

# **GLOSSAE**

European Journal of Legal History



ISSN 2255-2707

**Edited by**

*Institute for Social, Political and Legal Studies*  
(Valencia, Spain)

**Honorary Chief Editor**

Antonio Pérez Martín, University of Murcia

**Chief Editor**

Aniceto Masferrer, University of Valencia

**Assistant Chief Editors**

Wim Decock, University of Leuven

Juan A. Obarrio Moreno, University of Valencia

**Editorial Board**

Isabel Ramos Vázquez, University of Jaén (Secretary)

Francisco Calabuig Alberola, University of Valencia (Website Editor)

Anna Taitlin, Australian National University – University of Canberra

M.C. Mirow, Florida International University

José Miguel Piquer, University of Valencia

Andrew Simpson, University of Aberdeen

**International Advisory Board**

Javier Alvarado Planas, UNED; Juan Baró Pazos, University of Cantabria; Mary Sarah Bilder, Boston College; Orazio Condorelli, University of Catania; Emanuele Conte, University of Rome III; Daniel R. Coquillette, Boston College – Harvard University; Serge Dauchy, University of Lille; Salustiano de Dios, University of Salamanca; José Domingues, University of Lusitania; Seán Patrick Donlan, The University of the South Pacific; Matthew Dyson, University of Oxford; Antonio Fernández de Buján, University Autónoma de Madrid; Remedios Ferrero, University of Valencia; Manuel Gután, Lucian Blaga University of Sibiu; Alejandro Guzmán Brito, Pontifical Catholic University of Valparaíso; Jan Hallebeek, VU University Amsterdam; Dirk Heirbaut, Ghent University; Richard Helmholz, University of Chicago; David Ibbetson, University of Cambridge; Emily Kadens, University of Northwestern; Mia Korpiola, University of Turku; Pia Letto-Vanamo, University of Helsinki; David Lieberman, University of California at Berkeley; Jose María Llanos Pitarch, University of Valencia; Marju Luts-Sootak, University of Tartu; Magdalena Martínez Almira, University of Alicante; Pascual Marzal Rodríguez, University of Valencia; Dag Michaelsen, University of Oslo; María Asunción Mollá Nebot, University of Valencia; Emma Montanos Ferrín, University of La Coruña; Olivier Moréteau, Louisiana State University; John Finlay, University of Glasgow; Kjell Å Modéer, Lund University; Anthony Musson, University of Exeter; Vernon V. Palmer, Tulane University; Agustin Parise, Maastricht University; Heikki Pihlajamäki, University of Helsinki; Jacques du Plessis, Stellenbosch University; Merike Ristikivi, University of Tartu; Remco van Rhee, Maastricht University; Luis Rodríguez Ennes, University of Vigo; Jonathan Rose, Arizona State University; Carlos Sánchez-Moreno Ellar, University of Valencia; Mortimer N.S. Sellers, University of Baltimore; Jørn Øyrehagen Sunde, University of Bergen; Ditlev Tamm, University of Copenhagen; José María Vallejo García-Hevia, University of Castilla-La Mancha; Norbert Varga, University of Szeged; Tammo Wallinga, University of Rotterdam; José Luís Zamora Manzano, University of Las Palmas de Gran Canaria

**Citation**

Wolfgang Ernst, “Modalités de vote dans les tribunaux collégiaux  
La diffusion des idées des Lumières en Europe au 19<sup>ème</sup> siècle”, *GLOSSAE. European Journal of Legal History*  
15 (2018), pp. 80-98 (available at <http://www.glossae.eu>)

## **Modalités de vote dans les tribunaux collégiaux La diffusion des idées des Lumières en Europe au 19<sup>ème</sup> siècle\***

Wolfgang Ernst  
University of Oxford

### **Abstract**

In collegiate courts, individual judges' votes need to be merged into a joint decision. Various procedures were used on the basis of the learned Roman and Canon law traditions. In the time of Enlightenment, French scholar-politicians realized how decisive these conventions can be for the overall decision of cases. Adrien Duport (1759-1798), who discussed the matter with Nicolas de Condorcet (1786-1794), made a ground-breaking proposal in the *Assemblée nationale* of 1790. His ideas were taken up by the Geneva lawyer Pierre François Bellot (1776-1836). Bellot's 'Loi sur la procédure civile' (1819) strongly influenced legislative activities toward civil procedure reform in various German states.

### **Keywords**

*Assemblée nationale*; Collegiate courts; Enlightenment 'group choice'; Judicial voting; Jury; Bellot, Pierre François; Duport, Adrien

### **Résumé**

Dans les cours collégiales, les votes individuels des juges doivent converger dans une décision commune. Diverses procédures ont été utilisées sur la base des traditions savantes du droit romain et du droit canonique. Au siècle des Lumières, les savants-politiciens français se sont rendu compte à quel point ces méthodes peuvent être déterminant pour la décision finale des cas. Adrien Duport (1759-1798), qui en discute avec Nicolas de Condorcet (1786-1794), fait une proposition novatrice à l'Assemblée nationale en 1790. Ses idées ont été reprises par l'avocat genevois Pierre François Bellot (1776-1836). La « Loi sur la procédure civile » de Bellot (1819) a fortement influencé les activités législatives en faveur de la réforme de la procédure civile dans plusieurs États allemands.

### **Mots-clés**

Assemblée nationale - Cours collégiales - « Choix de groupe » des Lumières - Jury - Bellot, Pierre François - Duport, Adrien - Vote judiciaire

**SOMMAIRE** : 1. De la majorité des juges au collège conçu comme « personne morale ». 2. La lutte contre un vote juridictionnel général dans les débats de l'Assemblée nationale en 1790. 3. La Loi sur la procédure civile du Canton de Genève (1819). 4. La règlementation de la procédure de vote dans la justice prussienne. 4.1 De la majorité relative des juges à la majorité absolue. 4.2 Le vote sur les motifs au lieu du vote sur le résultat final. 5. La controverse doctrinale en Allemagne. 6. La détermination de la décision par la majorité des juges selon le droit commun de la procédure. 7. Le code de procédure civile du royaume d'Hanovre (1850). 8. Conclusion

### **1. De la majorité des juges au collège conçu comme « personne morale »**

---

\* La présente contribution reprend quelques résultats des recherches ayant abouti à mon livre *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten*, Tübingen, 2016. Je remercie mon collègue Alain Wijffels qui a traduit la version originale en allemand de cette contribution.

L'objet de notre contribution concerne les origines et le développement d'une controverse qui concerne les modalités selon lesquelles la pratique des juridictions collégiales aboutit à un jugement. Un exemple emprunté à la procédure civile pourra illustrer en quoi consiste la difficulté. À l'occasion d'une demande dont un tribunal a été saisi, un doute a été soulevé quant à la validité du contrat invoqué. Dès lors, il y a controverse sur la question de déterminer si le droit dont entend se prévaloir le demandeur existe ou non. De même, il y a controverse pour déterminer si, en ordre subsidiaire, l'exception de prescription opposée à la demande est fondée. La cour saisie du litige comprend cinq juges. Trois d'entre eux (A, B et C) sont d'avis que le droit dont se prévaut le demandeur existe ; quant à la question de la prescription, deux juges (A et B) estiment que le droit invoqué par le demandeur, même si l'on admettait son existence, serait néanmoins invalidé en raison de l'exception de prescription. Les autres juges estiment que le droit prétendu du demandeur, à supposer sa validité, n'est pas atteint de prescription. Si le président fait procéder à des votes distincts sur le fondement de la demande et sur l'exception de prescription, il résultera à chaque vote par une majorité de trois voix contre deux, que la demande porte sur un droit valable en droit (A, B et C opinant en ce sens) qui n'est pas atteint par la prescription (selon l'avis de C, D et E). En conséquence, le défendeur perd le procès. En revanche, si le vote porte globalement sur la question : le tribunal doit-il faire droit à la demande (c.à.d. un vote portant directement sur l'issue finale de la cause, en général et sur le fond), une majorité de quatre juges contre un se prononcera pour rejeter la demande (A, B, D, et E ; seul C ayant une opinion divergente).

La question visant à déterminer comment un tel vote doit procéder n'a été débattue qu'à partir du début du dix-neuvième siècle. Il faut donc se demander dans quelles circonstances ce problème est apparu. Deux développements distincts doivent ici se rejoindre : d'une part l'introduction d'une obligation de la motivation des jugements, d'autre part la formation des juridictions collégiales modernes. À propos de l'introduction de l'obligation de la motivation des décisions judiciaires, il suffit de se référer aux travaux de Sellert,<sup>1</sup> Hocks<sup>2</sup> et de Wunderlich<sup>3</sup>. Il n'est pas non plus nécessaire de revenir ici sur l'histoire riche en conflits des processus par lesquels la pratique des juridictions collégiales a remplacé celle des juges uniques, du moins dans les juridictions d'appel. Ce développement évoque une mutation dans la conception même des juridictions collégiales, qui n'a sans doute pas encore bénéficié de toute l'attention qu'elle mérite. En bref, il s'agit d'une évolution de la manière dont une juridiction collégiale est envisagée, caractérisée par une conception davantage « organique » du collège judiciaire. L'aboutissement de cette évolution a été formulée par Konrad Hellwig (1856-1913) en ces termes : « Le jugement auquel est parvenue la cour [par une décision de la majorité] n'est pas une décision des *juges* ayant voté en ce sens, mais apparaît davantage vers l'extérieur comme une décision des officiers de justice constitués en un collège »<sup>4</sup>. Une telle conception du collège judiciaire a évidemment mis longtemps à s'imposer. À l'origine, la conception la plus communément admise était sans doute que, lorsque la tâche de rendre un jugement incombait à une majorité de juges, chaque juge détenait en soi un « pouvoir

<sup>1</sup> Sellert, W., „Die Entwicklung der zivilgerichtlichen Urteilsbegründungspflicht gegenüber den Parteien am Beispiel des Reichshofrats und des Reichskammergerichts“, *Rechte, Gericht, Genossenschaft und Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie. Symposium für Albert Erler*, (Gerhard Dilcher&Bernhard Diestelkamp, dir.), Berlin, 1986, pp. 97–113.

<sup>2</sup> Hocks, S., *Gerichtsgeheimnis und Begründungszwang – Zur Publizität der Entscheidungsgründe im Ancien Régime und im frühen 19. Jahrhundert*, Francfort sur le Main, 2002.

