

La Genèse de la Common-Law : common law v.¹ Equity

(Besma Hamada Guerbaa, Docteur en Droit privé, Enseignante Universitaire)

La *common-law*, on l'a dit², est le système de droit qu'on oppose traditionnellement au système du *Civil-law* ou Romano-Germanique, et qui en diffère par ses structures et ses sources. Celles-ci sont, principalement, la jurisprudence et la loi. Toutefois, l'importance de la jurisprudence est incomparable à celle de la loi. Elle reste la source primordiale dans ce système. Les juges dégagent les règles de droit, ils ne se contentent pas de les appliquer comme c'est le cas dans le système Romano-Germanique. De ce fait, les règles que les décisions judiciaires ont posées doivent être suivies à peine de détruire la continuité et la stabilité de ce système. Toutefois, la notion de *common-law* peut être étendue d'une façon plus restrictive, lorsqu'elle renvoie à une simple composante de tout le système et qu'on oppose à l'*equity*. Quelle relation existe-t-il entre ces deux concepts ?

Pour répondre à cette question, il faut voir dans un premier temps la naissance de ces deux notions (première partie) pour s'intéresser ensuite à leur évolution (deuxième partie).

I. Naissance de la « common-law » et de l'« equity »

Pour bien cerner ces deux notions, il faut commencer tout d'abord par une approche historique du droit anglais, berceau de cette notion et de tout le système (1), pour voir ensuite l'apparition proprement dite de ces notions (2).

1. Aperçu sur l'histoire du droit Anglais

Il faut préciser tout d'abord qu'il s'agit ici du droit anglais proprement dit, c'est-à-dire du droit appliqué au début de son apparition dans l'Angleterre et dans le Pays de Galles³.

¹ 'v.' ou 'vs' est l'abréviation du mot latin 'versus' qui signifie contre, en opposition à

² Voir le numéro précédent

³ Le pays de Galles, en anglais *Wales*, en gallois *Cymru*, est l'une des quatre nations constitutives (à savoir l'Angleterre, l'Écosse, le Pays de Galles et l'Irlande du Nord, forment l'État souverain du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord), du Royaume-Uni

Le premier droit anglais le droit anglo-saxon. Celui-ci s'entend des règles élaborées et appliquées suite à la fin de la domination romaine et le partage du pays entre diverses tribus d'origine germanique⁴. Il s'agissait en fait des lois locales rédigées en langue anglo-saxonne, non en latin, et qui régissaient un nombre très limité de rapports sociaux. En effet, les contestations étaient portées devant les Cours compétentes alors, à savoir les « *Hundred Courts* », les « *County Courts* » les juridictions seigneuriales et les juridictions ecclésiastiques. Toutes ces Cours appliquaient les lois locales. Elles ont demeuré en vigueur jusqu'à la conquête normande en 1066. Cette conquête n'a pas apporté avec elle une nouvelle loi ; toutefois, elle a changé l'organisation du pays en instaurant le système de la féodalité. Ce qui caractérisait cette dernière par rapport à celles qu'on trouvait dans d'autres pays de l'Europe, était le fait que tous les seigneurs des terres dépendaient directement du Roi normand. Ce pouvoir centralisé a aidé le développement de la common law. En effet, suite à la conquête normande les Cours⁵ continuaient à appliquer la loi locale et le Roi n'exerçait que la Haute justice. Il n'était permis pour lui de trancher un conflit que dans des cas exceptionnels⁶. Le Roi statuait en étant assisté par ses serviteurs les plus proches. Certains de ces derniers ont cessé d'accompagner le Roi et ont fixé leur propre siège pour connaître d'une contestation à la place du Roi. C'est le cas de certaines commissions royales qui ont choisi comme lieu « Westminster » pour établir leurs « Cours ». Ces dernières avaient une compétence limitée qui se bornait à trois catégories d'affaires, à savoir les finances royales, la propriété foncière et la possession des immeubles et enfin les affaires criminelles graves pouvant toucher la paix du Royaume. En dehors de ces catégories, ce sont les Cours sus-mentionnées qui demeuraient compétentes.

