

Céline Roynier

## Du pouvoir de dire le droit au droit de dire le pouvoir :

### La structuration d'un « pouvoir » des juges dans l'Angleterre prémoderne

La question d'un « pouvoir juridictionnel » ou d'un « pouvoir judiciaire » a connu un regain d'intérêt, comme on le sait, au Royaume-Uni avec le *Constitutional Reform Act* de 2005. Cette loi très importante, est en effet celle qui a créé l'actuelle Cour Suprême du Royaume-Uni (en fonction depuis 2009), qui a modifié la procédure de nomination des juges en ne la faisant plus entièrement dépendre du Lord Chancellor – lui aussi profondément réformé – et en la rendant plus transparente<sup>1</sup>. Comme cela a été maintes fois dit, l'idée de cette loi était notamment de clarifier les rapports entre le Parlement et le « pouvoir juridictionnel » et de mettre en œuvre une certaine idée de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance des juges, une conception disons plus rationnelle – mais surtout, peut-être, plus continentale<sup>2</sup>.

Cela étant dit, il n'a pas fallu attendre cette loi de 2005 pour que le corps des juges, leur pouvoir et/ou leur rapport au pouvoir fasse l'objet d'un débat outre-manche. À la fin des années 1970, J. G. A. Griffith expliquait dans son ouvrage *The Politics of The Judiciary*, « classique immédiat » selon le *Guardian* et qui fut une véritable onde de choc à l'égard des juges<sup>3</sup>, que la société au Royaume-Uni était de plus en plus autoritaire et que les juges – au contraire de la presse, des fonctionnaires, des hommes politiques, de la police etc. – n'étaient pas un moyen de protection des libertés. Griffith explique en effet que les juges sont bien vertueux (incorruptibles et indépendants) mais qu'ils ne sont très certainement pas

---

<sup>1</sup> A. GILLEPSIE, *The English Legal System*, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 215 et s. : La loi de 2005, qui fonde les nominations de juges sur la loi, a créé le *Judicial Appointments Commission* (réformé par la loi de 2013). Cette commission intervient dans la nomination des juges de la Supreme Court et les autres nominations. La loi de 2005 a retiré tous les membres à temps plein du judiciaire de la législature : ils ne sont plus membres de la Chambre des Lords (Master of the rolls, Law Lords, Lord Chief Justice). Avant 2005, le Lord Chancellor, membre de l'exécutif et membre du Parlement (comme tous les membres de l'exécutif) avait une fonction très importante parce qu'il présidait les délibérations de la Chambre des Lords, il pouvait siéger avec les Law Lords et était la tête du *Judiciary*. Avec la loi de 2005, le Lord Chancellor n'est plus un juge (c'est le secrétaire d'État à la justice), il n'a plus besoin d'être un Lord, il est garant de l'indépendance du judiciaire ; et il n'est plus, du moins en apparence, sous le contrôle de l'exécutif.

<sup>2</sup> V. W. BAGEHOT, *The English Constitution*, Londres, Chapman & Hall, 1867 : selon W. Bagehot, la constitution britannique ne met pas en œuvre la séparation des pouvoirs mais plutôt une « fusion des pouvoirs ». V. également N. W. BARBER, « Prelude to the Separation of Powers », *The Cambridge Law Journal*, 2001, n°1, p. 59-88, p. 59-60.

<sup>3</sup> Compte rendu par A. TUNC, *Revue internationale de droit comparé*, 1982, 34-4, p. 1303-1304. [En ligne : [https://www.persee.fr/doc/ridc\\_0035-3337\\_1982\\_num\\_34\\_4\\_3999](https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_1982_num_34_4_3999)]

« politiquement neutres » tant ils sont prédéterminés à protéger le pouvoir, à être « à côté » du gouvernement en place et à être conservateurs<sup>4</sup>. Cette assertion est bien évidemment politiquement très marquée : il s'agit ici en partie de dénoncer le conservatisme de la constitution britannique et de ses acteurs. Mais, l'importance de ce marqueur politique doit être relativisée car cette idée avait déjà été affirmée par Dicey dans son *Law and Public Opinion in England*, lorsqu'il écrivait que « le *judge made law* (ou la *judicial legislation*) représente parfois l'opinion d'avant-hier<sup>5</sup> ». Bien évidemment, Dicey, lui, ne condamne pas cet état de fait puisqu'il explique que « les opinions ne sont pas nécessairement fausses parce qu'elles sont anciennes<sup>6</sup> ». Pour le juriste victorien, ce décalage des juges est même un gage de neutralité puisque, selon lui, « la législation judiciaire, même ordinaire, est logique. La meilleure législation judiciaire est scientifique<sup>7</sup>. » Il n'en demeure pas moins que sur le fond, Dicey fait bien le même constat que J. A. G. Griffith. En réalité, cette idée selon laquelle les juges, qui ne peuvent pas être neutres, ont pour fonction de conserver un ordre établi, peut se rattacher à la question plus générale du rapport des juges à l'autorité (le passé, le droit naturel, le « consensus européen », les valeurs etc.)<sup>8</sup>. La question du « pouvoir juridictionnel » implique donc notamment de s'interroger sur les rapports que les juges, de manière générale, peuvent avoir avec l'autorité ou « les autorités ». Selon nous, si nous rêvons régulièrement de juges « politiquement neutres », c'est parce, que dans l'histoire conceptuelle occidentale des juges, s'est produit un télescopage ou une superposition des différentes figures que le juge a pu prendre, ces changements ayant été produits par des modifications successives de leur rapport à l'autorité ou plutôt par un *déplacement de l'autorité*. La neutralité, en effet, est incarnée par le « tiers impartial » qui, en philosophie politique classique, n'est autre que le Souverain hobbesien ou le Représentant (l'État). La figure des juges « ordinaires » – soumis eux aussi à une injonction d'impartialité – et celle du tiers impartial souverain se sont superposées. Nous attribuons alors la qualité de « neutralité » aux juges parce que nous superposons, en raison du regard rétrospectif qui est nécessairement le nôtre, cette figure du tiers impartial à celle du juge « ordinaire ».

Il nous semble que cette idée est démontrée de manière claire par l'exemple anglais (précisons que nous n'avons absolument pas l'ambition de traiter de l'Écosse ou de l'Irlande du Nord, qui ont un système juridique différent de celui de l'Angleterre et du Pays de Galles) dans la période qui débute à la toute fin du Moyen

<sup>4</sup> J. G. A. GRIFFITH, *The Politics of the Judiciary*, Glasgow, Fontana Press, 3<sup>e</sup> ed., 1985, p. 181-235.

<sup>5</sup> A. V. DICEY, *Leçon sur les rapports entre droit et opinion publique en Angleterre au cours du XIX<sup>e</sup> siècle*, trad. Alb. Et Gaston Jèze, Giard et Brière, 1906, p. 348.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 350 : « Le parlement est guidé non par des considérations de logique, mais par la pression que des corps puissants peuvent exercer sur son action. Ainsi la législation parlementaire ordinaire, en mettant les choses au mieux, peut être appelée simplement une législation d'essai. »

<sup>8</sup> I. BOUCOBZA, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, 2012/4, n°153, p. 73-87, §32-33 : « La production juridictionnelle des normes est unanimement admise en doctrine, en même temps qu'elle est minorée. Il ne s'agirait pas de création mais d'application ou de découverte, de principes implicites, de droit naturel, ou encore de pondération entre des valeurs, dont la possible connaissance permettrait de maintenir le juge dans une fonction, sinon rationnelle, du moins raisonnée et susceptible de contrôle, notamment par les savants. Cette minimisation du pouvoir créateur assure la compatibilité du pouvoir du juge avec les idéologies de l'État de droit et de la démocratie. » [En ligne : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2012-4-page-73.htm?contenu=article>]

Âge (c'est-à-dire à la fin du XV<sup>e</sup> siècle) et qui se termine avec les *Commentaries* de Blackstone publiés entre 1765 et 1769. Cette longue période 1500-1760 nous paraît en effet correspondre à une époque où à peu près toutes les questions constitutionnelles ont pu se poser concernant le « pouvoir judiciaire » en Angleterre. Et au fur et à mesure que les questions se sont posées, les réponses se sont sédimentées pour produire et faire se télescoper plusieurs « figures », plusieurs « versions » du juge ou du « pouvoir judiciaire ». Il ressort de l'étude de la théorie politique et juridique et de l'histoire constitutionnelle anglaise que quatre temps principaux engageant quatre problèmes différents relatifs au pouvoir des juges peuvent être identifiés dans ce passage du Moyen Âge à la modernité constitutionnelle ou, du moins, à ses prémisses.