<sup>3</sup> Wunderlich, S., *Über die Begründung von Urteilen am Reichskammergericht im frühen 16. Jahrhundert* (Schriftenreihe der Gesellschaft für Reichskammergerichtsforschung, Bd. 38), Wetzlar 2010.

<sup>4</sup> « Die so [durch Mehrheitsbeschluss] gefundene Entscheidung ist nicht eine Entscheidung der Richter, die für sie gestimmt haben, vielmehr tritt sie nach Außen als eine solche der kollegial verfassten Spruchbehörde hervor », cf. Hellwig, K., *Lehrbuch des Deutschen Zivilprozessrechts*, 2, Leipzig 1907, p. 65.

juridictionnel ». En conséquence, lorsque plusieurs juges devaient se prononcer sur un litige, chaque juge jugeait pour soi. Ensuite, il fallait déterminer quelle issue donner au procès pouvait compter sur une majorité du collège. Dans un tel processus décisionnel, les opinions en droit (*vota*, « votes ») relevaient d'une décision individuelle, seul l'issue du procès – l'effet de la chose jugée – était attribuée au tribunal dans son ensemble. Seuls les votes étaient dès lors motivés. Ce qui découlait comme effet de la chose jugée de l'ensemble de votes exprimés ne faisait pas l'objet d'une motivation complémentaire, au-delà des motifs individuels. Une telle juxtaposition de votes émanant de plusieurs juges constituait par exemple à la Chambre impériale de justice, dans le Saint-Empire, la partie essentielle de la décision des sections au sein de cette cour<sup>5</sup>. Après que le rapporteur eût présenté son propre vote, le juge qui était en accord avec la proposition du rapporteur exprimait son vote par « placet » ou en y ajoutant « d'autres raisons et motifs de droit pouvant à son avis servir à renforcer l'opinion proposée » (« *anderer Ursachen und Rechtsgründe, die seines Bedünkens zu Bekräftigung vorgedachter Meinung dienstlich sein könnten* ») : avec quelque anachronisme, on peut y reconnaître une formule de *concurring opinion*. Le juge qui voulait exprimer une autre décision que celle proposée par le rapporteur pouvait « présenter [la décision] en faveur de laquelle il entendait conclure, en faisant état des raisons et motifs de droit nécessaires » (« *dieselbige, darauf er zu schließen bedacht, mit Erzählung nothdürftiger Ursachen und Rechtsgründe vorbringen* »)<sup>6</sup>. À l'issue de ce tour de table, un comptage devait établir s'il y avait une décision pouvant s'appuyer sur une majorité suffisante. Ce résultat constituait le *conclusum*, qui déterminait l'issue du procès. Seuls les votes étaient motivés, y compris bien sûr le vote déterminant l'issue du procès, pour autant qu'il pouvait compter sur une majorité. Le *conclusum* déterminait l'issue du procès, mais seules les opinions individuelles étaient motivées. Une motivation – voire plusieurs motivations – de la décision ne pouvait être trouvée que dans les opinions se prononçant en faveur du résultat final auquel une majorité avait donné son adhésion.

L'expression d'une opinion qualifiée de « vote » ne correspond évidemment pas à la notion de vote par lequel un membre du collège déclare si, OUI ou NON, il soutient la proposition susceptible de constituer la décision du collège juridictionnel. Il s'agit d'une participation à un acte procédural collectif. Par contre, celui qui « vote » (dans le sens plus spécifique de l'époque, c.à.d. qui « opine » individuellement dans le cadre d'une décision globale et collective) exprime son propre entendement complexe du droit. Cet entendement peut, en combinaison avec celui des autres juges, déterminer la décision sur le litige, qui représente dans ce cas la décision du tribunal. La phase des « votes » successifs par lesquels les juges individuels expriment leurs opinions, ne doit donc pas être envisagée comme un « vote » décisif sur l'issue du procès. Chaque juge individuel a exprimé sa propre opinion en droit, qui peut éventuellement comprendre son assentiment à la proposition du rapporteur, mais tout aussi bien avoir une teneur entièrement distincte. À l'issue de la procédure, on dispose ainsi d'une décision de la section (chambre) de la cour qui constitue un jugement, mais celui-ci ne consiste qu'en un dispositif. Un tel jugement obtenu sur base du principe de majorité à partir des « votes » individuels et distincts est fondamentalement différent d'un jugement collégial « unitaire » justifié par une motivation unique, obtenu après délibération et ayant été en tant que tel approuvé par un vote. L'autonomisation relativement récente du collège judiciaire à l'égard des juges individuels qui en font partie et la conception selon

<sup>5</sup> Pour une impression concrète, on consultera la reconstruction des actes d'un procès réalisée par Oestmann, P., *Ein Zivilprozeß am Reichskammergericht. Edition einer Gerichtsakte aus dem 18. Jahrhundert*, (Quellen und Forschungen zur Höchsten Gerichtsbarkeit im Alten Reich, Bd. 55), Cologne/Weimar/Vienne, 2009, en particulier p. 572, avec des renvois bibliographiques. Sur la pratique des « votes » au Conseil aulique, voir Sellert, W., *Prozeßgrundsätze und Stilus Curiae am Reichshofrat*, Aalen, 1973, pp. 342 ss.

<sup>6</sup> *Jüngster Reichsabschied*, 1654, § 148.

laquelle le collège est dans son ensemble l'auteur du jugement collectif et unitaire représentent une étape dans l'évolution de l'histoire judiciaire qui me paraît encore trop peu étudiée. Quoi qu'il en soit, la conception d'une « unité de l'office du juge » (« Einheit des Richteramtes », selon la formule de Knut Wolfgang Nörr), qui s'imposa face à la dichotomie entre 'président du tribunal' et 'juges'<sup>7</sup>, se laissa facilement transposer au collège juridictionnel<sup>8</sup>. Cette conception put même être consacrée en termes doctrinaux, en qualifiant la juridiction collégiale de « personne morale ». Dès le début du dix-neuvième siècle, on peut observer dans un large éventail de sources comment tout tribunal constitué comme un collège est désigné en tant que « personne morale »<sup>9</sup>. On dira par exemple que « plusieurs personnes ayant la qualification de juge constituent une personne morale judiciaire »<sup>10</sup>. Cette nouvelle conception du collège juridictionnel en tant que « personne morale » impliquait que le jugement émanant d'une telle juridiction devait être considéré comme le jugement du collège. En raison du devoir de motivation, il devenait dès lors nécessaire de donner une motivation portant sur le raisonnement juridique et la décision du collège dans son ensemble, et non pas des « votes » distincts des juges individuels (ou du rapporteur en particulier).

Comment parvenir à un tel jugement motivé qui pouvait être attribué au collège dans son ensemble ? Tel était le problème qui se situe à la base de notre question : Les juges faisant partie d'un tribunal collégial doivent-ils uniquement se prononcer par vote sur le résultat final du litige, ou sur les questions préalables distinctes qui jalonnent la voie vers le résultat final ?

## 2. La lutte contre un vote juridictionnel général dans les débats de l'Assemblée nationale en 1790

<sup>7</sup> « Gerichtsvorsitzender – Urteiler ». Il convient également d'y ajouter la dichotomie « juges – scribes [greffiers/secrétaires] » (« Richter – Schreiber »).

<sup>8</sup> Nörr, K. W., *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht: Erkenntnisverfahren Erster Instanz in civilibus*, Heidelberg/Dordrecht/London/New York 2012, p. 10. L'ancienne pratique des facultés de droit (tout comme celle des juridictions savantes intervenant en chef de sens) de rendre leurs avis et *consilia* vers l'extérieur en tant que juridictions unitaires a pu jouer un rôle. Cette pratique correspondait à une procédure de vote tendant à parvenir à une décision unitaire du collège, les opinions membres en minorité étant écartés. Sur ces procédures de vote, voir Schott, C., *Rat und Spruch der Juristenfakultät Freiburg i.Br.* (Beiträge zur Freiburger Wissenschafts- und Universitätsgeschichte, 30), 1965, pp. 120–132.

<sup>9</sup> Christoph Martin, *Lehrbuch des Teutschen gemeinen bürgerlichen Processes*, § 38, édition consultée: 5<sup>ème</sup> éd., Göttingen, 1817, p. 48 (une personne morale est également constituée par une juridiction qui consiste en une combinaison du juge et greffier); sur l'auteur et son oeuvre, voir Haferkamp, H.P., „Fortwirkungen des Kameralprozesses“, *Zwischen Formstrenge und Billigkeit. Forschungen zum vormodernen Zivilprozeß* (P. Oestmann, dir.), Cologne, Weimar, Vienne, 2009, pp. 293–310, 297 ss.

<sup>10</sup> « ... mehrere richterlich qualifizierte Personen eine moralische Richterperson bilden », cf. August W. Heffter, *System des römischen und deutschen Civil-Processrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., Bonn, 1843, p. 66; sur le juge en tant que personne morale, voir également Wilhelm A. F. Danz, *Grundsätze des ord. Processes*, 5<sup>ème</sup> éd. par Nicolaus Th. v. Gönner, Stuttgart, 1821, p. 62; également Johann C. Gensler, *Vollständiger Kommentar über Martin's Civilprocess-Lehrbuch*, (Karl E. Morstadt, dir.), T. 1, Heidelberg, 1825, p. 101, n. 4: « Ein deutsches Gericht ist immer und überall eine moralische Person » (« un tribunal allemand est toujours et partout une personne morale »); *ibidem*, p. 103: « Richter und Actuar bilden das Gericht: als moralische Person » (« le juge et le greffier constituent le tribunal en tant que personne morale »). De même en Autriche: Joseph Helfert, *Versuch einer systematischen Darstellung der Jurisdictionen-Norm für die dt. u. ital. Provinzen d. öst. Kaiserstaates*, 2<sup>ème</sup> éd., Vienne, 1828, p. 165; pour une vue critique, cf. Christian Friedrich Koch, *Der preußische Civil-Process*, 2<sup>ème</sup> éd., Berlin, 1855, p. 138.

