



PhD-FDEF-2015-12

Faculté de Droit, d'Économie et de Finance

THÈSE

Soutenue le 08/09/2015 à Luxembourg

En vue de l'obtention du grade académique de

DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ DU LUXEMBOURG

EN DROIT

par

Clémence Janssen-Bennynck

née le 28 décembre 1984 à Dunkerque (France)

LES CONCEPTS D'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE. UNE ANALYSE HISTORIQUE ET COMPAREE (ANGLETERRE, ALLEMAGNE ET FRANCE)

Membres du jury:

Dr. John Allison, Senior Lecturer de droit public et d'histoire du droit à l'Université de Cambridge

Prof. Isabelle Boucobza, Professeur de droit public à l'Université de la Rochelle

Prof. Luc Heuschling, Professeur de droit public à l'Université du Luxembourg, directeur de thèse

Prof. Hélène Ruiz Fabri, Professeur de droit public et directrice de l'Institut Max Planck de droit procédural réglementaire, international et européen du Luxembourg

Prof. Michael Stolleis, Professeur émérite de droit public et d'histoire du droit à l'Université de Francfort et ancien directeur de l'Institut Max Planck d'histoire du droit européen de Francfort

REMERCIEMENTS

Mes remerciements vont, d'abord, à mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Luc Heuschling. Je tiens à lui exprimer ma profonde gratitude pour m'avoir encouragée, au cours de ce travail doctoral, à effectuer plusieurs séjours de recherche à l'étranger. Il a su ouvrir de nombreuses portes à mes recherches et m'a constamment tirée vers le haut. Ses conseils et ses critiques, ses relectures attentives, sa disponibilité ainsi que la confiance qu'il a su me témoigner ont été essentiels pour ma thèse.

Mes remerciements s'adressent également au Dr John Allison (*Centre for Public Law*, Université de Cambridge), aux Professeurs Armin von Bogdandy (*Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Heidelberg), Thomas Duve (*Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte*, Francfort) et Stefan Kadelbach (*Institut für öffentliches Recht*, Université de Francfort). Ils m'ont chaleureusement accueillie au sein de leurs centres de recherche. Leurs réflexions ont stimulé ce travail.

Je tiens aussi à remercier Madame le Professeur Anja Seibert-Fohr, Messieurs les Professeurs John Baker, John Bell, Anthony Bradley, Michael Stolleis, Fabian Wittreck ainsi que Monsieur Carsten Schütz et Madame Sophie Turenne. Tous ont, au cours d'entretiens – prolongés, souvent, par des échanges d'emails –, pris le temps de répondre à mes questions. Ils ont, ainsi, contribué à enrichir ce travail.

Ma gratitude va également à Ardita Shilova qui m'a accompagnée dans la lecture de quelques-uns des manuels en langue allemande. Un grand merci aussi à Constance et Pauline pour leur concours dans la construction de ma bibliographie et leurs relectures.

Pour son soutien constant, son aide précieuse pour les traductions, son intérêt jamais démenti pour mes recherches et nos discussions nourries sur ma thèse, je souhaite, enfin, remercier mon époux. Son engagement a été déterminant dans l'aboutissement de ma thèse. Je lui dois beaucoup.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJ pénal	Actualité juridique pénal
al.	alinéa
art.	article
Ass.	Assemblée
Cass.	cassation
CC	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
concl.	conclusion
DC	décision
dir.	sous la direction de
DRiG	Deutsches Richtergesetz
éd.	édition / éditeur
et s.	et suivant
fasc.	fascicule
note n°	note de bas de page numéro
PUF	Presses Universitaires de France
RDP	Revue du droit public
Rec. CE	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (Recueil Lebon)
Réf	Référence
req.	requête
RGDIP	Revue générale de droit international public
s. l.	sine loco (sans lieu de publication)
s. n.	sine nomine (sans nom de l'éditeur)
t.	tome
spéc.	spécifiquement
V. / v.	Voir / voir
vol.	volume

SOMMAIRE

Introduction

Chapitre préliminaire : Une grille de lecture : une typologie des sens de l'indépendance

PARTIE 1 : L'Angleterre (XIIe-XXIe siècles) : des balbutiements conceptuels précoces à l'émergence d'un début de théorisation de l'indépendance

Chapitre 1 : Le paradigme de la *dépendance* de la justice avant 1701 : fondement et réalité

Chapitre 2 : Les premières ébauches de conceptualisation de l'indépendance de la justice avant 1701

Chapitre 3 : L'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement (1701) : une mise en perspective critique du droit positif et des discours doctrinaux

Chapitre 4 : Les évolutions contemporaines de la conceptualisation

PARTIE 2 : L'Allemagne (XIXe-XXIe siècles) : une théorisation forte de l'indépendance

Chapitre 1 : Le XIXe siècle (1806-1914) : des conceptualisations explicites

Chapitre 2 : Depuis 1914 jusqu'à nos jours : une stratification progressive des conceptualisations

PARTIE 3 : La France (1789-XXIe siècle) : un paradoxe. Une théorisation faible de l'indépendance