⁴ Saxons, Angles, Justes, danois ; voir à ce propos David (R) et Camille (J.S), *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 9^{ème} édition, p. 352

⁵ Appelées 'Courts Baron', 'Court Leet', 'Manorial Courts' et qui ont remplacé les '*Hundred Courts*' et les '*County Courts*'

⁶ Il en est ainsi par exemple « si la paix du Royaume est menacée ou si les circonstances rendent impossible que la justice soit satisfaite par les moyens normaux. La *Curia regis*, où il statue assisté des serviteurs les plus proches et des grands du Royaume, est la Cour des grands personnages et des grandes causes ; elle n'est pas une juridiction ordinaire ouverte à tout venant » : David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 355

Ces Cours appliquaient « la coutume royale » et c'est comme ça que la common-law ou la *commune ley* comme on l'appelait alors, a pris naissance⁷.

2. La naissance proprement dite de la common law et l'apparition de l'equity

Petit à petit, et vu le profit que procurait l'administration de la justice, le Roi et par conséquent les Cours royales ont voulu développer leurs pouvoirs. Ceci a dû se passer très vite, puisque les particuliers sollicitaient ces Cours parce qu'elles étaient les seules capables d'assurer la comparution des témoins et l'exécution des jugements. C'est pourquoi, ces Cours ont pris le dessus, et à la fin du Moyen Age, elles étaient presque les seules à administrer la justice. Cependant, ces Cours se souciaient des procédures beaucoup plus que des solutions. En effet, il était question de convaincre la Cour Royale d'accepter de statuer, plutôt que de se préoccuper du fond. C'est de là que provient le principe bien connu en *Common law* « Remedies precede rights »⁸. C'est-à-dire qu'il faut faire prévaloir les procédures avant de chercher les solutions quant au fond. Ce formalisme a beaucoup influencé la *common law*. D'ailleurs, comme certains auteurs l'ont remarqué « la *common law* ne se présente pas comme un système visant à protéger des droits ; elle consiste essentiellement en des règles de procédures jugées propres à assurer, dans des cas de plus en plus nombreux, la solution des litiges conformément à la justice... Le problème primordial était de faire admettre par les Cours royales leur compétence et, celle-ci admise, de mener jusqu'au bout une procédure encombrée de formalisme. A quelle solution aboutirait-on ? Cette question ne comportait aucune réponse sûre »⁹. D'ailleurs, la soumission de son cas aux juridictions royales était un privilège pour le demandeur plutôt qu'un droit. En effet, le demandeur, si on peut se permettre de l'appeler ainsi, devait s'adresser au chancelier et lui demander la délivrance d'un *writ*¹⁰ par lequel les juridictions

⁷ Cette coutume tirait son origine des anciennes coutumes indigènes, sauf dans la matière où le droit normand devait manifester toute son influence, en tant qu'il était le droit des seigneurs victorieux : le droit de la terre ; voir Rodière (R), www.droitcomparé.org

⁸ Les procédures avant les droits

⁹ David (R) et Camille (J.S), *Les grands systèmes de droit contemporain*, Dalloz, 9^{ème} édition, p. 359 et s.

¹⁰ « Bref ou assignation, par l'effet duquel les juridictions royales vont pouvoir être saisies moyennant le paiement de droits à la Chancellerie » : Partington (M), *Introduction to the English Law*, Oxford University Press, 2003, p. 320

royales pouvaient être saisies. Mis à part ceci, on pouvait directement saisir les juges par voie de la *querela* (plainte) ou *billa* (pétition)¹¹. L'octroi du *writ* ou l'acceptation de la plainte n'étaient pas automatiques, ils obéissaient à des procédures strictes et dépendaient de l'opportunité de la demande. Progressivement, il y a eu établissement d'une liste, appelée *brevia de cursu*, qui comportait des cas-types où un *writ* était automatiquement accordé ou une plainte directement acceptée¹².