Le premier temps est celui de l'apparition d'un « pouvoir judiciaire » au sens moderne du terme à la fin du XV<sup>e</sup> siècle (I). Le second temps est celui de l'autonomie du droit (*common law*), autonomie qui procède en quelque sorte de l'« absorption » des sources médiévales d'autorité. C'est l'époque de la figure du juge autonome (II). Ces deux moments correspondent à une époque d'affirmation du pouvoir judiciaire comme pouvoir d'interprétation du droit.

Le troisième temps est celui de la suprématie du « pouvoir judiciaire », du pouvoir du dernier mot que certains juristes refusent de reconnaître aux Lords face aux tenants des premières formulations de la séparation des pouvoirs (III). Le quatrième temps identifié est celui qui correspond à la consécration par la loi de l'indépendance et de l'inamovibilité des juges (IV). Ces deux moments-ci renvoient à l'idée que le pouvoir judiciaire n'existe qu'à la condition « d'être coupé » tant de la *common law* que de la prérogative royale – entendue ici comme expression privilégiée de la volonté arbitraire du roi et symbole de l'État continental<sup>9</sup>.

## I. LA FONCTION DES JUGES : DIRE LE DROIT NOUVEAU

À la différence des juges aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles en France qui ont précisément bâti leur idéologie politique sur l'idée qu'ils étaient les voies par lesquelles le jugement de Dieu était rendu et qu'à ce titre le roi ne devait pas interférer<sup>10</sup>, les juges en Angleterre ne pouvaient pas se présenter comme des « prêtres », du moins pas de la religion chrétienne (mais de la *common law*, peut-être). Quoiqu'il en soit, à la fin du XV<sup>e</sup> siècle, l'Angleterre est l'un des rares systèmes juridiques où il existe un ou des lieu(x) (à défaut d'une institution) où le droit est en grande partie le produit d'une volonté humaine (à entendre au sens large) dans la mesure où il existe du « statute law » qui est le fruit du consentement supposé des trois *estates* (Lords temporels, Lords spirituels et Communes). Cela signifie qu'assez tôt a été

<sup>9</sup> Sur ce point de l'assimilation de l'État, de l'absolutisme du pouvoir arbitraire, nous nous permettons de renvoyer à notre ouvrage *Le problème de la liberté dans le constitutionnalisme britannique*, Classiques Garnier, 2019.

<sup>10</sup> M.-F. RENOUX-ZAGAMÉ, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris, PUF, 2003, p. 148-211. Il a été démontré, dans les différentes études consacrées à l'histoire des juges ou de la justice en France aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, que le « pouvoir de juger » entretient un lien particulier avec Dieu et que la justice « est la vraie puissance ordonnée de Dieu » et que c'est par le biais d'une souveraineté indivisible que les juges mettent en œuvre « le jugement de Dieu » (RZ, p. 173). Selon M.-F. Renoux-Zagamé en effet : « La justice est ainsi "liée à la puissance", au vrai elle ne fait qu'un avec elle. Cette indivisibilité est essentielle car [...] c'est elle qui fait que les juges sont à la fois souverains et dépendants. Ils sont dépendants dans le lien qui les constitue juges du Roi, mais, parce que l'acte de juger est mise en œuvre d'une souveraineté en soi indivisible, ils sont nécessairement indépendants, c'est-à-dire souverain dans l'exercice de leur fonction. »

admise l'idée que le droit n'était pas uniquement le fruit d'une volonté divine, mais qu'il pouvait aussi être le résultat, du moins dans une certaine mesure, de la volonté humaine<sup>11</sup>. Dès lors, quelle peut être la position du juge dans ce contexte ? Ou quelle peut être la fonction d'un « pouvoir juridictionnel » ? S. B. Chrimes a montré dans son ouvrage sur les idées constitutionnelles anglaises au XV<sup>e</sup> siècle<sup>12</sup> que la grande question des XIV<sup>e</sup> et XV<sup>e</sup> siècles était celle du droit « nouveau » : car c'est une chose de considérer que le droit pouvait être l'expression d'une volonté humaine, c'en est encore une autre d'identifier du droit « nouveau ». Et c'est là, à notre sens, que l'histoire du juge moderne prend son ancrage. La mission du juge dans ce contexte prémoderne renvoie précisément à sa capacité de faire le départ entre le droit préexistant et le droit nouveau, le droit nouveau se trouvant nécessairement dans le *statute law*, en dépit du fait que tous les *acts* ne créaient pas du droit nouveau<sup>13</sup> : certains étaient *declaratory*, alors que d'autres étaient effectivement créateurs de droit.

Ainsi, la « fonction » d'origine des juges n'est pas tant de créer du droit ou de « produire des normes » que de *reconnaître* le droit nouveau, ce qui n'est pas la même opération. Il s'agit toutefois d'un véritable pouvoir, car il est le seul à avoir les connaissances requises et le savoir-faire pour identifier ce droit nouveau<sup>14</sup>. Il n'en demeure pas moins que, conformément à la tradition médiévale, la condition d'existence de ce droit nouveau, comme de tout droit en général, est sa conformité avec un certain nombre d'autorités « fondamentales ». Cette conformité est notamment assurée par l'*inconvenience* et la *mischief*.

Si on veut, avec N. Doe<sup>15</sup>, définir très rapidement ces deux vecteurs d'autorité, il est possible de dire que ces deux termes renvoient à ce qu'il est possible d'appeler des « standards » ou encore « des principes d'interprétation » qui étaient mis en œuvre par le juge et qui permettent de faire le lien, ou encore de rattacher une interprétation, disons juridictionnelle, à une source d'autorité « fondamentale ». La « *mischief* » assurait tant pour l'interprétation des lois du Parlement (*statutory interpretation*) que pour celle de la *common law* en général, que le droit serve le bien commun et ait pour objectif de permettre aux sujets d'avoir un remède contre tel ou tel tort. Ce que permettait de prévenir la « *mischief* » était essentiellement le déni de justice pour un individu ou la *procedural vexation*. De manière plus générale, selon N. Doe, le standard du *mischief* entretient un lien avec la morale<sup>16</sup>. Il en va différemment du principe d'*inconvenience* qui, quant à lui, correspond à un principe de non-contradiction et d'exclusion des incohérences du corps des règles du droit (cohérences entre les différentes solutions juridictionnelles successives dans des affaires analogues, cohérence des solutions au sein d'une même affaire). Pour N. Doe, le principe du *mischief* vient au soutien d'une conception moraliste

---

<sup>11</sup> N. DOE, *Fundamental Authority in Late Medieval English Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 1990, p. 4-6.

<sup>12</sup> S. B. CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the fifteenth century*, Cambridge, Cambridge University Press, 1936, p. 251.