Adrien Duport (1759–1798),<sup>11</sup> qui formait avec Barnave et Lameth le « triumvirat » jacobin, avait été élu en 1789 et représentait la noblesse de Paris. Il présenta le 29 mars 1790 un projet d'une nouvelle organisation judiciaire, fortement inspirée du modèle anglais<sup>12</sup>. Duport s'attachait à séparer les questions de fait et de droit, ce qui se traduisait institutionnellement en un système comportant un jury et un juge<sup>13</sup>. À cette fin, Duport combattait le système d'un vote général sur les questions de fait et de droit, tel qu'il était applicable dans le droit de la procédure à l'époque<sup>14</sup>. Il donna notamment l'exemple suivant. Pierre refuse pour deux motifs différents de payer une obligation à laquelle s'était engagé son grand-père. D'une part, son père avait renoncé à la succession du grand-père, et d'autre part, l'obligation en question aurait été invalide. Paul, qui intervient en tant que demandeur, conteste les deux arguments. Il s'agit toutefois d'une question de droit (quant à la naissance d'une obligation) et d'une question de fait (le père avait-il renoncé à la succession ?). Sur les douze juges, sept estiment que la renonciation à la succession n'a pas eu lieu. Quatre de ces sept juges considèrent que l'obligation est invalide, alors que les cinq autres considèrent qu'elle est valide en droit, mais ils admettent la renonciation. Sur la question de fait (c.à.d. concernant la renonciation) le demandeur Paul peut compter sur sept juges en sa faveur (contre cinq ayant une opinion contraire) ; sur la question en droit il peut même compter sur huit juges en sa faveur (contre quatre opinant en sens contraire). Pourtant, Paul perd son procès suite à un vote de neuf voix contre trois. Duport insista qu'il n'évoquait pas un simple jeu de calcul que l'on ne rencontrerait que rarement dans la vie réelle. Selon lui, il ne passait pas un jour sans que n'advienne un tel « abus singulier », découlant d'un amalgame des questions de fait et de droit. Le procédé était choquant en droit civil, et tout à fait inacceptable en droit pénal. Duport indique qu'il avait consulté sur cette question de votes Nicolas de Condorcet<sup>15</sup>, célèbre mathématicien, philosophe et homme politique des Lumières<sup>16</sup>, et connu pour le « paradoxe de Condorcet » fondé sur une théorie mathématique de la probabilité des choix ou décisions rendus à la pluralité de voix<sup>17</sup>.

Duport souhaitait séparer clairement les questions de droit et de fait, en institutionnalisant cette séparation par un système de jury. Les exemples qu'il avança, et dont on vient de voir un exemple, peuvent facilement être transposés dans la plupart des questions de fait ou de droit, du fait que l'argument de transitivité à l'encontre d'un vote global est applicable dans de tels cas. Cette considération échappait sans doute au propos de Duport, mais on peut néanmoins affirmer que la première formulation du problème, réduit au dualisme de la question de droit et de fait, revient à un juriste qui appartenait aux milieux français de la philosophie des Lumières. Condorcet y est cité comme un témoin privilégié.

<sup>11</sup> Voir la biographie de Duport dans Alphe Robert / Gaston Cougny, *Dictionnaire des Parlementaires français de 1789 à 1889*, T. 2, Paris, 1889, réimpression Genève, 2000, p. 506; Poncela, P., „Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne“, *Droits. Revue française de théorie juridique*, 17 (1993), pp. 139–147.

<sup>12</sup> Publié sous le titre: *Principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire par M. Duport, député de Paris*. Imprimé par ordre de l'Assemblée, Paris 1790; édition consultée: *Choix de rapports, opinions et discours, prononcés à la Tribune Nationale*, T. 3 (Années 1790 et 1791), Paris 1818, pp. 225–298.

<sup>13</sup> Martucci, R., „La robe en question – Adrien Duport et le jury criminel (29–30 mars 1790)“, *Tocqueville review – La Revue Tocqueville*, 18 (1997), pp. 25–47.

<sup>14</sup> Duport, (n. 12), pp. 234 ss.

<sup>15</sup> Duport, (n. 12), p. 236, n. 1: « Aussi ai-je cru utile, avant de la présenter à l'Assemblée nationale, de consulter le plus fameux de nos géomètres, M. le marquis Condorcet; il a eu la bonté de m'assurer quelle [méthode] était parfaitement exacte ».

<sup>16</sup> Sur Condorcet voir (parmi un très riche bibliographie): Kölz, A., „Fortschritt, unideologisch: Von der Aktualität Condorcets (1743–1794)“, in Kölz, A., *Der Weg der Schweiz zum modernen Bundesstaat, Historische Abhandlungen*, Chur, Zürich, 1998, pp. 161–170; Williams, D., *Condorcet and modernity*, Cambridge, 2004.

<sup>17</sup> *Condorcet – Ausgewählte Schriften zu Wahlen und Abstimmungen* (R. Zintl, C. Stange, et J. Behnke, dir.), Tübingen, 2011; Gehrlein, W. V., *Condorcet's Paradox, Theory and Decision Library*, C, T. 40, Berlin, Heidelberg, 2006.

Duport perdit toute son influence politique en 1792 et mourut en exil en Suisse. Son projet d'introduire le jury dans le système judiciaire français n'intéresse pas notre propos. Cependant, ses considérations se retrouvent clairement dans la loi de 1819 sur la procédure civile du canton de Genève. Il n'est par ailleurs pas exclu que par quelque biais, l'attention en Prusse pour la question fut initiée par les discussions qui eurent lieu dans la France révolutionnaire une trentaine d'années auparavant. D'autre part, cette question essentielle se présente dès lors que l'on s'attache à rendre un collègue comptable de sa décision, et il se peut donc très bien que le même problème a été reconnu tout à fait indépendamment du débat français antérieur.

### 3. La Loi sur la procédure civile du Canton de Genève (1819)

Cette législation genevoise – qui fut fortement vantée par Joseph Anton Mittermaier<sup>18</sup> – prévoyait dans son article 104 un système de vote selon le type de questions :

En procédant au jugement, les juges commenceront par poser les questions de fait et celles de droit soumises à leur décision. Ils voteront séparément sur chacune d'elles. [...] <sup>19</sup>.

Dans l'exposé des motifs (officieux) rédigé par l'auteur intellectuel de la loi<sup>20</sup>, Pierre-François Bellot, membre du Conseil représentatif<sup>21</sup>, un exemple permet d'expliquer pourquoi cette modalité de vote devait être prescrite<sup>22</sup>. Un tribunal composé de trois juges doit se prononcer sur la validité d'un testament contesté par les héritiers légaux. Les trois juges estiment que le testament est entaché d'invalidité, mais chacun pour un motif différent : le premier juge (et lui seul) parce que la signature est fautive ; le deuxième juge (et lui seul) parce que l'un des témoins n'a pas la citoyenneté requise ; et le troisième parce que le testateur n'avait pas la capacité juridique. Selon Bellot, une déclaration unanime d'invalidité du testament qui ressort d'une « question complexe » ne correspondrait pas à la situation réelle et aboutirait à une fautive représentation du cas. En revanche, le résultat qui découlerait d'une « votation séparée et successive de chaque question », serait « le seul exact, le seul vrai, puisqu'il réunit chaque question élémentaire de la cause une majorité évidente et réelle, sans possibilité de confusion et mépris ». Il fallait donc exclure les « questions complexes » et la « votation unique ». La question ne concerne que le vote, qui doit être strictement distingué de la délibération. La loi ne réglementait pas cette délibération, dont elle laissait l'organisation entièrement à la sagesse de la cour<sup>23</sup>. Plus tard, lorsque la doctrine française s'intéressa aux considérations de Bellot,

<sup>18</sup> Mittermaier, C.J.A., „Die Processgesetzgebung von Genf“, *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslands*, 9, 1837, pp. 466–471, en particulier pp. 466 ff.

<sup>19</sup> Dans le troisième alinéa, la loi prescrivait qu'il fallait voter en premier lieu sur les questions de fait, et ensuite sur les questions de droit.

<sup>20</sup> *Exposé de motifs de la loi sur la procédure civile pour le canton de Genève* (P.-F. Bellot, éd.), Genève et Paris, 1821, p. 71 (dans le cas d'un tribunal de première instance composé de trois juges), pp. 216 ff. (dans le cas d'une juridiction d'appel où siégeaient sept juges). Bellot reprit plus tard un exposé analogue dans son manuel : Pierre-François Bellot, *Loi sur la procédure civile du Canton de Genève*, Paris, 1837, pp. 101 ff.; dans le même sens : Alphonse Honoré Taillandier, *Loi de la procédure civile du canton de Genève*, Rennes/Paris, 1837, pp. 53 ff.

<sup>21</sup> Bellot était avocat à Genève et à partir de 1819 il fut également professeur de droit civil et de procédure civile à l'Académie de Genève. En tant que membre du Conseil représentatif, il avait déjà contribué aux travaux préparatoires de la loi sur la procédure civile. Voir Zogmal, A., s.v. „Pierre-François Bellot“, *Historisches Lexikon der Schweiz*.

<sup>22</sup> Bellot, *Exposé* (n. 20), p. 73.

<sup>23</sup> Bellot, *Exposé* (n. 20), p. 75.

on fit observer que l'auteur original de cette conception n'était pas Bellot, mais l'illustre homme politique inspiré des Lumières, Adrien Duport<sup>24</sup>.