Ce formalisme a créé une certaine rigidité, qui a commencé à peser lourd et qui a donné le libre champ à un système rival à savoir l'*equity*.

L'*equity* n'est pas du tout notre « équité ». Il s'agit en fait d'un ensemble défini de règles légales qui est venu concurrencer la *common law*. Elle est comme l'a défini René David « un ensemble de 'remèdes' qui ont été, principalement au XV^{ème} et au XVI^{ème} siècle, octroyés par la juridiction du Chancelier, pour compléter et à l'occasion réviser un système- celui de la *common law*- devenu alors insuffisant et défectueux »¹³. En fait, comme cela a été noté, la nécessité de l'obtention d'un *writ* pour le demandeur afin qu'il puisse intenter son action, conduisait parfois à un défaut de justice, quoiqu'il était possible pour les juges de créer de nouveaux *writs*. Cette situation a poussé les chanceliers, représentant alors le Roi, et à qui étaient adressées les pétitions¹⁴, à ignorer la règle du droit (la *common law*) s'appuyant sur un vieux principe romain « le Prince n'est pas lié par la loi ».

Le chancelier autorisait ainsi ce demandeur, qui n'aurait pas pu obtenir un *writ* introductif d'instance devant une juridiction de *common law*, à comparaître

¹¹ Voir Ibid p. 321

¹² Voir Ibid p. 322

¹³ Voir David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 384 et s.

¹⁴ « Il devait venir naturellement à l'esprit de la partie déçue qu'il lui restait encore une possibilité d'obtenir justice : c'était pour elle de recourir directement au roi, fontaine de toute justice et de grâce. Les juridictions royales n'avaient pas bien rendu la justice ; le roi devait remédier au mauvais fonctionnement de ses Cours. Ce recours suprême au roi, dans les idées du Moyen Age, apparaissait comme chose toute naturelle... [afin] que le roi fasse usage de sa 'prérogative'. Les Cours royales devaient elles-mêmes leur développement, en définitive, à la mise en jeu de ce même principe, que l'on peut en appeler au roi, dans les cas exceptionnels, pour obtenir justice... Il arriva en conséquence, dès le XIV^{ème} siècle, que des particuliers ne pouvant obtenir justice des Cours royales... s'adressent au roi pour lui demander, en grâce, d'intervenir, pour satisfaire à la conscience et en œuvre de charité. Le recours, en pareil cas ; passait normalement par le Chancelier ; celui-ci le transmettait, s'il le jugeait opportun, au roi, qui statuait dans son conseil sur ce recours » : Ibid, p. 367

devant lui. Ainsi, se créaient parallèlement de nouvelles règles de droit, les règles et les sanctions équitables ou « *equitable rules* » et « *equitable remedies* ».

Graduellement, le Chancelier cessait d'être le représentant du Roi ou 'le gardien de la conscience du Roi' (*Keeper King's Conscience*), comme on l'appelait, pour devenir un « juriste ». Il examinait les plaintes qui lui sont adressées et en décidait en considérant « l'équité du cas particulier », en se basant sur le droit canonique, apportant ainsi certains correctifs aux principes « juridiques » appliqués par les Cours royales et donc aux règles de la *common law*.

Au début, le Chancelier n'avait pas l'intention de dégager des règles qui devaient être appliquées par les Cours de la *common law*. Il respectait, au contraire, un axiome connu, selon lequel l'équité doit suivre ou respecter le droit (*Equity follows the law*), et faisait prévaloir la loi à la morale¹⁵. Le Chancelier n'intervient que si la conduite du défendeur est jugée par lui contraire à la conscience et si celle du demandeur, de son côté n'a rien de suspect. « Le demandeur doit avoir 'les mains propres (*clean hands*), il doit avoir agi sans perte de temps inutile (*laches*), etc. »¹⁶. Contrairement aux procédures de la *common law*, la procédure d'*Equity* ne comportait pas de jury ce qui permettait au Chancelier de se baser sur tous les moyens de preuves avancés, d'écouter librement les parties et les témoins et de décider selon la loi de la morale et la conscience. Ceci lui a permis de contraindre le défendeur à adopter un certain comportement « conforme à la morale », sous peine d'emprisonnement ou de saisie de ses biens. Ces moyens de contrainte dont jouissaient le Chancelier ont poussé les demandeurs à s'adresser à lui plutôt qu'aux Cours royales et l'intervention du Chancelier, qui était alors exceptionnelle, est devenue plus systématique et les règles de l'*Equity* sont entrées en rivalité directe avec celles de la *common law*. Quel était alors le rapport entre les deux ?