Chapitre 1 : Une indépendance mise à mal

Chapitre 2 : Les silences et lacunes de la doctrine

Conclusion : une grille comparative

INTRODUCTION

1. De prime abord, le sujet de l'indépendance de la justice pourrait avoir l'air peu original. Cette supposée banalité pourrait s'expliquer notamment par le fait qu'en tant qu'exigence cardinale de l'Etat de droit, l'indépendance de la justice figure parmi les principes fondamentaux que personne n'oserait, en démocratie, à ce jour, remettre en cause. Qu'il s'agisse des acteurs politiques, de l'opinion publique, des membres de la doctrine juridique ou des juges eux-mêmes, tous plaident, ou semblent plaider¹, en faveur de l'indépendance. Le principe d'indépendance est aussi omniprésent dans les Constitutions, les traités, les lois et/ou les décisions juridictionnelles. En droit allemand, il est inscrit dans l'article 97 (alinéa un et deux) de la Loi Fondamentale allemande du 23 mai 1949. L'alinéa un dispose, en particulier, que « *les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* »². En droit français, le principe d'indépendance est, notamment, énoncé dans l'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 : « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil supérieur de la magistrature (...)* ». A titre d'illustration encore, la Constitution belge du 7 février 1831 garantit l'indépendance de la justice dans son article 151 §1er (« *les juges sont indépendants dans l'exercice de leurs compétences juridictionnelles (...)* »). La Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 mentionne le principe dans son article 30 alinéa 1 (« *Toute personne dont la cause doit être jugée dans une procédure judiciaire a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal établi par la loi, compétent, indépendant et impartial (...)* ») et la Constitution d'Albanie du 21 octobre 1998 le formule dans son article 145 alinéa 1 (« *Les juges sont indépendants et soumis uniquement à la Constitution et aux lois* »). D'ailleurs, même les dictatures consacrent l'indépendance de la justice, car – pour reprendre les mots de Fabrice Hourquebie – « *ne pas constitutionnaliser le principe inquisiteur; le consacrer rassure* »³. Par exemple, l'article 126 de la Constitution de la Chine dispose que « *les tribunaux populaires exercent la justice de façon indépendante, conformément aux*

¹ A l'heure actuelle, il subsiste, par exemple, en France, des discours d'acteurs politiques faisant l'apologie de la dépendance de la justice. V. sur ce point : *Infra*, n° 649 et s.

² Al. 1, art. 97, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* ».

³ F. Hourquebie, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la justice*, n° 2, 2012, pp. 41-61 ; spéc. p. 47.

dispositions de la loi, et ne souffrent aucune ingérence des organes administratifs, des groupements sociaux ou des individus ». L'article 166 de la Constitution de la Corée du Nord prévoit que « *le tribunal exerce ses fonctions en toute indépendante et conformément à la loi* »⁴. Au regard de ces éléments, *on pourrait être tenté de conclure que le principe est finalement évident et que de toute façon, quant à celui-ci, tout a déjà été dit*. Cette déduction semble, du reste, corroborée par l'abondante littérature juridique sur le sujet. Les études contemporaines sur l'indépendance de la justice sont nombreuses⁵. Le mot se trouve indexé dans la plupart des manuels de droit contemporains et des colloques ou des journées d'étude sont aussi organisés sur cette problématique. Disons le sans détour : l'indépendance de la justice suscite un engouement doctrinal varié, remarquable et indiscutable.

Deux enjeux

2. Si l'expression « indépendance de la justice » est foisonnante dans les discours ainsi que dans les textes juridiques et si le sujet de l'indépendance est l'objet d'une riche littérature, force est, toutefois, de constater que, d'une manière générale, *la réflexion sur le ou les*

⁴ La Constitution de la Chine et la Constitution de la Corée du Nord sont disponibles sur le site de la digithèque de matériaux juridiques et politiques : <http://mjp.univ-perp.fr> (date de consultation : 24/11/15).

⁵ Parmi les études les plus récentes et pertinentes, il convient, sans prétendre à l'exhaustivité, de citer : P. H. Russell, D. M. O'Brien (eds), *Judicial independence in the age of democracy : critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, 325 p. ; M. Kuijjer, *The blindfold of Lady Justice : Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, thèse, Leyde, E. M. Meijers Instituut, 2004, 497 p. ; C. Schütz, *Der ökonomisierte Richter: Gewaltenteilung und richterliche Unabhängigkeit als Grenzen Neuer Steuerungsmodelle in der Gerichten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2005, 497 p. ; G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, 492 p. ; J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris, LGDJ, 2010, 446 p. ; H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, 302 p. ; S. D. Gerber, *A distinct judicial power: the Origins of an Independent Judiciary 1606-1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 413 p. ; R. Masterman, *The separation of powers in the contemporary constitution : judicial competence and independence in the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 276 p. ; O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, (s. n.), 2011, 990 p. Disponible en ligne : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/0c5bec53-71c8-4569-91b3-3f5e0f4e0143> (consulté le 24/11/15) ; J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit Public organisé à Sceaux, 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, 219 p. ; A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, 1378 p. ; S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on Trial : the independence and accountability of the English judiciary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 463 p. ; D. Zimmermann, *The independence of international courts : the adherence of the international judiciary to a fundamental value of the administration of justice*, Baden-Baden, Nomos, 2014, 597 p. ; L. F. Müller, *Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK: Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratsstaaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, 329 p. ; G. Gee, R. Hazell, K. Malleson, P. O'Brien, *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge University Press, 2015, 306 p. Il faut également citer quelques ouvrages relativement plus anciens à l'instar de : K. Eichenberger, *Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem*, Bern, Stämpfli, 1960, 294 p. ; D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, 197 p. ; R. Stevens, *The Independence of the Judiciary : the view from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 221 p.

concepts de l'indépendance demeure relativement pauvre. Il y a, à cet égard, un étonnant décalage, puisqu'en dépit de l'usage inflationniste de l'expression « indépendance de la justice », il existe assez peu d'analyses conceptuelles de l'indépendance de la justice. La rareté des essais de théorisation conduit à ce que le contenu du principe de l'indépendance reste relativement indéterminé et imprécis. Ce constat du flou, voire de l'opacité du principe de l'indépendance n'est, à vrai dire, pas original. Plusieurs auteurs sont parvenus, avant nous, aux mêmes conclusions. C'est le cas, par exemple, aux Etats-Unis de Christopher Larkins. Selon lui, « *malgré un consensus quasi universel sur sa valeur normative, l'indépendance de la justice est sans doute l'un de ces concepts les moins bien compris dans les domaines de la science politique et du droit* »⁶. En France, le professeur Isabelle Boucobza reconnaît elle aussi que si le mot indépendance est « *utilisé sans cesse, nul ne sait toutefois véritablement comment il est (et/ou doit être) entendu* »⁷. Fabien Gélinas, professeur à McGill au Canada, souscrit à une analyse identique. Il constate que « *tandis que l'importance des cours et tribunaux dans la gouvernance des affaires humaines semble sans précédent, l'indépendance de la justice reste, de manière surprenante, sous-théorisée* »⁸. Dans la même veine, le professeur anglais Robert Stevens énonce que l'indépendance « *est un concept vague* »⁹ et qu'« *il est rarement, voire jamais, défini* »¹⁰. Outre-Atlantique, un auteur comme Stephen B. Burbank impute ce silence à l'existence d'un consensus implicite : « *Beaucoup tiennent pour acquis qu'il existe un accord sur ce qu'est l'indépendance de la justice, et ainsi se déchargent*