<sup>13</sup> Voir plus généralement, *ibid.*, p. 192-299.

<sup>14</sup> Les juges sont même les seuls à pouvoir identifier du « *statute law* » avec le concours du conseil privé. *Ibid.*, p. 228-229 : « This instructive text strongly points to the council as the body responsible for selecting the acts that were to be statutes, and clearly shows that the judges were consulted on the drafting of them. The council, in this sense, made statutes, while the justices edited them ».

<sup>15</sup> N. DOE, *Fundamental authority in late Medieval Law*, *op. cit.*, p. 155-174.

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 155.

du droit alors que l'*inconvenience* doit être rangée du côté de la thèse volontariste positiviste. Lorsque ces deux principes étaient en jeu, la règle très connue qui s'appliquait était que *a mischief will be suffered sonner than an inconvenience* parce que le bien commun, inséparable de la cohérence générale du droit, devait primer le tort individuel, corrigé quant à lui par le principe du *mischief*. C'est donc la thèse « positiviste » qui l'emportait : cette victoire nous met dès lors sur la route de l'autonomie du droit. Ces deux principes d'interprétation impliquent que le droit est « mondanisé », c'est-à-dire qu'il apparaît comme étant clairement le fruit, d'une manière ou d'une autre, d'une volonté humaine et non plus divine. En outre, une autre dimension de cette mondansisation est que l'*inconvenience* et la *mischief rule* assurent un lien avec le vocabulaire commun, car ce sont deux termes qui ne sont pas spécifiquement juridiques et qui appartiennent au langage commun. Ils sont l'expression de deux principes structurants pour tout droit jurisprudentiel : d'une part, un lien, malgré tout, avec une légitimité matérielle morale et d'autre part, un principe de cohérence, d'ordonnement et donc de rationalité interne (légitimité formelle) du droit. Ces deux « principes » constituent les deux supports qui ont permis aux juges, dans un second temps, d'affirmer leur autonomie, précisément parce qu'ils sont des limites internes à l'interprétation du droit par le juge<sup>17</sup>.

## II. AUTONOMIE DE LA COMMON LAW, AUTONOMIE DU JUGE

Le juriste qui a affirmé de la manière la plus radicale l'autonomie de la *common law* et, par conséquent celle du juge, par rapport à la prérogative royale en Angleterre est bien évidemment le juriste Edward Coke (1552-1634). Toutefois, ce n'est pas tant ici pour sa radicalité qu'il nous intéresse que pour le fait que ses écrits soient extrêmement représentatifs de la transition de la philosophie du droit médiévale à la philosophie « moderne » du droit. En effet, Coke est avant tout un juriste élisabéthain et les idées charriées par ses *Reports* et par ses *Institutes* sont en réalité les idées des juristes du XVI<sup>e</sup> siècle. Deux idées développées par cet auteur feront ici l'objet d'un approfondissement. La première est en quelque sorte l'absorption des principes du *mischief* et de l'*inconvenience* par la *common law* dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle (A). La seconde est l'apparition, dans les écrits de Coke, d'un *judicial power* qui demeure malgré tout celui du roi (B).

### A. L'absorption de *mischief* et *inconvenience* par la *common law*

Coke a bâti une véritable philosophie du juge<sup>18</sup> : il ne s'agit pas ici de l'explicitement dans son intégralité. Il est simplement possible à travers quelques exemples de montrer que Coke a donné les moyens à la *common law* de s'autonomiser, principalement de la volonté royale (voire de celle du *statute law*) en lui permettant,

<sup>17</sup> Ce n'est qu'à partir de cette configuration médiévale qu'il est possible, selon nous, de tenter de cerner quelques éléments historiques pour une histoire de la structuration d'un « pouvoir juridictionnel » en Angleterre. Notons d'emblée que cette histoire n'est absolument pas linéaire, elle ne suit pas la trajectoire d'un progrès : les juges au XIV<sup>e</sup> siècle avaient bien plus de pouvoir qu'au XV<sup>e</sup> siècle, précisément parce que ces derniers étaient contraints, par exemple, par la règle selon laquelle il fallait rechercher l'intention du Parlement pour interpréter un *statute*. Cela est confirmé par J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 207 : « Legislative drafting was now carried out with such skill by Crown lawyers [...], that the judges were manifestly being discouraged from the creative exegesis they had bestowed on medieval statute ».

<sup>18</sup> Voir par exemple G. POSTEMA, « Philosophy of the common law » in J. COLEMAN et al. (dir.), *The Oxford Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 435.

notamment, d'absorber les deux principes d'interprétation mentionnés plus haut. Avec Coke, les juges ne doivent pas mettre en œuvre des principes d'interprétation préexistants : *ils maîtrisent* la définition de ces principes. Selon lui, le droit ne doit pas être conforme à des autorités qui lui seraient extérieures : *il est ces autorités*. Les juges sont donc autonomes *parce que la common law est autonome*.

S'agissant du principe du *mischief*, c'est en effet dans le *Heydon's case* de 1584 dont la retranscription a été faite par Coke que les juges donnent la définition de la règle<sup>19</sup> où l'on voit très bien à quel point la question de l'articulation de la *common law* et du *statute law* recoupe la question du droit préexistant et du droit nouveau mentionnée plus haut. Le juge définit ici son propre office de manière performative. Les juges décidèrent :

[...] que pour l'interprétation sûre et vraie de tous les *statutes* en général (qu'ils soient criminels ou relatifs à un fief) qui restreignent ou étendent la *Common Law*, quatre choses doivent être déterminées et envisagées :

1. Quelle était la *Common Law* avant la loi.
2. Quel était le mal et le défaut pour lequel la *common law* ne fournissait pas de remède.
3. Quel remède le Parlement a-t-il choisi pour soigner ce trouble de la communauté politique.
4. La vraie raison et le vrai remède ; dès lors l'office de tous les juges est toujours d'interpréter de manière à faire disparaître le mal et à faire progresser le remède et de faire disparaître les tromperies et les causes du mal qui bénéficie à l'intérêt privé et d'ajouter de la force et de la vie au remède conformément à la vraie intention des auteurs de la loi de faire prospérer le bien public<sup>20</sup>.

S'agissant de l'*inconvenience*, elle est mentionnée par Coke dans certaines des affaires dont il fait la retranscription (parfois très personnelle), mais le juriste privilégie la raison sur l'*inconvenience* étant entendu que les deux concepts sont très proches<sup>21</sup>. De manière plus générale, le droit et la raison, la *common law* (ou

---

<sup>19</sup> 3 Co. Rep. 7. (1584) *Easter Term, 26 Elizabeth I In the Court of Exchequer*. Il s'agissait, dans cette affaire, d'interpréter un *statute* venant supprimer l'existence d'établissement religieux. Or, l'établissement ici en question avait donné à bail pour 80 ans une parcelle de son terrain à Heydon. Les juges devaient donc préciser les effets du *statute law* en question sur les situations juridiques en cours.

<sup>20</sup> *Heydon's case* : « And it was resolved by them, that for the sure and true interpretation of all statutes in general (be they penal or beneficial) restrictive or enlarging of the Common Law, four things are to be discerned and considered.

1. What was the Common Law before the the Act.
2. What was the mischief and defect for which the Common Law did not provide.
3. What remedy the Parliament hath resolved and appointed to cure the disease of the commonwealth.