II. Le rapport entre la *Common law* et l'*Equity*

¹⁵ « Respecter le droit, cependant, n'implique pas qu'on doive négliger la loi morale, c'est au nom de cette dernière que le Chancelier va intervenir. On ne saurait admettre en effet, que le '*summum jus*' aboutisse à une '*summa injuria*'. » : David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 386

¹⁶ *Ibid*, p. 389

Le rapport entre la *Common law* et l'*Equity* a connu deux phases : celle de la rivalité et même l'opposition (1) qui a laissé la place à la fin du XIX^{ème} siècle à la 'cohabitation' (2).

1. L'opposition entre la *Common law* et l'*Equity*

Usant de la panoplie des moyens de contrainte qu'il avait, le Chancelier força, d'une façon ou d'une autre, les plaideurs à s'orienter vers lui et à « quitter » les Cours royales. L'*Equity* se dressa alors contre la *Common law*. L'*Equity* s'est opposée à la *common law* par ses origines historiques, les Cours qui l'appliquaient, les règles procédurales... « La lutte devint particulièrement vive au temps des Stuart¹⁷ et aboutit en 1616 à un décret par lequel Jacques I^{er} posa le principe que dans toutes les matières où l'*Equity* se heurtait à la *Common law*, la première triompherait de la seconde »¹⁸.

Il faut dire que les données politiques et idéologiques ont favorisé la montée de l'*Equity* contre la *Common law*.

L'Angleterre vivait sa 'Renaissance'. L'idée de justice et de l'intérêt social éblouissait les gens, et les Souverains de l'Angleterre ont accordé alors « leurs faveurs à la juridiction du Chancelier »¹⁹. Le délaissement des Cours royales par les plaideurs était si important qu'elles couraient le risque de tomber en désuétude.

Pour éviter cette fin, les Cours royales ont dû s'allier au parlement et résister à la juridiction du Chancelier qui consacrait en définitive l'absolutisme

¹⁷ La dynastie des Stuart (ou Stewart) règne sur l'Écosse entre 1371 et 1714, et sur l'Angleterre, l'Irlande et le Pays de Galles entre 1603 et 1714. Ils sont écartés du trône après le décès d'Anne de Grande-Bretagne et l'avènement de Georges de Hanovre en vertu de l'Acte d'Établissement (en anglais : *Act of Settlement*). Ce dernier est une loi anglaise promulguée par le Parlement de Westminster en 1701, qui garantissait la succession de la couronne d'Angleterre aux membres de la famille protestante de Hanovre qui était liée aux Stuarts par une fille de Jacques I^{er}. Cette disposition visait à exclure l'intronisation d'un roi favorable au catholicisme et à couper la route du pouvoir au prétendant Jacques Francis Édouard Stuart, catholique, que Louis XIV reconnut roi d'Angleterre en 1701, sous le nom de Jacques III. Lorsque la reine Anne Stuart, la dernière des Stuarts protestants, mourut sans héritier, George, Électeur de Hanovre, devint roi de Grande-Bretagne et d'Irlande sous le nom de Georges I^{er} en 1714 en vertu des termes de l'*Acte d'Établissement*. De nos jours, ces dispositions anti-catholiques font l'objet d'un débat. Par ailleurs, tout en imposant la succession protestante, l'Acte d'Établissement confirmait tous les autres textes (Magna Carta de 1215, Grande Remontrance de 1641, l'Acte d'Habeas Corpus de 1679 et Bill of Rights de 1689) et affirmait la séparation des pouvoirs ; cf : www.british-history.ac.uk

¹⁸ Voir Rodière (R), www.droitcomparé.org

¹⁹ David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 368

royal. Ces Cours sont allées jusqu'à considérer comme ayant agi en légitime défense, celui qui tue l'agent chargé par le Chancelier d'exécuter ses décisions²⁰.