⁶ « *Despite an almost universal consensus as to its normative value, judicial independence may be one of the least understood concepts in the fields of political science and law* ». C. M. Larkins, « *Judicial Independence and Democratization : A Theoretical and Conceptual Analysis* », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44, n° 4, 1996, pp. 605-626 ; spéc. p. 607.

⁷ I. Boucobza, « *L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français* », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Études de Droit Public organisé à Sceaux, 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 16. V. aussi du même auteur : « *Ce principe [l'indépendance de la justice], non défini, reste vague et laisse subsister de nombreuses incertitudes* ». I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, pp. 150-151.

⁸ « *While the importance of courts and tribunals in the governance of human affairs seems unprecedented, judicial independence remains surprisingly under-theorized* ». F. Gélinas, « *The Dual Rationale of Judicial Independence* », in A. Marciano (éd.), *Constitutional Mythologies : New Perspectives on Controlling the State*, New York, Springer, 2011, p. 136.

⁹ « *The concept of judicial independence (...) is an inchoate one* ». R. Stevens, « *Judicial Independence in England : A loss of Innocence* », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (eds), *Judicial independence in the age of democracy : critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 155.

¹⁰ « *It is rarely, if ever, defined* ». *Id.*, p. 158. V. aussi dans le même sens: T. L. Becker, *Comparative judicial politics : the political functionings of courts*, Chicago, Rand McNally, 1970, p. 140.

de l'obligation de déterminer précisément ce qu'ils veulent dire lorsqu'ils font usage du terme »¹¹.

3. Certes, il peut exister, à certains moments, dans un pays donné, un accord entre les divers acteurs du système juridique sur la ou les significations du terme qui nous intéresse ici – la présente recherche en donnera plusieurs exemples, notamment pour ce qui est de l'Allemagne –, en revanche, il existe aussi des situations dans lesquelles un tel accord n'est pas identifiable et est difficile à construire (surtout, si l'on se place dans la perspective du droit international et européen). Loin de couvrir un consensus, le silence théorique peut, au contraire, occulter l'existence d'une diversité de compréhensions éventuellement contradictoires. Dieter Simon pointe, ainsi, du doigt la pluralité des significations de la formule « *Unabhängigkeit der Gerichte* » : « *Il est de toute évidence peu probable, qu'un mot comme "indépendance", avec lequel nous associons immédiatement une multitude de questions complexes, puisse être toujours compris de la même façon. Et en effet !* »¹². De la même façon, Stephen B. Burbank souligne aussi l'existence de multiples sens du principe d'indépendance en expliquant qu'il n'est pas « *un monolithe, un concept ayant le même sens partout et en tout temps* »¹³. Il est vrai que la polysémie de l'indépendance est une explication à l'indétermination de son contenu. La diversité des opinions surgit également lorsque l'on s'interroge sur les justifications de l'indépendance de la justice. Comme l'a relevé Fabien

¹¹ « *Many people simply assume that there is agreement about what judicial independence is, thereby relieving them of the duty to state precisely what they mean when invoking the term* ». S. B. Burbank, « *What Do We Mean by "Judicial Independence" ?* », *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 2003, pp. 323-339 ; spec. p. 324.

¹² « *Es ist offensichtlich wenig wahrscheinlich, dass ein Wort wie "Unabhängigkeit", mit dem wir sofort eine Vielzahl komplexer Sachverhalte assoziieren, immer in gleicher Weise verstanden wurde. Und in der Tat !* ». D. Simon, « *Waren die NS-Richter "unabhängige Richter" im Sinne des § 1 GVG ?* », *Rechtshistorisches Journal*, vol. 4, 1985, p. 104.

¹³ « *(...) those who write or participate in policy debates about judicial independence tend to refer to it as if it were a monolith, a concept having the same meaning everywhere and at all times* ». (Nous soulignons). S. B. Burbank, B. Friedman, « *Reconsidering Judicial Independence* », in S. B. Burbank, B. Friedman (eds.), *Judicial independence at the crossroads: an interdisciplinary approach*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2002, p. 16. V. dans le même sens : « *Le sens et le contenu de ce principe [le principe d'indépendance de la justice] varient sensiblement d'un pays à l'autre en fonction du système du gouvernement, des traditions locales et de la situation des opinions politiques. En effet, y compris dans le même pays, le concept de l'indépendance de la justice revêt des sens différents à des époques différentes* ». (« *The meaning and content of this principle [the principle of judicial independence] vary somewhat from one country to another depending on the system of government, local traditions and climate of political opinion. Indeed, even in the same country the concept of judicial independence carried different meanings in different periods* »). S. Shetreet, « *Judicial Independence : new conceptual dimensions and contemporary challenges* », in S. Shetreet, J. Deschênes (eds), *Judicial independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 592.

Gélinas, il existe « *une grande confusion dans la manière dont nous comprenons et invoquons les raisons pour lesquelles l'indépendance doit être soutenue* »¹⁴.