And 4. The true reason and remedy; and then the office of all the Judges is always to make such construction as shall suppress the mischief, and advance the remedy, and to suppress subtle inventions and evasions for continuance of the mischief, and pro privato commodo, and to add force and life to the cure and remedy, according to the true intent of the makers of the Act, pro bono publico. »

<sup>21</sup> N. DOE, *Fundamental Authority in Late Medieval Law*, *op. cit.*, p. 163 : « In short, inconvenience concerns inconsistency between cases as well as discordant results in one case. Being concerned with consistency, there is a point of contact with the practitioners' reason and its requirement that like be treated alike. »

*common right*) et la raison forment un couple fonctionnant ensemble. Hobbes ira jusqu'à faire dire au juriste, dans le Dialogue des *Common Laws*, « Reason is common law<sup>22</sup> ». La raison peut d'ailleurs renvoyer tant au droit « positif » (*statutes de due process* par exemple) qu'au droit naturel (puisque S. B. Chrimes a montré que le droit de nature pour les juristes anglais était assimilé au droit de la raison<sup>23</sup>). La *common law* devient ainsi très largement sa propre référence, sa propre autorité. Pour illustrer cette autonomie, voire les virtualités de sa suprématie, l'affaire la plus marquante est sans doute celle du *Dr Bonham's case* (1610). Il est possible de citer une tentative de traduction de son célèbre *dictum*<sup>24</sup> :

[...] La *Common Law* a l'autorité sur les lois du Parlement, et elle se doit parfois de les considérer comme ineffectives (*void*): car quand une loi du Parlement est contraire au juste Commun et à la raison commune, ou absurde ou impossible à appliquer, la *Common Law* la maîtrisera, et la considérera comme dénuée de tout effet.

S. B. Chrimes explique toutefois que, pour le XV<sup>e</sup> siècle, la « nullification » d'un *statute* pour contrariété à la raison ne nécessitait pas d'être prononcée par un juge<sup>25</sup>.

## B. L'apparition d'un *judicial power* : le « roi juge par ses juges »

Coke ne se contente pas d'affirmer la suprématie de la *common law*, il affirme également, dans la quatrième partie de ses *Institutes*, et plus précisément dans le chapitre consacré à la cour du King's Bench<sup>26</sup> (chapitre 7), l'existence d'un « *judicial power* » :

Le roi a délégué tout son pouvoir judiciaire, tantôt à une cour, tantôt à d'autres de sorte que si quelqu'un se soumettait au jugement du roi dans un cas où il a confié tout son pouvoir à d'autres, une telle soumission serait sans effet. Selon 8 H. 6, le roi juge par ses juges (le roi ayant distribué son pouvoir judiciaire à plusieurs cours) et le roi a entièrement laissé les affaires juridictionnelles dans le respect de ses lois à ses juges<sup>27</sup>.

Coke poursuit en insistant également sur l'« autorité suprême » (*so supream is the jurisdiction of this court*) de ces juges et sur le fait qu'ils n'ont pas besoin de

<sup>22</sup> T. HOBBS, *Dialogue des Common laws d'Angleterre*, Paris, Vrin, 1990, p. 28 : « [...] rien n'est loi qui est contre la raison, et que la raison est la vie de la loi, ou que la Common Law elle-même n'est rien d'autre que la raison. »

<sup>23</sup> S. B. CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the fifteenth century*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>24</sup> (1610) Hilary Term, 7 James I ; Co. Rep.8 [118 a] : « And it appeareth in our Books, that in many Cases, the Common Law doth controll Acts of Parliament, and somtimes shall adjudge them to be void: for when an Act of Parliament is against Common right and reason, or repugnant, or impossible to be performed, the Common Law will controll it, and adjudge such Act to be void; »

<sup>25</sup> S. B. CHRIMES, *English Constitutional Ideas in the fifteenth century*, *op. cit.*, p. 289-299.

<sup>26</sup> Le *King's Bench* est l'une des trois cours centrales royales qui jugeaient en *common law*, les deux autres étant les *Common Pleas* et la *Court of Exchequer*.

<sup>27</sup> E. COKE, *The Fourth Part of the Institutes of the Laws of England, concerning the jurisdiction of courts*, Buffalo, New York, William S. Hein Company, 1986, p. 70 : « 8 H. 4. the king hath committed all his power judiciall, fome in one court, and fome in another, fo as if any would render him selfe to the judgement of the king in such cafe where the king hath committed all his power judiciall to others, fuch a render fhould be to no effect. And 8 H. 6. the king doth judge by his judges (the king having diftributed his power judiciall to feveral courts) and the king hath wholly left matters of judicature according to his lawes to his judges. »

commission ou de « lettre patente » pour lancer des poursuites<sup>28</sup>, ils ont de ce point de vue un pouvoir « originaire ».

En outre, il est possible de compléter ces quelques exemples par une affaire bien connue dans laquelle le pouvoir du roi de rendre la justice et d'en être au fondement est très clairement limité. C'est le cas dans le très célèbre *case Prohibitions del Roy* dans lequel il est affirmé que le roi ne peut pas rendre la justice personnellement mais seulement à travers ses juges<sup>29</sup>. Si le roi ne peut pas rendre la justice personnellement, c'est parce qu'il est « déjà » un représentant de l'État. Noel Cox, spécialiste de la prérogative, confirme d'ailleurs cette interprétation : « Coke a remanié le roi en représentant juridique de l'État. C'est Coke qui le premier a attribué la personnalité juridique à la Couronne<sup>30</sup>. »

La logique de la philosophie du juge de Coke est la suivante : si le pouvoir judiciaire, au sens de celui de rendre la justice, appartenait au Roi mais a été entièrement délégué à ses juges, alors ce droit (la *common law*) doit être autonome. La volonté royale ne peut pas être à l'origine du droit et ne peut pas être source de droit : le roi n'en a ni l'expérience ni le savoir-faire. Il est comme neutralisé. Il ne peut plus agir : il est l'État-représentant. Conceptuellement, l'idéologie classique de la *common law* repose sur un découplage de la prérogative et de la *common law*, ce qui a pour conséquence de faire sortir le pouvoir juridictionnel du champ de la prérogative royale. Dans la lutte pour la suprématie constitutionnelle qui eut cours au XVII<sup>e</sup> siècle, il s'agissait dès lors de savoir qui avait le dernier mot en matière de justice.

### III. AVOIR LE DERNIER MOT : UNE MARQUE DE LA SOUVERAINETÉ

La question qui se pose relativement au pouvoir juridictionnel à partir de la fin des années 1630 est légèrement différente. Les conflits, en effet, se multiplient entre Jacques I<sup>er</sup> (1603-1625), puis Charles I<sup>er</sup> (1625-1649) et les Communes. Dans ce contexte de crise puis de guerre civile, où la compétence juridictionnelle du Parlement et plus précisément celle des Lords, est, s'agissant de certaines procédures, ressuscitée, le pouvoir « judiciaire » ne renvoie plus aux cours de *common law* ou au roi mais à la Chambre des Lords. C'est l'idée véhiculée par les premières formulations de la séparation des pouvoirs qui tentent en réalité de saisir un déplacement de l'autorité (A). Un juriste comme M. Hale refuse toutefois aux Lords le « pouvoir judiciaire suprême » et relocalise cette autorité suprême au sein du Parlement (B).