#### 4. La réglementation de la procédure de vote dans la justice prussienne

##### 4.1 De la majorité relative des juges à la majorité absolue

Dans l'histoire du droit en Allemagne, la question des modalités de vote est apparue comme un thème spécifique à la suite de rescrits ministériels prussiens. Le premier de ces rescrits date de 1819<sup>25</sup> et concernait la question (auquel le rescrit donna une réponse affirmative), si une majorité absolue des voix était requise pour parvenir à un *conclusum*. Ce rescrit doit être situé dans le cadre d'une évolution au cours de laquelle la condition d'une majorité absolue l'a emporté sur le principe d'une majorité relative. Dans l'ancienne procédure, où plusieurs juges exprimaient chacun pour soi leurs opinions sur les questions de droit, le problème des cas où deux raisonnements juridiques différents peuvent être inférés du processus décisionnel ayant abouti au jugement avait déjà été soulevé dès l'Antiquité. Ce problème n'avait pas trouvé de solution satisfaisante suffisamment consensuelle<sup>26</sup>. Certains préféraient s'en tenir à une majorité relative : selon cette conception, la portée du jugement pouvait être inférée du raisonnement et de la conclusion juridiques auxquels le plus grand nombre des juges (au sens relatif de l'expression) s'était rallié<sup>27</sup>. Cependant, une autre méthode avait gagné du terrain et commençait à s'imposer : on s'efforçait de former une majorité en combinant des conclusions différentes, par l'addition des voix en faveur de la solution la plus rapprochée (le procédé de la *coniunctio sententiarum*)<sup>28</sup>. Le développement de la conception d'une juridiction en tant que « personne morale » s'opposait à l'idée qu'un jugement reposerait sur une majorité relative, car une juridiction conçue comme une entité singulière était censée parvenir à une décision unique. D'autre part, la conception selon laquelle les juges d'un collège collaborent à l'élaboration d'un jugement commun mit fin au procédé de la *coniunctio sententiarum*. Thibaut, par exemple, exprime cette nouvelle approche : selon cet auteur, on exigeait à présent un consensus (*entendons* : réel) de la majorité des votants, contrairement à la formation d'une majorité par la combinaison de décisions substantiellement différentes (ce qui était le cas de la *coniunctio sententiarum*), que Thibaut qualifiait d' « harmonie par abstraction »<sup>29</sup>. La tâche consistait dès lors à assurer, par des modalités de la procédure de vote appropriées, que le processus décisionnel au sein du collège ne serait pas mis en échec

<sup>24</sup> Ainsi Jean-Baptiste Duvergier en tant que directeur d'une nouvelle édition de Toullier, C.B.M., *Le droit civil français, suivant l'ordre du code*, nouv. éd. (Jean-Baptiste Duvergier, éd.) T. 5, Bruxelles, 1838, p. 217, n. 2. Toullier – voir sur cet auteur Bürge, A., *Das Französische Privatrecht im 19. Jahrhundert: Zwischen Tradition und Pandektenwissenschaft, Liberalismus und Etatismus*, 2<sup>ème</sup> éd., Francfort sur le Main 1995, p. 547 – traite également en long sur le fond de la question.

<sup>25</sup> Rescrit du 29 mars 1819, *Justizministerial-Akten* L. R. Nr. 13, vol. 1, fol. 257 a; j'ai consulté la version reproduite dans : Rönne, L. von, *Ergänzungen und Erläuterungen der Allg. Gerichts-, Hypotheken-, Deposital-Ordnung für die pr. Staaten durch Gesetzgebung und Wissenschaft*, 5<sup>ème</sup> éd., Berlin, 1865, p. 283.

<sup>26</sup> Pour un aperçu de la question, voir Thibaut, A.F.J., *System des Pandekten-Rechts*, T. 3, 5<sup>ème</sup> éd., Iéna 1818, p. 55 (§ 1125); Bayer, H.J.P. von, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess*, § 86, édition consultée : 8<sup>ème</sup> éd., Munich, 1858, pp. 268 ss.

<sup>27</sup> D'après Aulu-Gelle (*Noctes Atticae*, 9, 15), par exemple, lorsqu'on avait trois condamnations à mort, deux condamnations à l'exil et deux condamnations à une amende, c'était la peine capitale qui était exécutée. La tradition n'est toutefois pas unanime.

<sup>28</sup> Voir par exemple Samuel Pufendorf, *De jure Naturae et Gentium*, lib. VII cap. II § XVIII, édition consultée : Francfort et Leipzig, 1744, T. 2, pp. 149 ss.

<sup>29</sup> Ci-dessus, n. 26.



par une division en trois opinions (ou davantage), mais aboutirait à un jugement uniforme approuvé par une majorité absolue des juges concernés.

Afin de parvenir à une majorité absolue, le rescrit ministériel accorda à la présidence la compétence « de soumettre [*on ajoutera* : séparément] à la discussion des questions principales ou secondaires, pertinentes et spécifiques, et de les soumettre à un vote dont l'effet sera que les membres individuels (y compris le président) ne pourront revenir sur la décision qui en découle, mais qu'à l'occasion des votes subséquents, ils devront se ranger du côté de l'une ou de l'autre opinion » («...spezielle, zur Sache gehörige Haupt- oder Nebenfragen [erg.: getrennt] zur Diskussion zu stellen und mit der Wirkung darüber abstimmen zu lassen, dass von einzelnen Beamten, den Präsidenten mit eingerechnet, demnächst nicht wieder darauf zurückgegangen werden darf, sondern dass sie sich bei der ferneren Abstimmung für eine oder die andere Meinung erklären müssen »)<sup>30</sup>. Il est question à cet égard d'une obligation de voter par la suite *stante concluso*. Sans un tel agencement, le processus décisionnel ne peut en effet être canalisé vers une majorité absolue. Nous ne nous attarderons pas sur cette transition révélatrice de la condition d'une majorité relative vers la condition d'une majorité absolue. Il suffit de constater qu'au cours du dix-neuvième siècle, on rencontre encore assez fréquemment des discussions portant sur la condition d'une majorité relative.

#### 4.2 Le vote sur les motifs au lieu du vote sur le résultat final

L'orientation du rescrit du 29 mars 1819 n'apparut clairement qu'en 1834, lorsque le Ministère de la Justice se prononça sur la question : « Le vote doit-il porter uniquement sur le dispositif ou également sur les motifs ? »<sup>31</sup>. Les conclusions en droit du collège doivent correspondre à celles des juges individuels. Dès la délibération, mais aussi lors du vote par le collège, il convient de tenir compte successivement des phases distinctes de la décision : « Par cette voie, le collège parvient à partir des phases distinctes dont l'aboutissement est le résultat final du jugement aux dernières phases du processus décisionnel, en connaissance de cause des motifs » (« Auf diesem Weg schreitet das Kollegium von den einzelnen Momenten, aus welchen als Endresultat die Entscheidung sich ergibt, zu der letzteren mit Bewusstsein der Gründe vor »). Une fois atteint le résultat final (*conclusum*), il n'était plus permis d'en venir à une conclusion différente. Le rescrit envisage ainsi la possibilité que d'autres conclusions puissent être visées que celles lors d'un vote portant sur le résultat final. On cite l'exemple d'une demande en justice visant à obtenir un paiement, où à chaque fois, un seul des votants estime que l'exception invoquant, respectivement, un paiement, une compensation, et une transaction est établie. Le défendeur est condamné :

« La fait que *chaque* sujet *individuel* jouissant de la faculté de voter ait estimé que l'une des exceptions était justifiée et ait ainsi voulu atteindre le résultat contraire, ne constitue pas une objection. En effet l'opinion que chacun des votants avance *individuellement*, du fait que deux opinions contraires s'y opposent, se voit neutralisée selon les principes d'une délibération collégiale. Seule la *volonté générale* déterminée par la majorité, *laquelle absorbe la volonté individuelle, exprime l'opinion du collège* » (« Dass jedes einzelne stimmfähige Subjekt, da es Eine der Exceptionen für begründet erachtet, das Gegentheil gewollt hat, thut hierin keinen Eintrag, weil die Meinung,

<sup>30</sup> Dans le cas de votes sur des montants, il convient d'éviter qu'« une solution intermédiaire soit déduite de votes divergents » (« aus verschiedenartigen Stimmen ein Mittelsatz herausgezogen werden »); il faut donc plutôt déterminer un montant qui puisse être approuvé par une majorité absolue. La procédure qui vient d'être décrite est désignée comme une « méthode de combinaison » (*Kombinationsmethode*).

<sup>31</sup> Rescrit du 1er février 1834, *Justizministerial-Akten* I. 242 – Gen. 35 vol. 3 Fol. 32; repris dans v. Rönne (n. 25), S. 283 (ci-après, les italiques correspondent aux espacements dans la version originale).

welche jeder Votant als Einzelner gehegt, dadurch, daß ihr zwei kontraire gegenüberstehen, nach den Grundsätzen kollegialischer Berathung beseitigt ist, und der durch die Mehrheit bestimmte Gesamtwille, welcher den Einzelwillen absorbiert, allein die Ansicht des Kollegiums kund giebt. »).

Si un jugement n'était fondé que sur le résultat final, une difficulté se présenterait pour motiver la décision. Comme il n'y a pas eu une prise de décision distincte sur chacune des exceptions, il faudrait présumer que les conditions de toutes les trois étaient remplies, « ce qui serait clairement contraire à la conviction des membres de la cour ayant participé au jugement ». Le rescrit prévoit néanmoins une exception pour la décision de jurés sur une question de fait, car dans un tel cas, c'est la conviction subjective qui compte, laquelle est déterminée par une impression globale de toutes les circonstances qui y concourent. Nous verrons qu'à partir de cette prise de position l'opinion prévalente s'est développée selon laquelle dans une procédure pénale, le vote portant sur le résultat final constitue sans plus la bonne manière de procéder.

En 1841, le journal du Ministère prussien de la Justice (*Justiz-Ministerialblatt*) publia une note du premier président von Scheibler<sup>32</sup>. La note comportait une justification des rescrits issus des services administratifs du Ministère. Selon cette note, lorsque la réponse à la question principale dépendait de plusieurs questions de fait et de droit, il était justifié, en partie sur base de la loi<sup>33</sup>, en partie d'après la nature des choses, de procéder au vote sur les questions individuelles et distinctes. De fait, la loi prussienne uniforme en matière judiciaire (*Allgemeine Gerichtsordnung* [AGO]) de 1795<sup>34</sup> présentait en droit positif une base pour voter selon les motifs. Une disposition de cette loi (I Tit. 13 § 31 AGO) prévoyait qu'à l'égard de faits [on ajoutera : individuels] contestés, ou lorsqu'il fallait décider en vertu de quelle loi il fallait trancher le litige, la décision serait prise « selon la majorité du collège » (« nach der Mehrheit in dem Kollegio »). Il semblait également justifié de prendre séparément en considération les éléments individuels et distincts de la décision, du fait (et aussi longtemps) que pour des questions sur lesquelles pesait un doute, une demande à la commission législative était requise (Tit. 13 § 32 AGO)<sup>35</sup>. Le fait que les motifs d'un jugement n'avaient pas l'autorité de règles de droit (ni de la *res judicata*) n'avait selon von Scheibler aucune importance, car il s'agissait là d'une question entre parties, alors que l'enjeu était le processus décisionnel au sein du collège des juges. Un nouveau vote sur la décision n'était pas admissible (« Ein nochmaliges Abstimmen über das Decisium [sei] unstatthaft »), car les votes émis sur ces questions devaient chaque fois être motivés, alors même qu'il n'était pas permis de revenir sur une motivation qui avait été rejetée à un stade antérieur par une majorité des votants. Cette position juridique fut également exposée dans le très populaire manuel de Christian Friedrich Koch<sup>36</sup>.