4. Cette question de l'ambiguïté conceptuelle de l'indépendance de la justice devient particulièrement aiguë, dès lors que des Etats consacrent ou souhaitent consacrer, par le biais d'un traité international, l'indépendance de la justice en tant que norme commune. Assurément, il est relativement aisé de se mettre d'accord sur la formule, sur *les mots*, « *judicial independence* », « *Unabhängigkeit der Justiz* » ou « *indépendance de la justice* » ; mais, ce faisant, les Etats se sont-ils aussi mis d'accord sur le contenu de la formule, donc sur *le ou les concepts* ? Les divers textes internationaux et européens ne définissent pas, en effet, ce que veut dire concrètement l'indépendance de la justice. Ainsi, l'article 10 de la Déclaration universelle des droits de l'homme, qui n'a que valeur de résolution, mais qui a servi de source d'inspiration au Pacte international de 1966, se contente d'évoquer l'indépendance, tel un principe, sans en donner une définition : « *Toute personne a le droit, en pleine égalité, à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal indépendant et impartial, qui décidera, soit de ses droits et obligations, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle* »¹⁵. Il en va de même de l'article 14 du Pacte international sur les droits civils et politiques (« *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement et publiquement par un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil (...)* »)¹⁶, de l'article 8 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme (« *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue avec les garanties voulues, dans un délai raisonnable, par un juge ou un tribunal compétent, indépendant et impartial, établi antérieurement par la loi, qui décidera du bien-fondé de toute accusation dirigée contre elle en matière pénale, ou déterminera ses droits et obligations en matière civile ainsi que dans les domaines du travail, de la fiscalité, ou dans tout autre domaine* »)¹⁷, de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des

¹⁴ « *much confusion in the way we understand and invoke the reasons why judicial independence should be fostered* ». F. Gélinas, « The Dual Rationale of Judicial Independence », in A. Marciano (éd.), *Constitutional Mythologies : New Perspectives on Controlling the State*, New York, Springer, 2011, p. 136.

¹⁵ Art. 10, Déclaration universelle des droits de l'homme (1948).

¹⁶ Al. 1, art. 14, Pacte international sur les droits civils et politiques (adopté en 1966, entrée en vigueur en 1976).

¹⁷ Al. 1, art. 8, Convention américaine relative aux droits de l'homme (adoptée en 1969, entrée en vigueur en 1978).

libertés fondamentales¹⁸, sans oublier enfin l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne¹⁹.

5. A partir de là se posent deux défis à la recherche scientifique. Le premier a trait à l'indétermination du sens de l'expression « indépendance de la justice » que la science se devrait d'éclaircir, d'une part, en identifiant les différentes significations véhiculées dans les discours sur l'indépendance (ce qui suppose un travail de définition, d'étiquetage et de classification) et, d'autre part, en réfléchissant de manière critique sur la justification de chacune des significations (ce qui pourra aboutir à un éventuel travail de tri). Le second défi concerne l'existence, explicite ou du moins implicite, d'un dénominateur commun entre les Etats au sujet de l'indépendance de la justice. Cette dernière tâche impliquerait que l'on fasse, là aussi, un inventaire – une topographie intellectuelle – de comment est comprise l'indépendance de la justice au sein de chacun des Etats parties à ces traités, afin de pouvoir dégager *in fine* l'étendue des convergences ou divergences. C'est la tâche, par excellence, d'un comparatiste.

L'objet de la recherche

6. C'est au vu de ce double enjeu que se positionne l'objet de la thèse. La présente recherche ne prétend pas apporter une réponse complète et exhaustive à ces deux problèmes, puisqu'un pareil champ d'investigation serait extrêmement large. Plus modestement, elle a pour ambition d'offrir une contribution aux deux débats mis en exergue. Pour fournir un premier éclairage des significations de l'indépendance de la justice et afin de proposer un début de réponse à la question d'un dénominateur commun entre les Etats (au moins démocratiques), cette étude se propose d'étudier les divers concepts de l'indépendance dans trois traditions nationales majeures au sein de l'Europe, à savoir l'Angleterre, l'Allemagne et la France. Plus précisément, cette analyse se propose de répondre aux questions suivantes : *Quels* sont les différents sens de l'indépendance de la justice ? *A quel moment* (sous la plume de quel auteur et/ou dans quel texte) ces sens sont-ils apparus ? *Comment et dans quelle*

¹⁸ Art. 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (adoptée en 1950, entrée en vigueur en 1953) : « *Tout personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...)* ».

¹⁹ Al. 2, art. 47, Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2000) : « *Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter* ».

mesure ces constructions intellectuelles ont-elles varié dans le temps dans chacun de ces pays ? Quelles ont été dans le passé et quelles sont, à l'heure actuelle, *les divergences et les convergences* entre ces trois traditions nationales ? De ces questions, il ressort que l'étude se veut une analyse non prescriptive (ou non normative)²⁰. La recherche entreprise ici s'inscrit dans une approche cognitive et théorique. Le résultat attendu n'est pas de déterminer le degré ou le type d'indépendance que les juges doivent ou non posséder. Il ne s'agit pas non plus d'évaluer si telle influence est appropriée et si telle autre ne l'est pas ou d'indiquer quel modèle national (entre le modèle anglais, allemand ou français) doit être imité en termes d'indépendance. Il est, par contre, question de prendre acte des différents sens de l'indépendance, de les classer et de les comparer. Pour le dire très simplement, il est question s'en tenir à une exigence de « *neutralité axiologique (...) [c'est-à-dire :] décrire plutôt qu'évaluer (...) décrire plutôt que prescrire* »²¹.

7. Le champ de recherche, ainsi délimité, n'a curieusement jamais fait l'objet d'une investigation poussée. Alors que d'autres thèmes ont, pour ces trois pays, donné lieu à des analyses théoriques approfondies (des travaux d'envergure ont, par exemple, été consacrés à l'Etat de droit²²), la problématique de l'indépendance de la justice n'a, par contre, pas été traitée dans le cadre d'une analyse conceptuelle comparée, que ce soit en langue française, allemande ou anglaise. Certes, il existe des études conceptuelles ponctuelles sur telle période ou pour telle tradition nationale²³, mais *a fortiori* pas d'études conceptuelles comparatives des droits anglais, allemand et français. Ce silence doctrinal pourrait s'expliquer, de manière générale, par les difficultés à cerner l'indépendance dans chaque tradition nationale. Il est

²⁰ Une pareille analyse – strictement descriptive – s'inspire des méthodes de l'école analytique britannique et italienne. Voir les développements consacrés à la tradition analytique britannique par Luc Heuschling : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, pp. 216 et s.

