tout semble question d'opportunité politique et de rapports de force. Ceux-ci se modifient dans le temps et la précarité caractérise aussi bien l'existence des « parties » (tel Etat, tel groupe à l'intérieur d'un Etat, dont la souveraineté peut être remise en cause totalement ou partiellement) que les solutions adoptées ou le mode de résolution choisi. Ainsi, les gouvernants qui envisagent un mode pacifique de résolution d'un conflit peuvent se heurter à une opinion publique qui le refuse. Dans le cas du premier conflit mondial, on sait depuis longtemps que les gouvernants ont tout fait pour éviter la guerre, mais qu'ils n'ont pu contenir des opinions publiques chauffées à blanc ni résister à la pression des Etats-majors qui leur disaient qu'attendre une pseudo solution juridique augmentait le risque de perdre la guerre. Cette expérience révèle que le temps de la résolution pacifique, en l'occurrence l'arbitrage, est toujours trop lent comparé à la rapidité de la montée d'une tension internationale.

En matière internationale, la guerre et la force des armes ne suffisent pas comme moyen d'imposer une solution dans un traité dont la signature est arrachée ; toute solution qui ne repose pas sur le consentement, voire sur l'adhésion profonde des peuples, ouvre la porte à un nouveau conflit. Celui-ci est souvent soumis à la modification ultérieure du rapport de force et la précarité caractérise par conséquent tous les règlements. Mais que cette idée plaise ou non, la force, c'est-à-dire le plus souvent la guerre, est au cœur de la résolution des différends entre peuples. La justice institutionnelle internationale n'est pas en mesure de lui substituer une violence légale. Le rôle et l'efficacité de la justice en général, qu'elle soit institutionnelle ou qu'elle repose sur des modes alternatifs, sont donc assez subsidiaires dans le cadre de la résolution des conflits entre peuples.

LA CONTRACTUALISATION COMME MODE DE REGLEMENT DES DIFFERENDS : UNE APPROCHE COMPAREE⁴¹

La notion de contractualisation est un terme qui a émergé dans les années 1970-80 et qui depuis est constamment sollicité dans des champs disciplinaires les plus divers. Malgré son succès, cette notion se laisse difficilement appréhender et les auteurs qui l'utilisent s'attardent assez peu sur sa portée exacte ou en livre une définition suffisamment souple pour pouvoir recouvrir la diversité des phénomènes rattachés à ce mouvement. Le terme de « contractualisation » est employé pour rendre compte de l'intrusion croissante du contrat dans des domaines traditionnellement soumis aux règles impératives et aux décisions unilatérales, domaines qui échappaient jusqu'alors au libre jeu des volontés privées.

Ce mouvement de contractualisation suppose donc un desserrement de l'ordre public permettant d'ouvrir de nouveaux espaces juridiques à la liberté contractuelle. Le déploiement du contrat au sein du système juridique français touche tous les secteurs du droit, même ceux a priori les plus rétifs aux accords de volontés : on parle de contractualisation de l'action publique, de contractualisation de l'autorité parentale, de contractualisation de la gestion des risques... ou encore de contractualisation de la justice. C'est sur cette dernière qu'on s'attardera ici plus longuement dans la mesure où on peut y trouver les points de jonction avec la question des modes alternatifs de règlement des conflits. L'expression « contractualisation de la justice » est employée pour rendre compte d'un mouvement de développement des accords qui tendent, pour certains, à organiser le règlement juridictionnel des litiges et, pour d'autres, à s'y substituer. Elle renvoie, dans ce dernier cas, au développement de ce que l'on nomme précisément les modes alternatifs de résolution des différends.