<sup>32</sup> *Justiz-Ministerialblatt* 1841, Nr. 17, Nr. 15; repris dans von Rönne (n. 25), p. 283 s. En plus de la contribution de von Scheibler, deux autres rescrits datant de 1839 et de 1840 furent communiqués (rescrits du 31 mars 1839, *Justiz-Ministerial-Blatt* 1841, 23, et du 12 décembre 1840, *Justiz-Ministerial-Blatt* 1841, 18). Ce dernier rescript précisa encore plus strictement qu'un nouveau vote sur le résultat final n'était pas requis.

<sup>33</sup> Von Scheibler se référait à AGO I 13 §§ 8 et 31, ainsi qu'à III 2 § 16, et au rescrit initial de 1819.

<sup>34</sup> Sur cette loi, voir Busch, S., *Die Entstehung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793/95*, Berlin, Bern &c., 1999.

<sup>35</sup> À propos de l'interprétation authentique, voir en général Schröder, J., *Recht als Wissenschaft, Geschichte der juristischen Methodenlehre in der Neuzeit (1500–1933)*, 2<sup>ème</sup> éd., Munich, 2012, pp. 78 s., 164–167, 244–246.; Droste-Lehnen, B., *Die authentische Interpretation – Dogmengeschichtliche Entwicklung und aktuelle Bedeutung*, Baden-Baden, 1990.

<sup>36</sup> Koch, C.F., *Lehrbuch des preußischen gemeinen Privatrechts*, T. 1, Berlin, 1845, § 64, p. 171.

## 5. La controverse doctrinale en Allemagne

La note de von Scheibler fut à l'origine d'une controverse. Préalablement, il convient de remarquer que la discussion sur la procédure de vote portait en fait sur la question de droit. Une autre question qui fut débattue visait à établir dans quelle mesure il fallait dès la détermination des faits procéder à un fractionnement en différents éléments, sur lesquels des votes séparés pourraient avoir lieu. Dans ce dernier cas, le débat entrecroisait une discussion relevant de la théorie de la preuve. Du fait que la question du vote concernait aussi bien l'administration de la justice au civil qu'au pénal, le vote des jurés fut finalement également pris en compte<sup>37</sup>. Nous ne pouvons ici reprendre tous les détails de ce débat, ni citer tous les auteurs qui y sont intervenus. La prise de position la plus influente au départ du débat fut celle de Waldeck, conseiller à la juridiction d'appel (*Oberlandesgericht*) à Hamm<sup>38</sup>. Waldeck ne rejetait pas en soi la possibilité de procéder à des votes sur les éléments individuels et distincts du litige. Cependant, il n'admettait pas qu'un enchaînement de votes distincts eût rendu inutile le vote sur la conclusion finale : le vote final devait selon lui toujours porter sur le dispositif (« Das Devisiv-Votum muss stets über den Tenor geschehen »)<sup>39</sup>. Dans son argumentation à l'encontre de von Scheibler, Waldeck développa un argument qui sera constamment repris dans la discussion ultérieure : il était toujours possible de dissoudre de plus en plus finement le cas en éléments distincts, de sorte que le résultat final dépendrait en fin de compte du degré de fragmentation que l'on aura imposé aux différents éléments (« Dans cette procédure, tout dépend de la manière fortuite et arbitraire dont on aura scindé les notions et propositions »)<sup>40</sup>. Alors que la thèse de Waldeck rencontra quelque soutien<sup>41</sup>, le système du vote sur motifs fut défendu dans une monographie publiée par de Fontenay, conseiller à la juridiction d'appel silésienne<sup>42</sup>. Pour cet auteur, le vote sur les motifs devait être préféré au vote global, mais constituait aussi le seul système acceptable. On retrouve chez de Fontenay l'idée que dans les affaires pénales, la question de la preuve doit être tranchée par un simple OUI ou NON, et ne devait donc pas être scindée selon (par exemple) les questions ou moyens individuels de preuves. C'est ainsi que l'on voit se dessiner la distinction toujours d'actualité de nos jours, selon laquelle en matière pénale, il faudrait procéder à un vote sur le résultat final, mais en matière civile sur les motifs.

Von Savigny s'intéressa en 1847 à la question, dans le sixième tome de son *System des heutigen Römischen Rechts*<sup>43</sup>. Il reconnaissait qu'il s'agissait d'une question difficile et complexe (« eine schwierige und verwickelte Frage »), qui avait été récemment traitée de part et d'autre en profondeur et avec sagacité (« in neuerer Zeit mit Gründlichkeit und Scharfsinn nach beiden Seiten hin verhandelt worden »). Du fait que von Savigny se prononça en faveur de reconnaître une autorité en droit aux motifs – c'est d'ailleurs dans ce contexte qu'il s'intéressa à la question –, il s'ensuivait pour lui qu'il fallait nécessairement voter et prendre une décision sur chaque motif objectif, et non seulement sur la condamnation ou

<sup>37</sup> Citons du moins en marge de cette question: Sonnenfels, J. von, *Über die Stimmenmehrheit bei Criminal-Urtheilen*, Vienne, 1800, 2<sup>ème</sup> éd. 1808, lequel exigeait l'unanimité pour un jugement collégial au pénal.

<sup>38</sup> Waldeck, B., „Beiträge zur Beantwortung der Frage: Ob über den Tenor oder die Gründe eines Urtheils abzustimmen?“, *Neues Archiv für Preußisches Recht und Verfahren sowie für deutsches Privatrecht* 1841, pp. 427–471.

<sup>39</sup> Waldeck (n. 38), p. 437.

<sup>40</sup> « Alles kommt bei diesem Verfahren auf die rein zufällige und willkürliche Art an, wie weit das Spalten der Begriffe und Sätze getrieben wird », Waldeck (n. 38), p. 449.

<sup>41</sup> Je n'ai pas eu l'occasion de consulter l'article de Friedrich Dorguth paru dans *Jur. Wochenschrift für die Preußischen Staaten*, 1841, p. 153 et passim.

<sup>42</sup> *Über die Abstimmung in Richtercollegien*, Schleswig, 1847.

<sup>43</sup> Berlin, 1847, pp. 407 ss.

l'acquiescement ..., car à défaut, la force et l'autorité de ces motifs n'émaneraient pas du collège décidant à la majorité (« nothwendig über jeden objectiven Grund, nicht bloß über die Verurtheilung oder Freisprechung, besonders abgestimmt und entschieden werden ... weil sonst die Rechtskraft dieser Gründe nicht von dem Collegium in seiner Mehrheit entschieden sein würde »)<sup>44</sup>. Von Savigny releva ainsi la tension inhérente à l'obligation de motivation, du fait qu'à l'occasion d'un vote sur les motifs, le résultat est obtenu à partir des étapes successives de la motivation, prises séparément et adoptées à la majorité, alors qu'à l'occasion d'un vote sur le résultat final les motifs du jugement doivent être recherchés à partir de tous les motifs exprimés par les membres individuels du collège, de telle manière à ce qu'elles s'inscrivent dans le résultat obtenu, avec le risque que chacun de ces motifs puisse être désapprouvé par une majorité (« aus allen, von den einzelnen Mitgliedern vorgebrachten Gründen so ausgesucht werden [müssen], wie sie zu dem gezogenen Resultat passen, auf die Gefahr hin, dass jeder dieser Gründe für sich von der Mehrheit missbilligt werden möchte »)<sup>45</sup>. En ce qui concerne les motifs subjectifs, von Savigny estimait que l'on pouvait procéder différemment : il n'avait pas d'objection contre la même procédure – c.à.d. des votes individuels et distincts sur chaque motif – à l'égard de ces motifs subjectifs.

Vingt ans plus tard, la controverse fut ravivée à l'occasion de la parution d'une nouvelle monographie consacrée à la question, le livre de Zache *Über die Beschlussfassung in Versammlung und Collegien, insbesondere über die Abstimmung in Richtercollegien* (« Du processus décisionnel dans une assemblée ou dans les collèges, en particulier sur le vote dans les collèges judiciaires »)<sup>46</sup>. Zache, conseiller à la cour d'appel, avait également publié un manuel destiné aux praticiens, dans lequel il avait aussi traité des questions de vote<sup>47</sup>. Il se prononça résolument contre le vote sur les motifs et ses arguments firent l'objet d'un débat sur le fond<sup>48</sup>. L. von Bar engagea une critique de la thèse défendue par Zache<sup>49</sup>. Von Bar avait lui-même déjà traité de la question dans son ouvrage, paru vers la même époque, *Recht und Beweis im Civilprocesse* (« Le droit et la preuve dans le procès civil »)<sup>50</sup>. Il y rejetait le vote ne portant que sur les motifs, tel qu'il était préconisé dans plusieurs projets de droit procédural :

Chaque motif individuel peut être scindé en plusieurs motifs et le résultat du vote en sera progressivement altéré, dans la mesure où la scission des faits distincts aura été poursuivie. (« Jeder einzelne Grund lässt sich wieder in mehrere Gründe auflösen und das Resultat der Abstimmung wird fortwährend alteriert werden, je nach dem Maaße, mit welchem die Auflösung der einzelnen Thatsachen vorgenommen wird »).

De plus, un vote portant uniquement sur les motifs peut forcer le collège à parvenir à un jugement dont le résultat constituerait précisément la solution allant à l'opposé de ce que tous les membres du collège souhaitaient. Le vote portant uniquement sur le résultat final doit cependant tout autant être rejeté : « Un collège qui ne parvient pas à s'entendre sur les motifs

---

<sup>44</sup> Von Savigny distinguait entre motifs objectifs, éléments de fait au sens propre portant sur les rapports juridiques, et motifs subjectifs, « wodurch der Richter persönlich bewogen wird, eine bestimmte Überzeugung von jenen Elementen zu fassen, sie zu bejahen oder zu verneinen » (« par lesquels le juge est mené à adopter une conviction spécifique sur ces éléments, soit en les affirmant, soit en les déniait »; (n. 43), p. 361.

<sup>45</sup> Savigny (n. 43), p. 408.

