N°2 AVRIL-JUIN 2021 TRIMESTRIELLE PP. 155-282

Revue historique de droit français et étranger

DALLOZ

par avancées prudentes, au ras des parchemins, à hauteur de registres, traquant les actes inédits, reconstituant minutieusement les carrières des juges et les demandes des justiciables, débrouillant tranquillement l'écheveau d'affaires souvent complexes, dont la trace, elliptique ou lacunaire, a découragé maints lecteurs ».

Jean-Paul Andrieux
Université Panthéon-Assas (Paris II)

Ulrike Müßig. – *Reason and Fairness. Constituting Justice in Europe, from Medieval Canon Law to ECHR*, Brill, Leiden, 2019, 629 p. (176 €)

Au pays de juristes comme Montesquieu qui prône de cantonner le juge à n'être que la « bouche de la loi » ou d'Édouard Lambert qui témoigne d'une crainte récurrente contre le risque de « gouvernement des juges », il est bon de lire une autre vision généalogique de l'histoire de la justice et de la procédure [1]. C'est ce à quoi s'est attelée notre éminente collègue Ulrike Müßig, professeure à l'Université de Passau, en présentant une vaste somme de droit comparée tant dans l'espace avec les cas allemand, anglais et français, que dans le temps puisque l'ouvrage traite de presque un millénaire d'histoire juridique et judiciaire, comprenant bien entendu le droit canonique. Il est donc récemment proposé à l'érudition la version anglaise, en traduction d'une version originale allemande parue en 2009 [2]. Nourrie de nombreux travaux, dont certains dans cette même revue, sur la compétence judiciaire et le juge naturel, la réflexion est ambitieuse et ouvertement orientée autour de l'idée que l'Europe, du Moyen âge jusqu'à nos cours européennes, trouve une unité dans le concept commun d'une justice construite comme indépendante car rendue par un « *legally competent judge* ».

La très riche introduction pose consciencieusement les enjeux de l'ouvrage : le constat du peu de recherches en histoire constitutionnelle comparée, les difficultés méthodologiques, en particulier linguistique et herméneutique, de toute recherche en histoire du droit comparé et surtout l'apport potentiel tant théorique que pratique de la démarche, en faveur de la cohésion et la compréhension mutuelles entre les acteurs et représentants des différents systèmes juridiques européens. Sur le fond, le principe méthodologique revendiqué est celui de l'*historic functionnality* qui consiste à se baser moins sur le statut que la fonction remplie par telle ou telle institution, ce qui implique

(1) Il faut citer évidemment les magistraux travaux du Professeur Jacques Krynen, mais qui étudient davantage sous l'angle du pouvoir judiciaire et aussi politique de la magistrature, ce qui n'est pas du tout l'optique du livre dont il est question ici et qui explique sans doute d'ailleurs que ce dernier ne cite pas ces travaux. Notons au passage d'ailleurs que si les travaux des Professeurs Jean Hilaire et Jean-Marie Carbasse sont évidemment utilisés, ce n'est pas le cas d'autres spécialistes de la justice en France comme par exemple les Professeurs Claude Gauvard, Yves Mausen, Boris Bernabé ou Louis de Carbonnières, mais vu l'ampleur de champ des recherches dans tant de pays et de langues, ceci ne peut être évidemment vraiment reproché à l'auteure.

(2) *Recht und Justizhoheit, Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, Berlin, Duncker & Humblot, 2009. Notons aussi qu'existe une version espagnole : *El juez legal : Una comparación, desde el Derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia*, Madrid, Editorial Dykinson en colaboración con el Instituto de Estudios Jurídicos Internacionales, 2014.

d'étudier les « *protective rationales* » [3], chose faite dans les importants chapitres 6 et 7 [4]. Dans ce qui revient à mettre dos à dos les classiques doctrines positiviste et jusnaturaliste et en faisant appel à l'idée de justice du philosophe du droit Gustav Radbruch, il s'agit de voir le droit comme un phénomène culturel porteur de valeurs, nécessairement relatives. La loi ne peut donc que résulter de l'association de ces trois principes que sont : justice, utilité et réalité, l'idéal de justice étant la valeur majeure. Mais réciproquement, la justice est la mission d'un juge dont la compétence est nécessairement réglée par la loi. Quant aux notions de raison et d'équité, indissociables de la justice et qui donnent à l'ouvrage son titre, référence est évidemment faite à Thomas d'Aquin et la fameuse formule *suum cuique tribuere*, ainsi qu'à la philosophie de John Rawls ou la théorie de l'apparence (p. 7).

Il est impossible ici de résumer et de rendre la richesse de l'ensemble de l'ouvrage. Relevons brièvement qu'il est construit en trois parties. La première véritablement d'histoire du droit sera sans doute celle qui retiendra le plus l'attention du lecteur de la *RHDFE* : à partir successivement du droit de l'Église, de la France, de l'Angleterre et de l'Allemagne, il s'agit de repérer l'apparition des principes d'état de droit en matière judiciaire. Les disparités sont grandes, ce qui fait d'ailleurs la richesse de la tradition européenne, entre le savant *ordo judiciarius* pensé par de nombreux auteurs de droit canonique, le respect de la *common law* et de la souveraineté du Parlement anglais et l'influence en Allemagne de l'histoire des principautés et de l'Empire, au milieu desquels la place de la théorie du « juge naturel » français, semble un peu faire pâle figure. Impression quelque peu confirmée dans la deuxième partie de l'ouvrage consacrée spécifiquement aux cours française et britannique contemporaines, qui révèle que ce n'est qu'en 1975 que le Conseil constitutionnel a établi le « droit fondamental au juge compétent », mais seulement à partir du principe de l'égalité devant la loi de l'article 6 de la déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 (p. 356). Puis enfin, la troisième partie traite en particulier de la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'auteur connaît très bien le fonctionnement et la jurisprudence, en particulier en ce qui concerne évidemment l'article 6 de la Convention traitant du droit à un procès équitable. Alors que l'Europe fait face aux défis du Brexit et des démocraties se revendiquant comme illibérales, il s'agit aussi d'utiliser la profondeur historique comme force de légitimation, ce qu'accréditent les avant-propos au livre signés des présidents de la Cour européenne des droits de l'homme, Guido Raimondi et de la *UK Supreme Court*, Robert Reed.