---

<sup>28</sup> E. COKE, *The Fourth Part of the Institutes*, *op. cit.*, p. 714 : « The justices of this court have no commiffion, letters patents or other means to hold pleas, & c. but their power is originall and ordinary. »

<sup>29</sup> *Prohibition del Roy*, Co. Rep. 12, [notes de Coke], 63, p. 479 : « Then the king said, that he thought that the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges: To which it was answered by me that true that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments in nature, but that his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerns the life, inheritance, goods or fortunes of his Subjects [...]. »

<sup>30</sup> N. COX, *The Royal prerogative and Constitutional Law. A search for the Quintessence of executive power*, Londres, Routledge, 2021, p. 48 : « Coke recast the king as the legal representative of the State. It was Coke who first attributed legal personality to the Crown. »



## A. Le pouvoir judiciaire dans les premières expressions de la séparation des pouvoirs

Selon J. H. Baker, les juges des cours supérieures ont été au plus bas de leur popularité autour des années 1638-1640 car ils ont très largement été un instrument « du règne » de la prérogative et notamment, selon l'historien, lorsqu'ils ont voté en faveur de l'imposition du *ship-money*<sup>31</sup> (1637)<sup>32</sup>. C'est à partir de ces années 1640 que le « pouvoir judiciaire » est clairement devenu un enjeu de la crise constitutionnelle anglaise qui déboucha en 1642 sur la guerre civile (1642-1651). M. J. C. Vile a montré, dans son célèbre ouvrage *Constitutionalism and the Separation of powers* (1967) que la théorie politique en Angleterre avait connu un double passage au XVII<sup>e</sup> siècle de la constitution mixte à la séparation des pouvoirs, puis de la séparation des pouvoirs à la théorie de la balance des pouvoirs<sup>33</sup>. Nous allons ici nous intéresser prioritairement à la formulation de la séparation des pouvoirs puisque c'est à travers elle qu'une théorisation d'un « pouvoir judiciaire » a été tentée. Ajoutons que le pouvoir « judiciaire » est celui des trois pouvoirs qui a le plus tardivement été ajouté aux deux autres (pouvoir exécutif, pouvoir législatif).

La première source qui est généralement citée comme point de départ de la transition entre la constitution mixte et la séparation des pouvoirs est la Réponse aux dix-neuf propositions de Charles I<sup>er</sup> (1642). Concernant le « pouvoir de juger », ces premières formulations partent de la fonction exécutive, qui est ensuite divisée entre la fonction de gouverner et de celle de juger à laquelle on ajoute la fonction du parlement de faire la loi (ou le droit)<sup>34</sup>. Pour la majeure partie de ces auteurs, le pouvoir judiciaire suprême appartient aux Lords. C'est le cas pour Ireton (1647) ou encore pour J. Sadler (1649), pour qui le pouvoir judiciaire (« *judicial* » *power*) appartient principalement aux Lords<sup>35</sup>. La chambre des Lords était notamment chargée des *proceedings in Error* (c'est-à-dire en gros une procédure d'appel) au moins depuis le XVI<sup>e</sup> siècle<sup>36</sup>.

Les conflits entre le roi et les Communes montrent alors l'importance de la figure du tiers impartial pour trancher ces conflits constitutionnels. Les Lords semblent constituer, à travers ce pouvoir judiciaire suprême, pendant un temps, cette figure du tiers impartial ou du moins d'arbitre dans les conflits constitutionnels.

<sup>31</sup> Le *ship-money* était une taxe prélevée, en temps de guerre, par prérogative et sans consentement du parlement, par le roi sur les communes et ports de la côte anglaise et qui servaient à entretenir les navires de la marine royale.

<sup>32</sup> J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 167.

<sup>33</sup> M. J. C. VILE, *Constitutionalism and the Separation of powers*, 2<sup>nd</sup> ed., Indianapolis, Libertyfund, 1998, p. 23-57, p. 58-82.

<sup>34</sup> *Ibid.*, p. 36.

<sup>35</sup> Charles I<sup>er</sup> cité par Vile p. 59 : « judicatoire power ». Lawso (1660) cité par Vile, p. 62 « the Judicial in the Lords » ; en 1743 pour Bolingbroke : « the supreme judicature resides in the Lords », cité par Vile, p. 80.

<sup>36</sup> J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 137. Pour les procédures dans lesquelles les Lords intervenaient au Moyen Âge et sous les Stuarts de la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, voir C. G. C. TITE, *Impeachment and Parliamentary Judicature in Early Stuart England*, Londres, Athlone Press, 1974.

## B. L'impossible suprématie juridictionnelle de la Chambre des Lords

En réponse à l'affirmation du pouvoir judiciaire suprême des Lords et au moment où la pratique institutionnelle est d'abord et avant tout absorbée par la question de l'indépendance des juges (via leur *tenure*) vis-à-vis de Charles II, il est intéressant de noter qu'un juriste comme Matthew Hale (1609-1676) semble quant à lui concentrer une partie de sa réflexion sur la question de ce que peut être la « fonction judiciaire » ou « contentieux<sup>37</sup> » dans son ouvrage *The Jurisdiction of the Lords House, or Parliament* (publié en 1796 mais écrit évidemment avant 1676). L'un des objectifs de cet ouvrage est de contester cette idée que les Lords pourraient constituer « un pouvoir judiciaire suprême » qu'il entend bien comme pouvoir indivisible d'avoir le dernier mot<sup>38</sup>. Cet ouvrage de Hale s'inscrit dans ce contexte de conflit entre le roi et les Communes qui se double d'un conflit entre les deux chambres elles-mêmes à propos de la compétence juridictionnelle des Lords en général (causes civiles, causes pénales, compétence originaire ou en appel). Ce dernier conflit se durcit à partir de 1669, date de l'affaire Thomas Skinner contre l'East India Company. Selon le préfacier de l'ouvrage de Hale, c'est dans ce contexte qu'il faut comprendre *The Jurisdiction of the House of Lords*<sup>39</sup>. Hale oppose alors la suprématie de l'organe du Parlement à la séparation des fonctions. Le juriste explique en effet que ce pouvoir suprême de juger ne peut pas appartenir aux Lords parce que ce pouvoir juridictionnel suprême est inséparable du pouvoir législatif. Ces deux pouvoirs forment une indivisibilité au sein de « la *high court of Parliament* qui est composée du roi et des deux chambres, et [qui] est la [...] seule cour suprême dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun appel<sup>40</sup> ». Il est intéressant de noter que l'ultime argument de Hale est qu'il faut corriger cette *inconvenience* : « Il serait remédié à toute cette incohérence, à ce mal (irrationalité, *inconvenience*) si [...] un certain nombre de lords choisi *avec des juges* avaient des commissions du roi pour examiner, entendre et déterminer les erreurs dans les jugements et les décrets<sup>41</sup> ». Selon Hale, les Lords ne peuvent donc pas avoir le pouvoir judiciaire en tant que pouvoir suprême de décision.

Précisons que c'est bien une question de suprématie indivisible et non de confusion entre le *parliamentary law making* et le *judicial law making* car Hale sait très bien faire la différence entre les deux, comme le montre son étude des « composantes » (*constituents*) de la *common law*. Ou, pour le dire plus directement, Hale sait très bien faire la différence entre le droit créé par le Parlement et le droit émanant des décisions de justice. Ce n'est pas, en effet, parce que le Parlement a

<sup>37</sup> Cité par J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, *op. cit.*, p. 208.

<sup>38</sup> M. HALE, *The jurisdiction of the House of Lords*, Londres, T. Cadell et J. et W. Davies, 1796, p. 205 : « They tell us, it is the supreme court ; a court from which no appeal lies ; that it hath a primitive inherent jurisdiction ; that is the place or jurisdiction unto which is the last appeal, the dernier resort ; [...] » ; p. 207 : « that the supreme decisive power or jurisdiction and the dernier resort must be where the legislative power is ». V. sur ce point de la définition de « jurisdiction » au XVII<sup>e</sup> siècle : C.H. McIlwain, *The High Court of Parliament and its supremacy*, Yale University Press, 1934, p. 169-173.

<sup>39</sup> F. HARGRAVE, préface de l'ouvrage de M. HALE, *The Jurisdiction of the House of Lords*, *op. cit.*, p. CXXIV.