<sup>46</sup> Leipzig, 1867.

<sup>47</sup> Zache, A., *Fragestellung und Wahrsprüche in den preußischen Schwurgerichten*, Leipzig, 1867.

<sup>48</sup> Compte-rendu dans: *Der Gerichtssaal*, 1867, pp. 307–315 (anonyme); je n'ai pas pu consulter: Silberschlag, „Über die s. g. Abstimmung nach Gründen“, *Preußische Anwaltszeitung*, 1865, Nr. 12; v. Groß, *Allg. deutsche Strafrechtszeitung*, 1867, pp. 211 ss.

<sup>49</sup> Sur la doctrine du vote dans le collège judiciaire: *KritVJSchr* 10 (1868), pp. 467–508.

<sup>50</sup> Leipzig, 1867, pp. 179 ss.

de sa décision, jette par là un doute sur le bien-fondé même de cette décision » (« Ein Collegium, welches über die Gründe seiner Entscheidung sich nicht einigen kann, spricht damit einen Zweifel an der Richtigkeit der letzteren selbst aus »)<sup>51</sup>.

Von Bar formula sur ce une proposition originale. En un premier temps, on procéderait provisoirement à un vote portant sur le résultat pour les éléments distincts de la décision. Ensuite, on procéderait à un vote sur les différents motifs permettant de justifier ce résultat. Si à ce stade, le collègue ne parvenait pas à une majorité, il fallait renverser le résultat obtenu au vote initial. Dans sa réplique aux arguments de Zacke<sup>52</sup>, von Bar reprit et développa cette proposition. Dans la seconde édition de son livre sur le vote dans les collèges judiciaires<sup>53</sup>, de Fontenay engagea également le débat avec la thèse de Zacke<sup>54</sup>. Nous verrons que cette controverse fut tellement vive qu'elle a finalement empêché l'introduction du vote sur les motifs dans la loi sur l'organisation judiciaire (GVG).

## 6. La détermination de la décision par la majorité des juges selon le droit commun de la procédure

Le droit commun de la procédure a suivi une toute autre approche de la question. Le *ius commune* se laissait difficilement joindre au débat du fait que les textes de droit romain que l'on pouvait invoquer ne s'inscrivaient pas dans la logique d'un processus décisionnel d'un collège en tant que « personne morale ». Cela ressort clairement du fragment D. 4,8,27,3 Ulpian 13 ad ed :<sup>55</sup>

SI PLURES ARBITRI FUERINT ET DIVERSAS SENTENTIAS DIXERINT, LICEBIT SENTENTIA EORUM NON STARI : SED SI MAIOR PARS CONSENTIAT, EA STABITUR, [...]. INDE QUAERITUR APUD IULIANUM, SI EX TRIBUS ARBITRIS UNUS QUINDECIM, ALIUS DECEM, TERTIUS QUINQUE CONDEMNENT, QUA SENTENTIA STETUR : ET IULIANUS SCRIBIT QUINQUE DEBERE PRAESTARI, QUIA IN HANC SUMMAM OMNES CONSENSERUNT.

Si plusieurs étaient arbitres et qu'ils ont prononcé des sentences différentes, il sera permis, à leur sentence, de ne pas s'y tenir, mais, si la majorité y consent, à celle-ci [...]

De là, il est demandé chez Julianus, si l'un de trois arbitres condamne à quinze, l'autre à dix, et le troisième à cinq, à quelle sentence l'on s'en tiendra ; et Julianus écrit que cinq doivent être payés, parce que, sur ce montant, tous ont consenti (*Gaurier, trad.*)

Selon ce texte, lorsqu'une décision doit être prise par trois arbitres, qui se prononcent séparément en faveur d'une condamnation à, respectivement, cinq, dix et quinze, le montant de l'obligation déterminé dans le jugement devrait s'élever à cinq, « *quia in hanc summam omnes consenserunt* ». En revanche, dans toute procédure habituellement en vigueur de nos jours, selon laquelle les trois juges déterminent un montant susceptible de faire l'objet d'une décision commune et « collégiale », le montant déterminé s'élèverait à dix<sup>56</sup>. En droit romain, la majorité des juges ou arbitres ne constituait toutefois pas un collège ou « personne morale » à laquelle on aurait pu attribuer un jugement unitaire. La conception était plutôt que chaque juge décidait sur le litige, sa décision en droit ne contribuant à déterminer l'issue du procès

<sup>51</sup> von Bar (n. 50), p. 180.

<sup>52</sup> von Bar (n. 49).

<sup>53</sup> Voir ci-dessus, n. 42.

<sup>54</sup> *Über die Abstimmung in Richtercollegien*, 2<sup>ème</sup> éd., Kiel, 1868.

<sup>55</sup> Voir également en ce sens pour la majorité de juges : D. 42,1,38,1 Paul 17 ad ed.

<sup>56</sup> Calcul de la moyenne ou méthode dite de combinaison.

qu'en concurrence avec les décisions des autres juges. Dans cette mesure, il convenait de déterminer à partir des décisions individuelles et indépendantes l'une de l'autre « le plus petit dénominateur commun ».

À partir de cette prémisse, on était confronté non seulement à la possibilité déjà évoquée d'une majorité tout au plus relative dans le cas où les votes se partageaient en plus de deux résultats, mais aussi au cas où l'on parvenait à une égalité de voix pour deux résultats différents (*vota paria*). L'hypothèse d'une parité de voix pouvait se produire du fait que ce ne fut qu'au cours du dix-neuvième siècle (précisément à partir de l'interaction ayant mené à l'exigence d'une majorité absolue) que l'on a commencé à veiller dans l'organisation judiciaire à constituer des collèges avec un nombre impair de membres. Dans la tradition du *ius commune*<sup>57</sup>, on s'est efforcé d'appliquer certaines règles visant à sortir de l'impasse de la parité de voix : pour certains types spécifiques de litiges, l'une des opinions devait matériellement être préférée. Ainsi, par exemple, en cas de partage des voix à égalité, il fallait trancher en faveur, plutôt que contre la réclamation de la *dos* ; ou encore, en faveur, plutôt que contre la validité d'un testament. En droit canonique, en cas de *vota paria*, la décision était censée aller en faveur de l'existence du mariage, et non à l'encontre. La « règle de secours » générale consista à privilégier, en cas de parité des votes, une décision qui serait le plus en faveur du défendeur.

En ce qui concerne le problème des disparités d'opinions portant uniquement sur la motivation, la tradition du *ius commune* recherche également une solution correspondant au principe selon lequel la portée globale du jugement devait être inférée à partir de la juxtaposition des opinions individuellement proférées et de celles déterminées *ipso iure*. Considérons à cet effet en premier lieu l'argumentation de Heffter<sup>58</sup>. Pour cet auteur, la prémisse était qu'il fallait de préférence trancher en faveur du défendeur (sous réserve d'autres priorités établies par des lois spéciales pour certains litiges). Ce principe était censé être appliqué « lorsque deux juges exerçant la même juridiction ordinaire ou propre ont des opinions divergentes ». Dans ce cas, le cas devait être décidé sur base de la motivation la plus favorable au défendeur. Le texte ne nous dit pas comment envisager la transposition de cette règle. Sans doute peut-on imaginer des cas où il est possible de parvenir à un résultat univoque. Ainsi, on peut affirmer que lorsqu'une demande est rejetée parce que l'existence du droit invoqué par le demandeur est réfutée, cette solution est plus favorable pour le défendeur qu'un rejet de la demande fondé sur une prescription. Il est toutefois invraisemblable que toutes les divergences d'opinions qui peuvent s'exprimer dans le cadre de la motivation d'un jugement auraient pu être vidées sur base de cette règle.

Un autre auteur, von Bayer, s'est également étendu sur la question<sup>59</sup>. Bayer entendait appliquer une même méthode consistant à appliquer des règles de préférences applicables *ipso iure* à l'égard d'opinions divergentes exprimées par les juges, mais sous réserve d'une

---

<sup>57</sup> La question était considérée comme relevant du droit particulier : Renaud, A., *Lehrbuch des Gemeinen deutschen Civilprocessrechts – Der ordentliche Process*, Leipzig et Heidelberg, 1867, p. 46 n. 5 (avec des références complémentaires) – D'autres solutions consistaient à renforcer le collège d'un juge supplémentaire, à recourir à l'envoi du dossier (à une instance universitaire), ou à reconnaître au président un vote décisif. Sur le droit hanovrien: Bülow, F. von, et Hagemann, Th., „Über die, bei den Berathschlagungen des K.O.A.-Gerichts in Rechtssachen vorkommende Stimmgleichheit“, *Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, T. 2, Hanovre, 1799, pp. 189 – 197.

<sup>58</sup> Heffter, A.W., *System des römischen und deutschen Civil-Processrechts*, 2<sup>ème</sup> éd., Bonn, 1843, n. 203.

<sup>59</sup> Bayer, H.J.P. von, *Vorträge über den gemeinen ordentlichen Civilprocess*, § 86 : nous avons consulté la 8<sup>ème</sup> éd., Munich, 1858, pp. 265 ff.; dans un sens analogue : Justin T. B. v. Linde, *Lehrbuch des deutschen gemeinen Civilprocesses*, § 179, édition consultée : 6<sup>ème</sup> éd., Munich, 1843, pp. 240 ss.

règlementation reprise dans l'organisation judiciaire. On retrouve un point de départ structurellement analogue chez Bolgiano<sup>60</sup>, pour lequel l'idée de base était également que les différents motifs susceptibles de justifier le même dispositif pouvaient être classés selon qu'ils étaient favorables ou défavorables à l'égard du défendeur. Dans le cas où il y avait plus de deux motivations, Bolgiano entendait appliquer la méthode des combinaisons, c.à.d. que les votes pour l'opinion la moins favorable au défendeur devaient être ajoutés à ceux qui étaient un cran moins défavorables, et ainsi de suite, jusqu'à ce que l'on atteigne une majorité. Cette manière de procéder revenait à privilégier une opinion intermédiaire (au lieu de l'opinion la plus favorable au défendeur, comme dans le système de Heffter). Cette opinion « médiane » est alors – en pratique automatiquement – transposable en un jugement du collège. Les prémisses des systèmes de Heffter et de Bolgiano se différencient par la teneur de la règle en vertu de laquelle une motivation uniforme doit être inférée *ipso iure* à partir de la diversité des motifs exprimés. Cependant, le principe de base était le même chez les deux auteurs, du fait qu'il n'y a pas, dans l'un et l'autre cas, un processus visant à exprimer une véritable motivation collégiale : la motivation commune résulte davantage d'une « opération de comput » à partir des motifs individuels. Cette conception ne correspondait plus à l'organisation des collèges judiciaires, auxquels revenait depuis longtemps la délibération sur les litiges. Au cours de l'histoire ultérieure de la législation (dont il ne sera pas question ici), la notion de règles substantielles de préférence, qui ne permettait pas de régler de manière satisfaisante la question dans le cadre d'une véritable juridiction collégiale, n'a plus joué un rôle de quelque importance.