Si l'on peut faire une remarque, qui n'est pas un reproche car l'ouvrage, comme souvent l'histoire de la justice, est davantage tourné vers la théorie et les institutions que vers les justiciables, il serait bon de savoir l'opinion de l'auteur sur ce que l'historien David Lord Smail a appelé « consommation de justice » [5], à savoir cette pratique médiévale, répandue apparemment dans toute l'Europe qui voit les gens mettre couramment en concurrence les différentes juridictions et se soumettre en somme plutôt à des calculs d'intérêt personnels propres qu'à une compétence ordonnée et déterminé des cours quand ils agissent en justice. La royauté française prend par exemple l'ascendant à la fin du Moyen âge sur l'ordre judiciaire face aux juridictions dites concurrentes, au

(3) P. 28, « *the historic intentions to solve concrete conflicts are called protective rationales. Protective rationales express that historic guarantees or institutions do not evolve in isolation from a concrete legal system, customs, traditions, and language (to name a few), but with the intention to solve concrete problems* ».

(4) Respectivement *Protective rationale of Ordinary Competence : the Court External Sphere* (p. 312-379) et *Protective Rationale of Objective, General Standards: the Court Internal Sphere* (p. 380-417).

(5) D. L. Smail, *The Consumption of Justice. Emotions, Publicity and Legal Culture in Marseille, 1264-1423*, Londres, 2003.

moins autant en faisant jouer sa force d'attractivité qu'en s'appuyant sur une doctrine théorique de compétence légalement ordonnée.

Dernière remarque bien bénigne : même si Newton (p. 20) s'est approprié la formule, qui est même sur la monnaie anglaise, il faut rendre à Bernard de Chartres ce qui lui est dû et ce qu'on lui doit apparemment à savoir la constatation que « des nains sur des épaules de géants » voient mieux et plus loin. Sans autant hiérarchiser entre les cultures juridiques, la métaphore peut tout à fait s'appliquer à l'ouvrage et au droit comparé en général : en empilant l'étude des pratiques des différents pays européens, il est possible non seulement d'avoir une vue d'ensemble, mais de mieux déceler des principes communs pour l'avenir. La traduction française de ce beau livre ne serait pas superflue pour que le lecteur en saisisse parfaitement la richesse, ce serait une tâche énorme, mais fort utile.

Pierre-Anne FORCADET
Université d'Orléans

Le discret langage du pouvoir. Les mentions de chancellerie du Moyen Âge au XVII^e^ siècle, études réunies par Olivier Canteaut, Paris, École nationale des chartes, 2019, 709 p.

La publication du *Discret langage du pouvoir* constitue l'aboutissement d'un projet au long cours dirigé par Olivier Canteaut, qui constitue un apport décisif à la connaissance et à la compréhension des mentions de chancellerie des époques médiévale et moderne. Ce projet a connu une première réalisation les 23 et 24 septembre 2013 lors d'un colloque tenu à l'École des chartes et aux Archives nationales, dont le présent ouvrage réunit la plupart des contributions complétées par plusieurs autres travaux, pour un total de vingt-et-un articles (dont trois en anglais) sur sept cent neuf pages. Il est dès lors très délicat d'en donner une présentation d'ensemble sans répéter ce qui se trouve déjà dans la très riche introduction d'Olivier Canteaut et dans la non moins riche conclusion de Jean-Philippe Genet. Ces deux textes mettent clairement en avant les principaux intérêts de l'ouvrage et permettent d'aller ensuite piocher dans les différentes contributions, au gré de ses thèmes de recherche.

Paradoxalement, si le sujet est pointu, il n'en est pas moins varié : les auteurs démontrent tous que les mentions de chancellerie ne constituent pas une tête d'épingle pour diplomatistes passionnés, mais qu'au-delà de leur intérêt pour la diplomatique, elles sont des signes révélateurs du fonctionnement des institutions politiques, des hommes qui les peuplent ou encore des logiques discursives médiévales et modernes.

En effet, derrière cette appellation générique de mentions de chancellerie se cachent en réalité des pratiques scripturaires diverses, dont le regroupement est lui-même problématique. L'expression « mentions de chancellerie » fait débat et se voit concurrencée par les formules « mentions *extra sigillum* » et « mentions hors teneur ». Aucune de ces trois dénominations n'est d'ailleurs satisfaisante pour englober la totalité des mentions étudiées dans l'ouvrage, ce qui explique que les contributeurs en fassent une utilisation variée. Olivier Canteaut justifie toutefois clairement le choix de son titre. L'expression « mentions de chancellerie » est ici retenue « selon une acception large et avec l'intention de mettre en valeur la fonction primordiale de ces mentions pour tout scripteur : informer ses collègues, ses maîtres, ses subordonnés – voire garder trace, à sa propre intention – des conditions dans lesquelles un acte a été commandé, rédigé, contrôlé, scellé, enregistré et remis à son destinataire ou à son bénéficiaire, bref, faire état de