<sup>40</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 208 : « And all this inconvenience would be remedied, if, [...] a certain number of the lords with the judges were commissioned by the king to examine hear and determine errors in judgements and decrees. For that would not engage the whole house; but they would be free to give their judgement upon appeals to the whole Parliament. »

une nature ambiguë – entre la cour et l’assemblée législative – que Hale confond l’activité de faire des lois et celle de rendre des jugements. C’est évident dans son ouvrage sur l’histoire de la *common law*<sup>42</sup> lorsqu’il explique que les trois composantes « formelles » de la *common law* sont les usages ou coutumes, les *Acts* du Parlement et les décisions des Cours de Justice « en accord les unes avec les autres formant des séquences dans la succession des périodes<sup>43</sup> ». Cela l’est encore plus lorsque l’auteur explique que, du point de vue substantiel (*matter*), les décisions de justice peuvent être de trois types : les décisions dans lesquelles les juges sont « la bouche du droit » (*the judge are the instrument to pronounce it*), le fondement étant uniquement la loi ou la coutume ; les décisions dans lesquelles le juge doit faire une déduction ou « illation » (une « induction »), et, troisième type de jugement, ceux dans lesquels le juge « n’a pour guide que la commune raison de la chose » et que dans cette activité les *common lawyers* sont meilleurs que les grammairiens ou les logiciens : ils excellent car ils connaissent le droit<sup>44</sup>. On retrouve l’idéologie de la *common law*.

En conséquence, selon Hale, le pouvoir judiciaire suprême ou « jurisdiction » appartient à la « Cour suprême » car c’est un pouvoir « souverain » indivisible : « Là où se trouve le dernier ressort, là doit nécessairement se trouver la souveraineté ; c’est pourquoi ce mot est constamment utilisé et joint à celui-ci » (*Wherever the dernier resort is, there must needs be the sovereignty ; and so this word is constantly used and joined with it*<sup>45</sup>). Coke a permis à la *common law* et au juge de se détacher de la prérogative royale ; Hale, qui conçoit la *jurisdiction* comme « un pouvoir suprême de décision » ou pouvoir du dernier mot, défait le couple de la *common law* et du pouvoir juridictionnel et replace ce dernier dans la sphère du souverain. L’essence de la juridiction est donc d’être souveraine : la figure du juge se confond alors avec celle du souverain. Le « pouvoir juridictionnel » est ainsi une marque de la souveraineté<sup>46</sup>.

#### IV. L’INDÉPENDANCE ORGANIQUE DES JUGES ET SES IMPLICATIONS

À partir de la Restauration (1660) et du règne de Charles I<sup>er</sup> s’ouvre une période historiquement complexe du point de vue des juges. En 1660 a tout de même lieu une sorte « d’épuration » des juges ayant été en faveur de l’exécution de Charles I<sup>er</sup> (1649). Un certain nombre de juges sont mis en accusation et condamnés.

<sup>42</sup> M. HALE, *History of the Common Law of England: Divided into Twelve Chapters Written by a Learned Hand*, J. Walthoe, Stafford, 1713.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 66 : Hale fait parfaitement la différence entre la portée normative d’une loi adoptée en Parlement et celle d’une décision des juges : « Tho’ By vertue of the Law of this Realm they do bind, as a Law between the Parties thereto, as to the particular Case in Queftion, till revers’d by Error or Attaint, yet they do not make a Law properly fo called, (for that only the King and Parliament can do); yet they have a great Weight and Authority in in Expounding, Declaring, and Publifhing what the Law of this Kindom is, especially when fuch Decifions hold a Contonancy and Congruity with Refblutions and Decifions of former Times; and tho’ fuch Decifions are less than a Law, yet they are a greater Evidence thereof, than the Opinion of any private Perfons, as fuch, whatfoever. »

<sup>44</sup> *Ibid.*, p. 69-70.

<sup>45</sup> *Ibid.*, p. 205.

<sup>46</sup> Au sens de D. Baranger dans son article « The apparition of sovereignty » in *Sovereignty in Fragments, The past, Present and Future of a Constested Concept*, in H. Kalmo and Q. Skinner (dir.), Cambridge University Press, 2010, p. 47-63.

Cela permet peu à peu, et surtout à partir de la fin des années 1670, à Charles II (1661-1685) de se soumettre les cours supérieures. Comme le souligne l'historien Havighurst<sup>47</sup>, cela ne signifie pas pour autant que tous les juges aient été des instruments au service du roi et, lorsqu'ils l'étaient, souligne l'historien, c'est plutôt parce qu'ils avaient « une conception assez étriquée du droit et [qu'ils étaient] mus par l'idée d'une adhésion politique et juridique stricte au régime des Stuarts ». Charles II devait en outre s'appuyer davantage sur les juges des Cours de *common law* puisque l'un des acquis de la Révolution et de la guerre civile sur lequel on ne revint pas fut l'abolition des cours de prérogative<sup>48</sup>. Le roi ne pouvait donc plus gouverner à travers elles. La variété de ces situations se traduit également par un caractère non systématique des désignations des juges : certains juges, à certains moments, étaient nommés *quamdiu bene se gesserint* et coexistaient avec des juges nommés « selon le bon plaisir du roi » (« *durante bene placito* »). Cette absence d'uniformité se poursuit d'ailleurs jusqu'à l'adoption de la loi de 1701, comme l'a montré D. Rubini<sup>49</sup>. Il n'en demeure pas moins que plusieurs tentatives pour faire adopter une loi tendant à imposer au roi de nommer des juges *quamdiu bene se gesserint* et non plus *durante bene placito* ont échoué entre 1674 et 1701<sup>50</sup>.

La question qui se posait alors était celle de savoir si les juges devaient continuer à être responsables devant le roi ou s'ils devaient l'être devant le Parlement. À partir du début du XVIII<sup>e</sup> siècle, et dans le sillage de la *Glorious Revolution* (1688-1689), l'act of Settlement de 1701 est adopté et entre autres dispositions figure celle-ci :

7. [...] Les commissions des juges sont valables aussi longtemps qu'ils se comportent bien, leurs salaires sont assurés et établis ; elles ne peuvent leur être retirées que sur adresse commune des deux chambres du parlement.

Il est commun de partir de l'idée que cette loi de 1701 est la première à reconnaître officiellement l'inamovibilité des juges puisqu'en vertu de cette loi, seules les deux chambres du Parlement pouvaient leur retirer leur commission – ce qui fera écrire à R. Acherley que les juges sont responsables devant les Chambres du Parlement<sup>51</sup>. C'est aussi cette loi de 1701 qui leur garantit leurs revenus<sup>52</sup>. Et il a

---

<sup>47</sup> Moins sous Charles II et sous les Stuarts de manière générale. J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, op. cit., p. 167 ; A. F. HAVIGHURST, « The Judiciary and Politics in the Reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, n° 66, 1950, p. 62-78, p. 229-252.

<sup>48</sup> C'est-à-dire des cours issues du conseil du roi directement fondées sur la prérogative royale de justice, comme la *Star Chamber* qui fut supprimée en 1641.

<sup>49</sup> D. A. RUBINI, « The precarious independence of the Judiciary. 1688-1701 », *LQR*, July 1967, vol. 83, Stevens & Sons, p. 343-345.

<sup>50</sup> *An exact Collection of Debates of the House of Commons held at Westminster Oct. 21 1680, Prorogued the Tenth, and Dissolved the 18<sup>th</sup> of January following*, London, 1689, p. 146-147 : Lors du débat du 13 novembre 1680 sur une résolution allant en ce sens, l'un des membres de la Chambre des Communes s'indigne : (FW) : « Sir, I think we are to come to the old times again, when the judges pretended they had a rule of Government as well as a Rule of law, and that they acted accordingly. If they did never read Magna Carta, I think that they are not fit to be judges; if they have read Magna Carta, and do thus so contrary, they deserve chatiment. » (p. 146).