Wetzell adopta une autre thèse, tout en méconnaissant lui aussi dans une certaine mesure la détermination de la décision comme une action véritablement collégiale. Pourtant, il convient de lui reconnaître le mérite d'avoir au moins permis aux juristes « de parvenir à des résultats concordants. Même les tentatives les plus poussées visant à parvenir à tout le moins à des résultats n'auraient pu éviter le risque ... de bâtir sur des conditions préalables intenable »<sup>61</sup>. Les règles de majorité en droit romain, qui s'attachaient avant tout aux curies municipales, étaient selon lui inapplicables, seuls les usages et législations en vigueur dans chaque juridiction particulière devaient être observés.

Le lecteur qui s'intéresse au thème « Le droit en tant que science » pourra également prendre en compte une étude monographique de Heffter dans laquelle il traite de l'« intelligence juridique »<sup>62</sup>. Il y est question du lien entre l'administration de la justice par les juridictions étatiques et la science juridique, qui dépendrait de la première pour sa propre légitimation. Dans ce contexte, Heffter aborda également le système judiciaire collégial. En raison de réserves de principe à l'égard du processus décisionnel au sein d'un collège, il insista à présent strictement (à l'encontre du *ius commune*) sur la condition d'une majorité absolue et de n'accepter en cas de divergences d'opinions que la condamnation la plus légère. Heffter offre aussi une analyse critique de la voix décisive du président dans le cas d'une égalité de votes. Il est révélateur que Heffter reconnaisse dans le vote global (qui a sa préférence)<sup>63</sup> une similitude avec le processus d'un jugement *seriatim*. Il estimait en effet que la garantie accrue d'une bonne justice que l'on attend d'une décision collégiale suppose que l'on laisse à chaque

<sup>60</sup> Bolgiano, C., „Prozessrechtliche Erörterungen“, *Zeitschrift für deutschen Zivilprozess* 12 (1888), pp. 441–469, pp. 468 ss.

<sup>61</sup> « ... den Rechtsgelehrten gelungen, übereinstimmende Resultate zu erzielen »; les tentative antérieures « ... um überhaupt Resultate zu gewinnen, [n'auraient pu éviter] der Gefahr [...], auf unhaltbaren Voraussetzungen zu bauen », cf. Wetzell, G.W., *System des ordentlichen Civilprocesses*, 2<sup>ème</sup> éd., Leipzig, 1861, § 36, p. 275, n. 5; sur cet auteur et son oeuvre : Haferkamp (n. 9), pp. 301 ff.

<sup>62</sup> AcP 13 (1830), pp. 48–95.

<sup>63</sup> Heffter (n. 62), pp. 92 ss.

membre la pleine faculté de juger selon ses convictions. Il faut ensuite « prendre en considération le résultat final de chacun, comme s'il s'agissait d'autant de jugements de juges individuels, sans s'arrêter face à la diversité des motifs individuels, où il est si difficile, comme dans tout art, de parvenir à un consensus » (« [Man] nehme dann das gemeinschaftliche Endresultat von jedem, als wären es so viele Urtheile einzelner Richter, man stoße sich nicht an der Verschiedenheit in einzelnen Motiven, worüber Einverständnis bei jeder Kunst so schwer sei »). En développant cette thèse, Heffter renvoyait la conception d'un collège résolument vers celle des jugements parallèles de juges procédant indépendamment l'un de l'autre à une décision.

## 7. Le code de procédure civile du royaume d'Hanovre (1850)

Il ne peut être question de passer en revue toutes les législations particulières en matière de procédure qui ont vu le jour en Allemagne au dix-neuvième siècle. Nous nous en tenons au code de procédure civile du royaume d'Hanovre, promulgué en 1850 (BPO)<sup>64</sup>. Cette codification était l'œuvre de Gerhard Adolf Leonhardt (1815-1880)<sup>65</sup>, qui plus tard, en tant que ministre prussien de la justice, influença fortement l'élaboration des lois sur la justice dans l'Empire allemand. Le § 350 du code imposait aux juridictions le vote sur les motifs. Leonhardt se référait à une réglementation genevoise, qu'il avait étudiée à Genève même<sup>66</sup>. Dans son exposé des motifs, il s'expliquait ainsi :<sup>67</sup>

Tout comme ce principe [du vote portant sur des éléments distincts du litige], indépendamment de sa justification rationnelle, s'impose quasiment en vertu d'une nécessité logique par l'obligation d'une motivation des jugements s'exprimant à travers les raisons de la décision, il assure également le grand avantage pratique qu'il écarte presque entièrement les difficultés qu'entraîne la rencontre de plus de deux opinions différentes. Le projet se rallie avec d'autant moins de réserves au principe ainsi conçu, et exprimé la première fois avec précision dans la loi genevoise sur la procédure, que ce même principe a été adopté dans tous les travaux législatifs récents qui nous sont connus et qui traitent du problème en question.

---

<sup>64</sup> Sur cette législation, voir Dahlmans, G., dans *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte* (H. Coing, dir.), T. III/2, Munich, 1982, pp. 2622 ss., ainsi que de plus amples références bibliographiques pp. 2624 ss.; *idem*, „Allgemeine Bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 4.12.1847 – Bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 8.11.1850“, *Neudrucke ziv.-proz. Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jhdts.*, T. 1, Aalen, 1971, pp. 5 ss.; Koch, E., „Code de procédure civile und deutsche Prozessrechtsreform“, *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (R. Schulze, dir.), Berlin, 1994, pp. 157–176, pp. 171 ss.

<sup>65</sup> Sur Leonhardt, voir Schubert, W., „Der Ausbau der Rechtseinheit unter dem Norddeutschen Bund“, *Festschrift Gmür* (A. Buschmann & alii, dir.), Bielefeld, 1983, pp. 149 ss.; *idem*, *Protokolle der Commission zur Bera-thung einer allgemeinen Civilprozeßordnung für die deutschen Bundesstaaten*, Francfort sur le Main, 1985, T. 1, pp. XII ff. (avec de nombreux renvois bibliographiques), p. XXV.

<sup>66</sup> Sur le séjour de Leonhardt à Genève, voir Dahlmans, G., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen, 1971, p. 37, n. 130.

<sup>67</sup> « Wie dieser Grundsatz [der Abstimmung über die einzelnen Elemente des Rechtsstreits], von seiner rationellen Begründung ganz abgesehen, durch das Gebot der Motivierung der Urtheile durch Entscheidungsgründe fast mit logischer Nothwendigkeit gefordert wird, so gewährt derselbe den großen practischen Vortheil, dass er die Schwierigkeiten, welche das Zusammentreffen von mehr als zwei verschiedenen Meinungen herbeiführt, fast ganz entfernt. Der Entwurf stimmt aber dem gedachten, zuerst in dem Genfer Processgesetze mit Bestimmtheit ausgesprochenen Grundsatz umso unbedenklicher bei, als derselbe in sämmtliche bekannte Gesetzgebungsarbeiten der neueren Zeit, welche den fraglichen «Punct berühren, aufgenommen worden ist ». Cf. Dahlmans, *Allgemeine Bürgerliche Prozessordnung*, (n. 64), p. 564; le même passage chez Oppermann, H.A., *Allgemeine bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover*, Hanovre, 1852, p. 158.



Leonhardt avait aussi envisagé le problème qui se poserait si les votes des juges se scinderaient en plus de trois solutions différentes au même niveau. Dans ce cas, il s'en tenait à l'article 117 (en combinaison avec l'art. 467) du Code français de procédure civile (1806) :

S'il se forme plus de deux opinions, les juges plus faibles en nombre seront tenus de se réunir à l'une des deux opinions qui auront été émises par le plus grand nombre ; [...] toutefois ils ne seront tenus de s'y réunir qu'après que les voix auront été recueillies une seconde fois.

En outre, il était prévu que dans le cas d'un vote résultant en une parité de voix pour des opinions différentes, le collège de la juridiction serait complété par un (ou plusieurs) juge(s) supplémentaire(s)<sup>68</sup> Cette solution suivait également le modèle français<sup>69</sup>.

## 8. Conclusion

Le débat sur un vote portant sur les motifs ou sur le résultat final du jugement a suivi et reflète la transition du système de jugements parallèles d'une majorité de juges (un « banc » de juges) vers l'exercice d'une juridiction véritablement collégiale. Rétrospectivement, il ne paraît guère douteux qu'une véritable juridiction collégiale, dont les jugements doivent représenter une instance judiciaire conçue comme une entité propre, doit parvenir à ses décisions par la voie d'une délibération commune, dont l'acte final s'exprime par un vote. Si ces jugements – comme il est à présent d'usage – doivent être motivés, cette motivation doit également être prise en compte dans la procédure des délibérations et des votes. Lorsqu'on s'est opposé au vote portant sur le résultat final, il s'agissait en fait d'une tentative de poursuivre l'ancien système des déterminations et votes indépendants, adaptés en un premier temps afin de parvenir à une détermination du résultat, malgré la nouvelle conception du collège en tant que juridiction unitaire.