²¹ V. Champeil-Desplats, « Présentation », in R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 11-12.

²² R. Grote, « Rule of Law, Rechtsstaat and Etat de droit », in C. Starck (éd.), *Constitutionalism, Universalism and Democracy : A comparative Analysis*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 269-306 ; L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, 739 p. ; E. Carpano, *Etat de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'eupéanisation des systèmes juridiques*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2005, 662 p. ; M. Loughlin, « Rechtsstaat, Rule of Law, l'Etat de droit », in M. Loughlin, *Foundations of public law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 312-341.

²³ A titre d'illustration, il convient de citer pour la période jusqu'au milieu du XIXe siècle en Allemagne (en particulier, en Prusse) : G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, 152 p. Pour la période nazie en Allemagne : H. Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hambourg, Hanseatische Verl. Anst., 1934, 35 p. Pour la période remontant au début du XVIIe siècle à la fin du XVIIIe siècle aux Etats-Unis : S. D. Gerber, *A distinct judicial power: The Origins of an Independent Judiciary 1606-1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 413 p. Les développements dans les parties sur l'Angleterre, l'Allemagne et la France conduiront à dresser un état des lieux plus précis de la littérature existante dans chacun de ces trois pays.

aussi lié à la relative pauvreté des études théoriques (particulièrement, en Angleterre et en France) et à un possible désintérêt, dans le passé, de la doctrine allemande pour les études comparatives. C'est cette lacune qu'entend combler la présente thèse. L'enjeu et l'objet de la recherche étant ainsi posés dans leurs grandes lignes, il reste, à présent, à en définir les contours avec plus de précision, notamment sur le plan méthodologique.

Le choix des trois pays

8. Dans son article « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », Otto Pfersmann affirme que « *la science du droit est toujours l'étude de tous les droits et c'est la limitation au seul droit national qui est antiscientifique (s'expliquant par des raisons pratiques et psychologiques) et non pas l'étude des droits étrangers qui serait un élargissement de la perspective vers un champ nouveau et inédit* »²⁴. Partant, dès lors que l'on souscrit au point de vue d'Otto Pfersmann, se contenter de l'étude d'un seul ordre juridique est critiquable. A l'inverse, la comparaison devient la méthode « naturelle », pour ne pas dire obligatoire, du scientifique du droit. Dans cette perspective, le recours au droit comparé ne doit donc pas être justifié. C'est plutôt, le fait de ne pas étudier tous les pays qui doit être motivé. Pour le dire différemment, l'élargissement de l'horizon du juriste (le fait de porter le regard dans un ou plusieurs autres pays)²⁵ ne nécessite pas de justification, tandis que les raisons qui fondent la restriction (pourquoi exclure ou donner la priorité en droit comparé à l'étude du pays A plutôt qu'à l'étude du pays B) méritent, au contraire, d'être approfondies.

9. En l'espèce, la limitation de notre propos à un nombre réduit de pays – ici, trois – est relativement aisée à expliquer. Elle se comprend eu égard à la nature même de cette recherche, qui est individuelle²⁶. Dans l'avant-propos introductif de leur ouvrage *Droits constitutionnels européens*, Constance Grewe et Hélène Ruiz Fabri rappellent, déjà, les limites inhérentes à l'investigation individuelle en matière d'étude comparative en indiquant qu' « *il est clair qu'une recherche comparative d'envergure ne saurait être menée que par*

²⁴ O. Pfersmann, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2001, p. 282. V. pour une position similaire à celle d'O. Pfersmann : R. Sacco, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, trad. de l'italien, Baden-Baden, Nomos, 2001, pp. 13 et s.

²⁵ Pierre Legrand parle de « décentrement » : P. Legrand, « Sur l'analyse différentielle des juriscultures », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 51, n° 4, 1999, p. 1071.

²⁶ V. déjà en ce sens les réflexions d'E. Carpano : E. Carpano, *Etat de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'Etat de droit dans le cadre de l'europanisation des systèmes juridiques*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2005, p. 26.

une équipe nombreuse disposant de l'infrastructure adéquate»²⁷. En des termes très généraux, les trois pays – l'Angleterre, l'Allemagne et la France – qui ont été privilégiés²⁸ sont trois pays européens, qui sont, souvent, désignés comme représentant trois grandes traditions juridiques²⁹. Plus concrètement, sur le thème précis qui nous intéresse, l'étude de l'indépendance de la justice en Angleterre permet d'appréhender la conceptualisation de l'indépendance de la justice au sein d'un pays de « common law » (par opposition aux pays de « civil law » ou de tradition romaniste). L'Angleterre jouit d'une longue tradition d'indépendance, qui a vu le jour progressivement à compter du 12^e siècle et s'est accélérée à compter du 14^e siècle. L'actualité a, d'ailleurs, fait ressurgir sur la scène politique et juridique anglaise la question de l'indépendance, puisque ce sujet était au cœur de la réforme constitutionnelle de 2005 (*Constitutional Reform Act*). Il faut, du reste, préciser que l'étude porte, à titre essentiel, sur l'indépendance de la justice en Angleterre et au Pays de Galles. Elle n'inclut pas les développements de l'indépendance de la justice en Ecosse³⁰ et en Irlande du Nord. Pour l'expliquer, il faut se souvenir qu'il n'y a pas au Royaume-Uni un corps de règles unique applicable sur l'ensemble du territoire. Tandis qu'en Ecosse, il existe un système juridique et judiciaire propre, en Irlande du Nord, certaines parties du droit diffèrent substantiellement de la législation en vigueur en Angleterre et au Pays de Galles. En raison de l'inclination de ses universitaires pour la théorie du droit, l'Allemagne, offre l'intérêt d'un conceptualisme fort. Outre-Rhin, le juge se trouve, en plus, au centre du système juridico-politique³¹. Il jouit d'un statut privilégié en tant que gardien de la constitution et de l'Etat de droit – lequel statut a encore été renforcé au lendemain de la seconde guerre mondiale. Ce statut est, notamment, caractérisé par une forte indépendance par rapport aux organes exécutif et législatif. En pratique, les atteintes portées à l'indépendance du juge sont très rares. Selon les termes du professeur allemand Anja Seibert-Fohr, « d'une manière générale, la justice

²⁷ C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, pp. 10-11.