<sup>51</sup> R. ACHERLEY, *The Britannic Constitution, Or the fundamental form of Government in Britain demonstrating the original contract between the King and the People according to the Primary Institutions thereof in this Nation, 1727*, écrit au soutien de l'accession au trône de William III et des  
Hannovre), p. 84-86. [En ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=CsQxAQAAMAAJ&pg=GBS.PA84&hl=fr>]

<sup>52</sup> *Act of Settlement* (12 & 13 Will. III c2 s3 7) (*Statutes at large*) : « 7. That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made *quamdiu se bene gesserint*, and their

fallu attendre une loi de 1760 pour que leur position ne prenne pas fin avec la « *demise of the Crown* », c'est-à-dire la mort du roi qui les avait nommés, et que la continuité de leur fonction, de leur office, (*life tenure*) soit assurée<sup>53</sup>.

Puisque ce lien entre le roi et le juge s'est en grande partie vidé de son contenu ; et dès lors que les juges ne sont plus comptables devant le roi parce que ce dernier ne doit pas être juge et partie (A), il faut reconstruire une légitimité, reconstruire un récit des origines du pouvoir juridictionnel (B).

### A. « Le roi lui-même ne peut pas être juge dans sa propre cause »

Dans les écrits théoriques de la première moitié du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'inamovibilité des juges et leur indépendance sont justifiées non plus par l'autonomie de la *common law* mais par le principe selon lequel le roi ne doit pas être juge dans sa propre cause. C'est l'apport des règnes des deux derniers Stuarts.

Du point de vue de la théorie politique et juridique, la question des juristes est désormais de savoir comment il est possible de justifier cette « coupure » du lien entre le roi et ses juges (ou le maintien d'une coquille vide). Il est sans doute fondamental, à ce stade, de revenir au *Second Traité du Gouvernement Civil* de J. Locke (publié en 1690). Ce qui nous intéresse ici n'est évidemment pas sa conception de la séparation des pouvoirs qui laisse de côté le pouvoir des juges (du moins dans la tripartition générale) mais plutôt sa critique de la monarchie absolue. Pour Locke, en effet, la monarchie absolue ne peut pas être considérée comme compatible avec la société civile, précisément parce qu'aucun juge ne peut y être impartial (c'est-à-dire point juge dans sa propre cause) :

En effet, ce prince absolu, que nous supposons, s'attribuant à lui seul, tant le pouvoir législatif, que le pouvoir exécutif, on ne saurait trouver parmi ceux sur qui il exerce son pouvoir, un Juge à qui l'on puisse appeler, comme à un homme qui soit capable de décider et de régler toute chose librement, sans prendre parti et avec autorité...<sup>54</sup>

Locke aide alors à comprendre l'importance de la loi de 1701 et de celle de l'indépendance des juges vis-à-vis du roi. Le roi ne doit plus exercer son pouvoir arbitraire de désignation des juges : il est considéré dans ce cas comme étant juge et partie parce qu'il exerce une autorité sur ceux qu'il nomme. Dans la théorie politique, c'est Roger Acherley dans son *Dialogue sur la constitution britannique* de 1727 qui transpose ces développements de Locke en expliquant effectivement que si le roi était juge, il serait juge et partie et cela aboutirait à l'exercice d'un pouvoir arbitraire qui engendrerait l'*inconvenience*, que les sujets seraient emprisonnés arbitrairement et n'auraient pas de remèdes contre cela ; de même, cela constituerait un mal (*mischief*) puisque le sujet n'aurait pas de recours pour

---

salaries ascertained and established; but upon the address of both houses of Parliament it may be lawful to remove them

6. That no person who has an office or place of profit under the King or receives a pension from the Crown, shall be capable of serving as a member of the House of Commons.

7. That after the said limitation shall take effect as aforesaid, judges commissions be made quamdiu se bene gesserint, and their salaries ascertained and established; but upon the address of both houses of Parliament it may be lawful to remove them. »

<sup>53</sup> J. H. BAKER, *An introduction to English Legal History*, op. cit., p. 168.

<sup>54</sup> J. LOCKE, *Second Traité du Gouvernement Civil*, Paris, Flammarion, (§90-91), p. 209, p. 237 (§125).

faire appel (et cela serait contraire au droit de dernier ressort de la Chambre des Lords)<sup>55</sup>.

Du côté des juristes, c'est Thomas Wood, dans le sillage des *Institutes* de Coke, qui, dans ses *Institutes* de 1720 (Book IV, chap. 1), reprend cette idée et les termes de Coke. Il explique en effet : « Une cour est le lieu où le pouvoir est administré judiciairement [...] La juridiction est le Droit par lequel ce pouvoir est administré<sup>56</sup> ».

« A judge is as person appointed by Publick Authority with Jurisdiction<sup>57</sup>. » Il conclut que le roi ne peut pas être juge dans sa propre cause<sup>58</sup>, cette dernière assertion constituant un ajout au texte de Coke.

Il est possible de retenir deux éléments intéressants dans cette citation. Premièrement, le pouvoir est conçu comme profondément unifié : le pouvoir « juridictionnel » n'est qu'une forme d'expression du pouvoir, ou une forme d'administration de ce pouvoir. Cette insistance sur la « juridiction » ainsi que sur l'unité qui lui est inhérente n'est pas sans rappeler la « juridiction » médiévale. Les médiévaux opposaient en effet le *gubernaculum* – là où le pouvoir du roi est sans limite – à la *jurisdiction* – là où le pouvoir du roi est limité par le droit. Deuxièmement, les juges ont l'autorité suprême. Ils la tirent bien évidemment du roi et jugent au nom du roi mais celui-ci est comme neutralisé, il ne peut en aucun cas juger. Que peut dès lors signifier l'ajout aux *Institutes* de Coke de cette dernière assertion selon laquelle le roi lui-même ne peut être juge dans sa propre cause ?

Cette formule, bien qu'ambivalente, traduit l'idée d'une extériorité de l'État et de la prérogative vis-à-vis du pouvoir juridictionnel. Plus exactement, *c'est parce qu'il participe de la souveraineté (au sein de l'organe souverain) que le roi ne peut, d'une part, n'être qu'impartial<sup>59</sup> et d'autre part, qu'il ne peut pas juger « personnellement »*. En outre, quelque chose est rompu du lien organique entre les juges et le roi et il revint à Blackstone de recoudre ce fil rompu de la constitution.

## B. Construire un récit des origines du pouvoir juridictionnel

Le pouvoir juridictionnel est coupé du pouvoir royal, son origine historique. Il convient donc de l'intégrer dans une nouvelle narration historique. Il est ainsi ancré dans la société et véhiculé en quelque sorte, dans la constitution, par la prérogative, qui apparaît alors comme la projection ou le spectre de l'autorité d'un roi médiéval qui n'est plus.

Dans le livre premier de ses *Commentaries*, Blackstone évoque l'existence d'un *judicial power* (ou « judiciary power ») – conformément à la traduction par

<sup>55</sup> R. ACHERLEY, *The Britannic Constitution*, *op. cit.*, p. 84-86. [En ligne : <https://play.google.com/books/reader?id=CsQxAQAAMAAJ&pg=GBS.PA84&hl=fr> ]

<sup>56</sup> T. WOOD, *Institute of the Laws of England; or, the Laws of England in Their Natural Order, according to the Common Use* (4), E. and R. Nutt, 1720, p. 447 : « A court (Curia, à Curâ) is a Place where power is judicially administered. Jurisdiction is the Right by which that Power is administered » (10 Rep. 74).