Ce violent conflit a conduit à un statut quo, qui grâce à lui on a pu atteindre un compromis entre l'*Equity* et la *Common law*.

2. Le compromis entre la *Common law* et l'*Equity*

Ce compromis n'est ni le produit d'une loi, ni celui d'une décision. Il a résulté, comme cela a été noté, du statut quo qu'ont atteint ces deux corps de règles. Pour subsister, les deux juridictions ont préféré faire quelques 'concessions' au lieu de s'anéantir mutuellement. Ainsi, « la juridiction du Chancelier subsistera, mais n'essaiera plus de réaliser de nouveaux empiétements aux dépens des Cours de *Common law* ; elle statuera conformément à ses précédents, s'affranchissant ainsi du reproche d'arbitraire qui lui avait été adressé ; il est entendu d'autre part que le roi n'utilisera plus sa prérogative de justice désormais, pour créer de nouvelles juridictions, indépendantes de la Cour de *common law*. La nature même de l'*equity*, au surplus, va se transformer : le Chancelier ne prétend plus statuer au nom de la loi morale et tend à se comporter davantage en juriste. Le contrôle de la Chambre des Lords est admis, d'autre part, sur les décisions de la Cour de la Chancellerie dès 1621. Les Cours de *common law* sont disposées à admettre, dans ces conditions nouvelles, les interventions du Chancelier qui peuvent s'autoriser d'un précédent²¹.

Dorénavant, une même affaire peut être portée devant les deux juridictions²² à la fois, intentant ainsi deux actions dont les procédures et les solutions sont complètement différentes²³, sans pour autant s'opposer.

Ce dualisme structurel du droit Anglais s'est encre, et a continué jusqu'à la réforme de 1873-1875, date de l'apparition des '*Judicature Acts*'. Ceux-ci ont

²⁰ Il s'agissait d' « un conflit d'une violence extrême, qui mit aux prises les Cours de common law, représentées par le juge en chef Coke, chef de l'opposition libérale au Parlement, et la juridiction du Chancelier, le roi Jacques Ier, en 1616, se prononça en faveur de cette dernière » : David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 368

²¹ Ibid p. 370

²² La Cour Royale et la Chancellerie

²³ Ainsi, la procédure de l'*equity*, ne comportant jamais de jury, était différente de celle de la *common law*. Les remèdes de l'*equity*, c'est-à-dire les solutions que l'on pouvait demander à la Cour d'*equity*, étaient différentes des solutions que pouvait ordonner une Cour de *common law*. Il en était ainsi par exemple si une partie voulait obtenir l'exécution en nature d'un contrat (remède d'*equity*) et aussi des dommages-intérêts pour retard dans l'exécution du contrat (remède de *common law*) : David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 390

permis aux Cours supérieures d'administrer aussi bien la *common law* que l'*equity*. Il ne s'agissait pas de les fusionner mais de permettre à la même Cour d'appliquer tantôt la *common law*, tantôt l'*equity*. En cas de conflit, elle devait appliquer les règles de l'*equity*. Cette structure dualiste du droit Anglais continue à exister jusqu'à nos jours, mais avec des différences notables.