²⁸ Sur la question de la délimitation géographique, et plus précisément sur les critères présidant à la sélection des pays, la réflexion méthodologique est assez peu développée. Voir, toutefois : R. Hirschl, « The question of case selection in comparative constitutional law », *The American journal of comparative law*, vol. 53, 2005, pp. 125-155 ; L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, vol. II (Méthode comparative), Paris, LGDJ, 1974, pp. 38-42 ; K. Zweigert, H. Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, pp. 40-42 ; G. Dannemann, « Comparative law: study of similarities or differences? », in M. Reimann, R. Zimmermann (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 409-411.

²⁹ V. par exemple : R. Kastoryano, « L'Etat et les immigrés. France, Allemagne, Grande-Bretagne et Etats-Unis », *Revue européenne des migrations internationales*, vol. 5, n° 1, 1989, pp. 9-10 ; U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIII^e au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 2, 2005, p. 217.

³⁰ Quelques références très ponctuelles sur l'indépendance écossaise seront toutefois parfois fournies.

³¹ D'ailleurs, l'expression « Richterstaat » (l'Etat des juges) est quelquefois employée pour critiquer cette place trop prééminente du juge au sein de la démocratie allemande. V. sur ce point : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, pp. 159-164.

allemande est perçue comme étant libre à l'égard des influences illégitimes dans son processus décisionnel : la confiance des citoyens en son indépendance est forte. Les empiètements graves à l'indépendance de la justice et les atteintes directes sont des événements isolés »³². La présence de la France parmi les trois pays de la recherche est intéressante en raison de l'existence d'une tradition de dépendance de la justice française : cette tradition de dépendance de la justice s'enracine dans l'Ancien Régime, époque où le roi était considéré comme fontaine de toute justice. Elle s'est ensuite poursuivie au-delà de la Révolution. Parmi les indices de cette dépendance, il suffit ici d'évoquer la suite d'épurations qui ont jalonné l'histoire française depuis 1792 jusqu'en 1945. Le cas français est encore remarquable eu égard au débat récurrent sur la subordination des magistrats du parquet à l'exécutif, qui a été ravivé par les décisions récentes de la Cour européenne des droits de l'homme et à la résurgence d'atteintes régulières à l'indépendance dénoncées par les magistrats et leurs syndicats.

10. Assurément, eu égard aux deux enjeux qui ont été exposés ci-avant, ces trois pays méritent l'attention pour ce qui concerne la problématique de l'indépendance. Cela étant dit, il n'est pas exclu que d'autres pays pourraient être tout aussi intéressants – c'est ce que d'autres études pourront éventuellement soit infirmer, soit confirmer.

Une démarche d'histoire des idées

11. Une autre facette de la méthode qui mérite d'être précisée est l'agrégation de la méthode comparatiste avec la méthode historique. Plutôt que de seulement s'intéresser aux significations actuelles de l'indépendance dans les trois pays, la recherche entreprise ici s'inscrit dans la profondeur de l'histoire. Il serait, en effet, très difficile de cerner la pensée actuelle sans en connaître un tant soit peu la ou les provenances. Partant du passé pour aller vers le présent³³, l'étude cherche à identifier les différentes constructions conceptuelles autour de l'indépendance, à en situer les origines, et à en suivre les trajectoires et évolutions successives dans chacune des traditions nationales. Comme il s'agit d'une analyse conceptuelle, la présente recherche s'inscrit, avant tout, dans l'histoire des idées. Pour autant,

³² « *Generally speaking the German judiciary is perceived to be free from undue influence on its decision-making ; popular trust in its independence is high. Serious encroachments on judicial independence and direct interference are isolated events* ». A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 494.

³³ Le début de chacune des trois parties de notre thèse nous permettra de préciser et de justifier le choix de la date jusqu'à laquelle on remonte dans l'histoire.

elle ne néglige pas l'histoire institutionnelle, à laquelle elle consacre des développements substantiels. Comme l'écrit Joaquín Varela Suanzes-Carpegna, « *bien qu'il soit inévitable que l'historien du constitutionnalisme centre son attention sur l'une des deux perspectives [l'histoire des idées ou l'histoire des institutions], la conjugaison des deux est souhaitable* »³⁴. Sans conteste, les données institutionnelles de l'indépendance de la justice dans les différents pays peuvent éclairer les évolutions des conceptualisations de l'indépendance. Aussi, notre travail a pris soin de replacer l'histoire des concepts de l'indépendance de la justice dans le cadre du droit positif de l'époque et plus généralement, du contexte politique, social, intellectuel et scientifique ambiant³⁵. Ce choix méthodologique en faveur de l'histoire conditionne de manière décisive le plan de la thèse : pour ne pas rompre les fils de l'histoire (nationale), il a été opté pour un plan en trois parties, chaque partie étant consacrée à l'un des trois pays.