Néanmoins, le vote sur le résultat final n'aurait pu compter sur des partisans aussi déterminés s'il n'y avait eu de solides arguments sur le fond en faveur du système permettant à chacun des juges de s'exprimer individuellement et sous leur seule responsabilité sur la manière dont le cas devait être jugé. La question : « décision collégiale uniforme ou opinions parallèles de juges s'exprimant indépendamment » n'est pas inconnue dans le monde anglo-américain<sup>70</sup>. Là, les solutions opposées s'expriment en termes de « *composite judgement* » uniforme (« *caucusing opinion* »), ou de pluralité de « *seriatim opinions* », les « opinions » éventuellement divergentes y étant toutefois – à l'encontre de la pratique à la Chambre impériale de justice – toutes rendues publiques. Dans le cas de la cour suprême américaine, il a toutefois été débattu au dix-neuvième siècle si l'on maintiendrait le système traditionnel de la pluralité d'opinions (*seriatim opinions*) ou si l'on suivrait la réforme (éphémère) expérimentée par Lord Mansfield en Angleterre au siècle précédent et passer au système de jugements uniques obtenus par voie de délibération<sup>71</sup>. Nous ne nous attarderons pas à ce

<sup>68</sup> § 351 Abs. 2 u. Abs. 3 du code général de procédure civile pour le royaume d'Hanovre (*Allgemeine bürgerliche Processordnung für das Königreich Hannover*) 1850.

<sup>69</sup> Art. 118, 468 Code de procédure civile (français) de 1806.

<sup>70</sup> Voir Ernst, W., „Abstimmen über Rechtserkenntnis – Betrachtungen zur Rechtsfindung in Richterkollegien“, *JZ* 2012, pp. 637–648, comprenant des références bibliographiques supplémentaires.

<sup>71</sup> Au dix-huitième siècle, Lord Mansfield (en tant que *Lord Chief Justice*) avait introduit un système de jugements uniques délibérés préalablement, qui fut abandonné par ses successeurs. Sur Lord Mansfield, voir Heward, E., *Lord Mansfield: A Biography of William Murray 1st Earl of Mansfield 1705–1793 – Lord Chief Justice for 32 years*, Chichester, 1979; Lerch, K., s.v. „Murray, Sir William, Lord Mansfield, (1705-1793)“, *Juristen – Ein biographisches Lexikon, Von der Antike bis zum 20. Jahrhundert* (M. Stolleis, dir.), Munich, 1995, pp. 448 ss. (avec un complément bibliographique).

développement, mais nous nous bornons à citer sans commentaire l'opinion de Thomas Jefferson, qui en 1822, à un âge avancé, défendit vigoureusement le système des *seriatim opinions*<sup>72</sup>. Les arguments essentiels de Jefferson exprimés dans ce passage auraient tout aussi bien pu être adoptés par les opposants au vote portant sur le résultat final<sup>73</sup> :

Vous savez que depuis les plus anciens temps du droit anglais, à partir, au moins, des *year-books*, jusqu'à la fin du règne de Georges II, les juges anglais, hormis dans les cas tout à fait évidents, rendaient leurs opinions *seriatim*, avec les motifs et renvois aux autorités qui gouvernaient leurs décisions. Si parfois, ils se consultaient et rendaient une décision générale, c'était une occurrence tellement rare qu'elle ne provoquait aucune émotion ni même n'attirait l'attention. Les arguments distincts éclairaient chacun à sa façon la matière, et les modes de raisonnement distincts tels qu'ils étaient exprimés comportaient un élément instructif, mais surtout, cette pratique révélait si les juges étaient unanimes ou au contraire divisés, ce qui donnait plus ou moins de poids à leur jugement en tant que précédent. Parfois, il arrivait aussi que lorsqu'il y avait trois opinions contre une seule, le raisonnement de cette une opinion s'imposait à tel point qu'elle devint par la suite le droit du pays. Quand Lord Mansfield accéda à la magistrature, il introduisit la pratique des *caucusing opinions*. Les juges se réunissaient dans leurs chambres, ou ailleurs, à l'abri du public et rédigeaient ce qui serait rendu comme le jugement de la cour. [...] Ici, dans notre grand et bon pays, M. Pendleton [...] a introduit dans la cour qu'il préside la pratique de Lord Mansfield consistant à rédiger les jugements en secret et de les rendre publics en une seule masse, comme des oracles de la cour. Le juge Roane, lorsqu'il devint juge dans cette même juridiction, se distança de cette pratique et refusa de rendre ses jugements en conclave, ou de permettre à d'autres de rendre des jugements à sa place. [...] Certains de ces jugements [à propos desquels j'observe qu'ils étaient préparés de manière uniforme en privé] [...] ont été d'une telle importance, présentaient de telles difficultés, et les décisions étaient à tel point irritante à l'égard d'une partie de la population qu'ils ont nécessité une explication détaillée de chacun des juges *seriatim* quant aux raisons qui avait produit une telle conviction à son esprit. Pour la population, il était intéressant de savoir si ces décisions avaient réellement été unanimes, ou n'avaient peut-être été obtenues qu'à une majorité de quatre contre trois, partant du fait qu'une seule voix avait prévalu. Les juges qui occupent leur fonction à vie l'exercent sous la double réserve de (1) leur destitution, et (2) leur réputation individuelle. Mais une telle pratique les soustrait à ce double contrôle, car nul ne sait quel jugement un membre a rendu dans une affaire, ni même si celui qui rend le jugement avait lui-même soutenu la décision. Ainsi, aussi répréhensible que le jugement puisse être, il aura été décidé dans l'obscurité et ne peut être prouvé à l'égard de personne. Quant à la seconde garantie, la réputation personnelle, elle se trouve complètement écartée. La pratique convient certainement aux fainéants, aux médiocres et aux incompetents. Elle leur épargne l'effort de devoir développer leurs jugements méthodiquement ou même de concevoir un jugement. Par contre, la pratique des arguments exprimés *seriatim* fait apparaître si chaque juge a fait l'effort de comprendre l'affaire, de l'examiner minutieusement, et de se faire une opinion pour soi-même, au lieu de l'épingler sur la manche d'un autre. [...] <sup>74</sup>.

<sup>72</sup> Lettre au juge William Johnson, du 27 octobre 1822, dans *Jefferson – Writings, Autobiography, Notes on the State of Virginia &c.*, (M.D. Peterson, dir.), New York, 1984, pp. 1461 ss.; sur le récipiendaire, voir vanBurkleo, S. F., s.v. „Johnson, William”, *The Oxford Companion to the Supreme Court of the United States*, (K.L. Hall, dir.), 2<sup>ème</sup> éd., Oxford 2005, p. 519 ss.

<sup>73</sup> Voir déjà chez Heffter, n. 62.

<sup>74</sup> « You know that from the earliest ages of the English law, from the date of the year-books, at least, to the end of the IId George, the judges of England, in all but self-evident cases, delivered their opinions *seriatim*, with the reasons and authorities which governed their decisions. If they sometimes consulted together, and gave a general opinion, it was so rarely as not to excite either alarm or notice. Besides the light which their separate arguments threw on the subject, and the instruction communicated by their several modes of reasoning, it shewed whether the judges were unanimous or divided, and gave accordingly more or less weight to the judgment as a precedent. It sometimes happened too that when there were three opinions against one, the reasoning of the one was so much the most cogent as to become afterwards the law of the land. When Ld. Mansfield came to the bench he introduced the habit of *caucusing opinions*. The judges met at their chambers, or elsewhere, secluded from the presence of the public, and made up what was to be delivered as the opinion of the court. [...] [I]n this our great and good [state] Mr. Pendleton [...] introduced into the court over which he

Au cours de la Révolution française, les modalités du vote dans les collèges judiciaires avaient déjà fait l'objet de discussions à l'avant-plan des débats parlementaires<sup>75</sup>. De même, l'insistance de Jefferson lorsqu'il plaida pour la pluralité des opinions judiciaires en un même jugement fait clairement apparaître que parmi les nombreux détails du droit de l'organisation judiciaire, la réglementation des modalités du processus décisionnel dans les collèges de juges est une question dont la solution – dans un sens ou dans l'autre – marque en profondeur le pouvoir judiciaire, du moins lorsqu'il est exercé collégalement.

### Références bibliographiques

- Busch, S., *Die Entstehung der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793/95*, Berlin, Bern et al., 1999.
- Dahlmanns, G., *Allgemeine Bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 4.12.1847 – Bürgerliche Prozessordnung für das Königreich Hannover vom 8.11.1850* (Neudrucke ziv.-proz. Kodifikationen und Entwürfe des 19. Jhdts., Bd. 1), Aalen, 1971, pp. 5 ss.
- Ernst, W., *Rechtserkenntnis durch Richtermehrheiten – « Group choice » in Europäischen Justiztraditionen*, Tübingen, 2016.
- Koch, E., „Code de procédure civile und deutsche Prozessrechtsreform“, *Französisches Zivilrecht in Europa während des 19. Jahrhunderts* (R. Schulze, Hrsg.), Berlin, 1994, pp. 157–176.
- Martucci, R., „La robe en question – Adrien Duport et le jury criminel (29–30 mars 1790)“, *Tocqueville review – La Revue Tocqueville* 18 (1997), pp. 25–47.
- Nörr, K.W., *Romanisch-Kanonisches Prozessrecht: Erkenntnisverfahren Erster Instanz in civilibus*, Heidelberg, Dordrecht, London, New York, 2012.
- Poncela, P., „Adrien Duport, fondateur du droit pénal moderne“, *Droits. Revue française de théorie juridique* 17 (1993), pp. 139–147.

---

presided, Mansfield's practice of making up opinions in secret & delivering them as the Oracles of the court, in mass. Judge Roane, when he came to that bench, broke up the practice, refused to hatch judgments, in Conclave, or to let others deliver opinions for him. [...] Some of these cases [wherein I observe that the opinions were uniformly prepared in private] [...] have been of such importance, of such difficulty, and the decisions so grating to a portion of the public as to have merited the fullest explanation from every judge seriatim, of the reasons which had produced such convictions on his mind. It was interesting to the public to know whether these decisions were really unanimous, or might not perhaps be of 4 against 3 and consequently prevailing by the preponderance of one voice only. The Judges holding their offices for life are under two responsibilities only, (1) Impeachment, (2) Individual reputation. But this practice compleatly withdraws them from both. For nobody knows what opinion any individual member gave in any case, nor even that he who delivers the opinion, concurred in it himself. Be the opinion therefore ever so impeachable, having been done in the dark it can be proved on no one. As to the 2d guarantee, personal reputation, it is shielded compleatly. The practice is certainly convenient for the lazy, the modest & the incompetent. It saves them the trouble of developing their opinion methodically and even of making up an opinion at all. That of seriatim argument shews whether every judge has taken the trouble of understanding the case, of investigating it minutely, and of forming an opinion for himself, instead of pinning it on another's sleeve. [...] ».

<sup>75</sup> Ci-dessus, 2.