D'abord, il faut remarquer que l'*equity* d'aujourd'hui n'est plus du tout celle du 16^{ème} siècle. Elle constitue un ensemble de règles qui est apparu, dans l'histoire, pour corriger le droit Anglais afin de palier à la rigidité et l'injustice, parfois, de la *common law*. Cependant, elle constitue aujourd'hui une partie intégrante du droit Anglais, à côté des règles de la *common law*, et il n'est nullement envisageable pour un juge de remettre en question le corps des règles établies, sous prétexte d'apporter justice ou de faire jouer la morale. « Les raisons qui ont justifié jadis l'intervention du Chancelier n'existent plus ; le Parlement est là pour intervenir si le droit anglais a besoin d'une retouche. La sécurité des relations juridiques et la suprématie du Droit seraient menacées si, sous prétexte d'équité, les juges acceptaient de remettre en question les règles de Droit établies ; les juges anglais ont manifesté de manière nette, dans des formules saisissantes, leur détermination de ne pas s'engager dans cette voie »²⁴.

Ensuite, ce dualisme ne doit pas impliquer, on l'a dit, une confusion. Chacun des deux corps continue à avoir ses propres procédures et solutions, même si les deux peuvent être appliquées par la même Cour. Et c'est à cause, ou grâce, à ce dualisme aussi, qu'on trouve au sein d'une même Cour, des juges qui statuent selon la procédure orale et contradictoire de la *common law*, réunis en 'Division du Banc'²⁵ et d'autres qui statuent selon une procédure écrite et inquisitoire inspirée de l'ancienne procédure de l'*equity* ; réunis en « Division de la Chancellerie »²⁶. De même, les avocats continuent à être '*Common-Lawyers*' ou '*equity-Lawyers*'.

Pour décider vers quelle division s'orienter et quel avocat choisir, il faut déterminer la nature de l'affaire et donc la matière en question. D'une façon générale, l'*equity* comporte les matières qu'il semble approprié de faire juger selon

²⁴ Ibid, p. 371

²⁵ *Bench Division*

²⁶ *Chancery Division*

une procédure écrite, tandis que la *common law* embrasse l'ensemble des matières qui sont jugées selon la procédure orale de jadis²⁷.

Ceci est valable aussi, aux Etats-Unis, où le système de *common law* a été emprunté et aménagé afin de s'adapter aux particularités du pays. L'*equity*, quant à elle, elle y a connu un triomphe considérable. Ainsi, il a été estimé qu'« en l'absence de juridictions spécialisées dans l'application du droit canonique, se sont annexé le domaine qui était en Angleterre celui des juridictions ecclésiastiques. La compétence des juridictions d'*equity*, ont considéré les Américains, devait nécessairement être admise, dès lors que le droit n'offrait aucun remède... le concept d'*equity* a pris de la sorte en Amérique une extension qui paraît surprenante aux juristes anglais »²⁸.

Notons enfin, que cette cohabitation n'a pas été sans effet sur la substance des règles de la *common law* et celles de l'*equity*, qui se sont influencées mutuellement. C'est ainsi, par exemple, que les Cours américaines tranchent tantôt en *common law* tantôt en *equity* et ce, selon la matière envisagée. D'ailleurs, certaines solutions de l'*equity* ont été adoptées par les juges statuant en *common law* comme celle de l'exécution en nature²⁹. D'un autre côté et contrairement à ses débuts, la solution prise par les juges d'*equity* devait être portée à la connaissance du public et liait les juges dans leurs décisions ultérieures et devenait alors avec le temps un précédent jurisprudentiel ou '*precedent*' tout comme en *common law*, constituant ainsi la source primordiale de tout le système de la *Common-Law* en général³⁰.

²⁷ « La *common law* embrasse ainsi à côté du droit criminel, tout le droit des contrats et celui de la responsabilité civile... L'*equity* embrasse en revanche le droit de la propriété réelle, des trusts, celui des sociétés commerciales, celui de la faillite, les questions également d'interprétation des testaments et de liquidation de succession » :

David (R) et Camille (J.S), *op. cit.*, p. 392

²⁸ Ibid, p. 474

²⁹ Lawson (F.H), *Remedies in English Law*, 1972, p. 243 et s.

³⁰ Voir numéro prochain « Les sources de la *Common Law* »