Mots et concepts

12. Il faut encore préciser que la présente thèse s'intéresse aux concepts de l'indépendance, *sans se laisser emprisonner par le piège des expressions « judicial independence », « Unabhängigkeit der Gerichte » ou « indépendance de la justice »*. L'analyse menée ici se distingue d'une étude qui serait prioritairement axée sur les mots et les discours qui se développent autour de ces mots. Un concept ne se confond pas avec le mot qui le désigne. Certes, le mot peut orienter le regard du lecteur vers le concept – et le mot a assurément été un outil très utile dans la présente recherche pour retracer les trajectoires des conceptualisations de l'indépendance. Toutefois, il y a aussi des cas où le concept – un *certain* concept – est

³⁴ J. Varela Suanzes-Carpegna, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 4, n° 68, 2006, p. 677. V. dans la même veine l'argument développé par Michel Troper : « *Il me paraît toujours très difficile de distinguer l'histoire des institutions de l'histoire des concepts, parce qu'on ne peut pas décrire des institutions sans utiliser à la fois les concepts empruntés aux théories modernes et les concepts de l'époque, tandis que, pour décrire les concepts de l'époque, il faut comprendre leur genèse, c'est-à-dire non seulement l'environnement intellectuel et social, mais aussi le contexte argumentatif dans lequel ils s'inscrivent* ». J. Varela Suanzes-Carpegna, « La dimension historique du constitutionnalisme. Entretien avec le prof. Michel Troper », *Historia Constitucional*, n° 7, 2006 (réponse à la question 3 dans la partie IV. méthodologie de l'histoire constitutionnelle). Disponible en ligne : <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewFile/223/191> (date de consultation: 24/11/15).

³⁵ Sur l'importance de la mise en contexte en histoire constitutionnelle, consulter: J. Varela Suanzes-Carpegna, « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 4, n° 68, 2006, p. 678 ; pp. 686 et s.

effectivement présent, alors que le mot lui est absent³⁶. Cette constatation se vérifie, en particulier, dans le passé le plus reculé pour ce qui est de l'Angleterre où une certaine idée d'indépendance a précédé l'utilisation de la formule « *judicial independence* ». Comme le met en garde Michel Troper, « *il ne s'ensuit évidemment pas qu'il soit permis de projeter n'importe quel système de concepts sur n'importe quelle réalité* »³⁷. Ce qui est, dès lors, important pour le chercheur est de veiller, dans tous les cas, à rester le plus fidèle possible au concept qu'a entendu le locuteur (en particulier, le locuteur du passé), même si ce locuteur n'a pas utilisé le mot.

13. Par concept, il faut donc entendre un sens ou une signification. Comme l'a dit Uberto Scarpelli, « *l'expression, l'expression linguistique, est l'apparence, le son, l'évènement sensible, porteur de la signification, c'est-à-dire posé par la coutume ou une convention. Elle se trouve dans un système de relations avec d'autres expressions linguistiques et avec des entités non linguistiques, ce qui constitue précisément la signification ; le concept peut être compris comme la signification portée par une certaine expression linguistique, mais il peut éventuellement en même temps être également porté par d'autres expressions différentes du monde sensible ou bien se présenter comme la signification commune d'une classe d'expressions synonymes* »³⁸. Dans la même veine, Luc Heuschling explique également que « *par le mot "concept" est désigné la signification, le sens ou le signifié d'un mot, étant précisé qu'un même mot peut véhiculer plusieurs concepts (polysémie) et que, inversement, un même concept peut être désigné par plusieurs mots (synonymie)* »³⁹. C'est, d'ailleurs, bien pour cette raison – en vue de souligner la polysémie du principe d'indépendance – que la présente thèse s'intitule « *les concepts d'indépendance de la justice* », et non *le concept d'indépendance de la justice*.

³⁶ La question de la préexistence d'un concept par rapport au mot a été discutée pendant très longtemps par les philosophes. Voir, notamment, sur ce point les explications de Boris Bernabé: B. Bernabé, *La récusation des juges : études médiévale, moderne et contemporaine*, thèse, Paris, LGDJ, 2009, pp. 16-17.

³⁷ M. Troper, « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales*, n° 6, 1992, pp. 1171-1183 ; spéc., p. 1182. Dans la suite de son propos, Michel Troper observe qu'« *on sent bien ce que peut avoir d'absurde l'emploi de concepts comme ceux d' "Etat" ou de "Constitution" à propos de sociétés antiques* ».

³⁸ U. Scarpelli, *Qu'est-ce que le positivisme juridique ?*, trad. de l'italien par C. Clavreul, Paris, LGDJ, 1996, p. 4.

³⁹ L. Heuschling, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de la légitimité ?*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence par L'Institut Louis Favoreu (5 et 6 novembre 2010), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 28 (note n° 5).

14. Très concrètement, le travail consistant à analyser les concepts de l'indépendance a conduit à traquer ces concepts dans plusieurs sources, à la fois anciennes et contemporaines. Qu'ils s'agissent de l'Angleterre, de l'Allemagne ou de la France, les discours relatifs à l'indépendance de la justice sont, en fait, formulés par des acteurs de la vie juridique et politique très variés, à l'instar des auteurs, des juges, des monarques, du chef de l'Etat ou des parlementaires. Sans pouvoir prétendre à l'exhaustivité, cette étude a, avant tout, mobilisé les travaux de la doctrine parmi les plus représentatifs (manuels, traités, monographies, dictionnaires, pamphlets, etc.), les normes de droit positif – et autant que faire se peut, la jurisprudence des tribunaux. Pour des questions de temps, il a fallu renoncer à passer en revue l'ensemble des débats parlementaires : ce n'est que dans le cas de la France que cette source a été utilisée, en particulier pour la période de la Révolution française, du XIXe et dans une moindre mesure, du XXe siècle.

15. En adoptant la démarche consistant à suivre à la trace les concepts de l'indépendance plutôt que de se contenter des discours véhiculant le mot, le chercheur se doit de disposer, déjà, d'une intuition de la chose vers laquelle tourner son regard. Il doit savoir où regarder. Pour ce faire, il a besoin d'une grille de lecture de l'indépendance – ou, pour le dire plus précisément, *une typologie des différents concepts de l'indépendance de la justice*⁴⁰. Si cette typologie a, dans un premier temps, été construite avant d'étudier la conceptualisation de l'indépendance de la justice en Angleterre, en Allemagne et en France, elle a, dans un second temps, été naturellement enrichie et précisée au fur et à mesure de la découverte des concepts de l'indépendance dans les trois pays. Finalement, cette typologie des sens de l'indépendance est donc au départ bâtie déductivement – mais elle est aussi le fruit d'un travail inductif. Eu égard à son caractère fondamental pour notre étude et à la longueur des développements qui méritent de lui être consacrée, cette typologie sera présentée à part dans le chapitre préliminaire qui suit.