L'usage de procédés conventionnels de résolution des litiges n'est pas chose nouvelle. Toutefois, la caractéristique du droit contemporain en ce domaine tient à l'engouement que manifeste à la fois le législateur contemporain et une partie de la doctrine à l'égard de ces procédés. Ces derniers sont présentés comme une voie alternative au règlement juridictionnel, permettant d'échapper à toutes les tares du système judiciaire : lenteur, coût, publicité... La promotion législative de ces procédés consensuels de résolution des litiges est assurée tant par des mesures à portée générale – il rentre désormais dans la mission du juge de concilier les parties (l'article 21 du Code de procédure civile dispose ainsi qu' « Il entre

⁴¹ Nos problématiques rejoignant les recherches menées par Sandrine Chassagnard et David Hiez à l'Université Lille 2 sur la contractualisation (projet GIP Mission de Recherches « Droit et justice), il nous a semblé pertinent de confronter nos observations et résultats de recherche aux leurs dans la mesure où la contractualisation peut également constituer un mode alternatif de règlement des conflits. Ce mode touche aujourd'hui tous les secteurs du droit, même ceux qui a priori semblent les plus rétifs aux accords de volontés : contractualisation de l'action publique, contractualisation de l'autorité parentale, contractualisation de la gestion des risques ou encore contractualisation de la justice.

dans la mission du juge de concilier les parties ».) – que par des dispositions relatives à des matières spécifiques : contentieux familial, répression pénale, réparation des dommages accidentels, défaillance des entreprises, surendettement des particuliers, économie numérique, contentieux administratif... autant de domaines dans lesquels le règlement conventionnel des différends est promu, voire institutionnalisé.

Cet engouement gagne aussi les institutions européennes. A la suite du « Livre vert », présenté par la Commission européenne en 2002, qui dressait un bilan du recours aux modes alternatifs de résolution des litiges dans les Etats de l'Union européenne et engageait une consultation, une directive sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale vient d'être adoptée (proposition de directive du Parlement européen et du Conseil sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale 2004/0251 [COD]). Considérant que « l'objectif d'assurer un meilleur accès à la justice (...) devrait englober l'accès aux méthodes de résolution des litiges tant judiciaires qu'extrajudiciaires », la directive encourage le développement du recours à la médiation tout en veillant à l'efficacité des accords transactionnels qui en découlent. Les institutions européennes encourageaient déjà le règlement extrajudiciaire des litiges de la consommation et le développement de la médiation en ligne.

Le mouvement ainsi décrit a tout de même, malgré l'enthousiasme ambiant, suscité quelques réserves. On observe, en premier lieu, un décalage entre le discours institutionnel et doctrinal très enthousiaste et le faible succès pratique de ces procédés (par exemple en matière familiale). Mais c'est aussi la référence faite au contrat, à travers la notion de contractualisation, qui est contestée. L'emploi du qualificatif « contractuel » serait inapproprié pour désigner nombre d'accords rattachés au mouvement de contractualisation, tant il est difficile de retrouver en eux la figure classique du contrat civil. Ainsi, l'accord conclu entre le Ministère public et l'auteur de l'infraction pénale dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (appelé plus simplement « le plaider coupable ») n'est pas conforme au modèle civiliste du contrat. Faut-il pour autant rejeter ces contrats « in-civils » (Supiot) hors de la sphère de la contractualisation ?

On peut tout d'abord remarquer que le phénomène observé se caractérise par l'attrait exercé par le modèle contractuel, attrait qui conduit à solliciter ce dernier hors de son champ originel. Le contrat, en tant que produit d'un processus de négociation et d'expression des volontés, fournit un modèle procédural d'élaboration de la norme tant générale qu'individuelle. La contractualisation consiste dès lors moins en une extension de la forme classique du contrat qu'au déploiement de la « procédure contractuelle » hors du domaine traditionnel du contrat. Elle est à mettre en lien avec un mouvement plus large, caractéristique du droit contemporain, qui consiste à généraliser l'implication des destinataires de la norme dans son élaboration et à favoriser ainsi son acceptation. La contractualisation, prise dans sa globalité, renvoie donc à une élaboration participative de la norme de nature à compenser la perte de légitimité des modes unilatéraux de décision.