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 448.

<sup>58</sup> *Ibid.*, p. 464 : les juges sont également souverains dans le *oyer and terminer*. (« They [the Judges] have Supreme Authority; the King himself being supposed by the Law to sit there; through the king doth judge by his judges, who even in his Presence answer all the Motions. The King himself cannot judge in his own cause... »).

<sup>59</sup> V. également M. SHAPIRO, « Judicial Independence: The English Experience », *North Carolina Law Review*, vol. 55, 1977, p. 577-652.

Thomas Nugent de la « puissance de juger » (« power of judging ») de l'*Esprit des lois* de Montesquieu qui, comme le souligne D. Lieberman<sup>60</sup>, n'évoque en réalité jamais un tel « pouvoir judiciaire ». On cite souvent le passage dans lequel Blackstone reprend la séparation des pouvoirs – parce qu'il fonde l'idée, très importante pour les États-Unis d'Amérique, selon laquelle le « pouvoir judiciaire » peut être une « branche » séparée du gouvernement<sup>61</sup> – mais on cite rarement les passages qui précèdent et qui expliquent l'origine de ce pouvoir. Or, c'est précisément la question qui nous intéresse ici. Notons tout d'abord que Blackstone traite de la question du « judicial power » dans son chapitre sur la prérogative (« The king's prerogative », livre 1 : « les droits des personnes ») et qu'il inscrit cette question, selon ses termes mêmes dans « la vaste chaîne de la prérogative<sup>62</sup> » : « une autre capacité dans les affaires intérieures [...] dans laquelle il faut envisager le Roi est celle de fontaine de justice et de protecteur général de la paix du Royaume » (« another capacity[...] in which the King is considered in domestic affairs, is as the fountain of justice and general conservator of the peace of the Kingdom »). Mais Blackstone précise immédiatement que le roi n'est pas la fontaine de toute justice au sens où il en serait l'origine : il en serait plutôt le véhicule. Ensuite, l'auteur livre un récit des origines qui cherche à articuler droit naturel et *common law* classique. Pour résumer, le pouvoir originel de « *judicature* », « selon les principes fondamentaux de la société, se loge dans la société dans son ensemble » (« by the fundamental principles of society, is lodged in the society at large »). Mais comme il est impossible que tous les sujets dans leur capacité collective rendent la justice aux individus, il est établi que ce sont certains magistrats qui en sont chargés et en Angleterre, ce sont le roi et ses « substitutes ». Les juges tiennent leur autorité du roi. Mais de nos jours, nous dit Blackstone, « nos rois ont délégué l'ensemble de leur pouvoir judiciaire aux juges de leurs cours » (« our kings have delegated their whole judicial power to the judges of their several courts ») qui rendent la justice selon des lois qui ne peuvent être changées que par « act du parlement<sup>63</sup> » : voilà l'histoire du « pouvoir juridictionnel » (re)faite. Si le pouvoir juridictionnel et la prérogative royale sont réconciliés, c'est au prix d'une neutralisation voire d'une *fossilisation* de cette même prérogative.

Le pouvoir juridictionnel se situe ainsi à la croisée de deux discours : il est un pouvoir d'interprétation immense mais auto-discipliné (discours de la *common law*,

<sup>60</sup> D. LIEBERMAN, « The mixed constitution and the common law », *The Cambridge History of Eighteenth-Century Political Thought*, in M. GOLDIE, R. WOKLER (dir.), Cambridge, Cambridge University Press, p. 317-346, 334-335.

<sup>61</sup> W. BLACKSTONE, *The Commentaries on the Laws of England*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1765, p. 259. « In this distinct and separate existence of the judicial power, in a peculiar body of men, nominated indeed, but not removeable at pleasure, by the crown, consists one main preservative of the public liberty ; which cannot subsist long in any state, unless the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power » [En ligne : <https://archive.org/details/BlackstoneVolumeI/page/n273/mode/2up>]

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 259 : « the vast chain of prerogative ».

<sup>63</sup> *Ibid.*, p. 258 : « But at present, by the long and uniform usage of many ages, our kings have delegated their whole judicial power to the judges of their several courts; which are the grand depository of the fundamental laws of the kingdom, and have gained a known and fixed jurisdiction, regulated by certain and established rules which the crown itself cannot now alter but by act of parliament. ». Le roi, en particulier en matière pénale, est donc le délégataire du pouvoir « social » de rendre la justice, il le tient de ce public « invisible » mentionné par Blackstone et donc, aux yeux du droit, c'est contre lui que les infractions sont commises (ce qui n'est pas le cas pour les *impeachments* nous dit Blackstone).

premier discours) qui ne peut exister que s'il n'est pas dépendant de l'« État » conçu comme expression d'une volonté arbitraire (apports du discours de la séparation des pouvoirs, second discours). Le pouvoir d'interprétation est propre au juge « ordinaire », le pouvoir indépendant et impartial renvoie à celui d'un tiers arbitre ayant le dernier mot, c'est-à-dire à l'organe souverain. En outre, avec l'apparition du nouveau couple société-souverain venant se superposer à celui de la prérogative et de la *common law*, la *jurisdiction* en tant que pouvoir s'est doublée de l'idée qu'elle était aussi un « Droit » (*Right*). De pouvoir de dire le droit, le pouvoir juridictionnel est devenu le droit de dire le droit (et éventuellement de dire le pouvoir, pour les Lords). La *jurisdiction* se trouve donc à mi-chemin entre le pouvoir et le droit et à ce titre, elle a manifestement toujours un enjeu constitutionnel dans le contexte anglais parce que son histoire est profondément liée à celle de l'apparition de la constitution et de la question de la légitimité ainsi qu'à la dissolution de la vieille communauté politique qui fusionnait le roi et ses sujets. L'entrée en scène de la société se concrétise tant dans l'appel aux vecteurs d'autorités médiévaux (*inconvenience, mischief*) qui assurent un lien avec le « mondain » que dans l'ancrage à la société du pouvoir des juges décrit par Blackstone. Et c'est bien à cette conception de la *jurisdiction* qu'Edmund Burke est fidèle, cinquante ans après, quand il écrit que l'État doit essayer de faire en sorte que son pouvoir juridictionnel (*judicature*) soit quelque chose « d'extérieur » à lui-même<sup>64</sup>, l'État ne saturant pas tout l'espace politique outre-manche.

### Céline Roynier

Céline Roynier est professeur de droit public à CY Cergy Paris université (CPJP, EA 2530) et membre junior de l'Institut Universitaire de France.

---

<sup>64</sup> « Whatever is supreme in a state, ought to have, as much as possible, its judicial authority so constituted as not only not to depend upon it, but in some sort to balance it. It ought to give a security to its justice against its power. It ought to make its judicature, as it were, something exterior to the state » (E. BURKE, *Reflections on the Revolution in France*, Oxford, Oxford world's classics, 1790 p. 171. [En ligne : <https://socialsciences.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/burke/revfrance.pdf>]





#### COLOPHON

Ce numéro de *Jus Politicum* a été composé à l'aide de deux polices de caractères, Linux Libertine et Alegreya Sans. La première est développée par le « *Libertine Open Fonts Projekt* » sous la direction de Philipp H. Poll, sous licence à sources ouvertes GNU GPL (*GNU General Public License*). La seconde a été développée par Juan Pablo del Peral pour le compte de Huerta Tipográfica, et est disponible sous licence OFL (*SIL Open Font Licence*).

ISSN : 2105-0937 (*en ligne*)