⁴⁰ La grille d'analyse servira de ce que la littérature classique appelle le *tertium comparationis*. V. pour des explications sur ce point : G. Tusseau, « Sur le métalangage du comparatiste : de la prétention à la neutralité à l'engagement pragmatiste », *Revus. Journal for constitutional theory and philosophy of law*, vol. 21, 2013, pp. 91-115 ; spéc. pp. 103-104. Disponible en ligne : <http://revus.revues.org/2632?lang=en> (date de consultation : 24/11/15).

Chapitre préliminaire : Une grille de lecture : une typologie des sens de l'indépendance

16. Pour relever le défi de cette recherche, une typologie des différents sens possibles de l'indépendance de la justice a été construite. Cette typologie constitue non seulement un outil essentiel de notre analyse conceptuelle comparée, mais elle vise aussi à être un guide à destination du lecteur lui permettant de s'orienter dans les méandres de l'histoire conceptuelle de l'indépendance propre aux trois pays. Avant de présenter notre typologie (section 3), il convient de donner un aperçu des essais de théorisation déjà produits par la doctrine (section 1) et d'exposer les défis d'une telle typologie (section 2).

Section 1 : Aperçu des essais de théorisation de la doctrine : « coup de projecteur » sur deux typologies

17. Un certain nombre d'auteurs contemporains ont, déjà, entrepris de clarifier les concepts de l'indépendance de la justice. C'est le cas, par exemple, de quelques auteurs aux Etats-Unis⁴¹. Le résultat de ces essais de théorisation est, pourtant, d'une manière générale, relativement décevant, car les auteurs américains ne fournissent que très peu de définitions denses et précises des diverses facettes de l'indépendance. Au fond, quand bien même ces auteurs prétendent éclairer les différentes significations de l'indépendance, ils ne satisfont que partiellement à l'objectif annoncé. Parmi l'ensemble des essais de théorisation proposés dans la littérature juridique, il convient, toutefois, de mettre en avant deux typologies, parce qu'*elles sont relativement abouties* et qu'*elles constituent un point de départ important de notre cadre théorique*. Les deux typologies qui doivent être présentées sont celles de deux professeurs de droit israéliens. Shimon Shetreet est actuellement titulaire d'une chaire à l'Université Hébraïque de Jérusalem et a publié de très nombreux travaux relatifs à

⁴¹ Voir, par exemple pour les Etats-Unis : S. B. Burbank, « What Do We Mean by “Judicial Independence”? », *Ohio State Law Journal*, vol. 64, 2003, pp. 323-339 ; J. Ferejohn, « Independent Judges, Dependent Judiciary: explaining Judicial Independence », *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, pp. 353-384 ; P. S. Karlan, « Judicial Independences », *Georgetown Law Journal*, vol. 95, n° 4, 2007, pp. 1041-1059. Une autre version de l'article de Karlan est, du reste, publiée dans le *Southern California Law Review* (« Two concepts of Judicial Independences », *Southern California Law Review*, vol. 72, n° 2-3, 1999, pp. 535-558) ; C. Larkins, « Judicial Independence and Democratization : a Theoretical and Conceptual Analysis », *The American Journal of Comparative Law*, vol. 44, n° 4, 1996, pp. 605-626 ; S. Levinson, « Identifying Independence », *Boston University Law Review*, vol. 86, 2006, pp. 1297-1308 ; K. Richardson, « A definition of judicial independence », *University of New England Law Journal*, vol. 2, n° 1, 2005, pp. 75-96. En France, le professeur Fabrice Hourquebie a également exposé une modélisation abstraite des sens de l'indépendance. V. sur ce point: *Infra*, n° 696 et s.

l'indépendance de la justice⁴² (§1). Eli Salzberger est titulaire d'une chaire à l'Université d'Haïfa. Il a aussi écrit plusieurs travaux sur l'indépendance de la justice⁴³ (§2).

§1. La typologie de Shimon Shetreet

18. C'est, dans sa thèse de doctorat intitulée *Judges on Trial : A Study of the Appointment and the Accountability of the English Judiciary* (1976)⁴⁴ – qui consiste en une étude détaillée sur la justice en Angleterre – que Shimon Shetreet a exposé, pour la première fois, les grandes lignes de sa typologie. En particulier, il a posé la distinction centrale entre indépendance individuelle (*individual independence*) et indépendance collective (*collective independence*), que les scientifiques du droit anglais ont, par la suite, vraisemblablement repris⁴⁵. Au fur et à mesure, dans d'autres de ses travaux, Shimon Shetreet a affiné sa grille de lecture. Il convient, en particulier, de s'arrêter sur la typologie de Shimon Shetreet telle qu'elle est exposée sur deux pages dans son article « Judicial independence : new conceptual dimensions and contemporary challenges » (« L'indépendance de la justice : nouvelles dimensions conceptuelles et défis contemporains ») publié en 1985⁴⁶.

⁴² V., en particulier, et pour ne citer que quelques exemples : S. Shetreet, *Judges on trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1976, 432 p. ; S. Shetreet, « The administration of justice : practical problems, value conflicts and changing concepts », *U.B.C. Law Review*, vol. 13, n° 52, 1979, pp. 52-80 ; S. Shetreet, « Judicial Independence and Accountability in Israel », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, pp. 979-1012 ; S. Shetreet, J. Deschênes (éds), *Judicial independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 700 p. ; S. Shetreet, C. Forsyth (éds), *The Culture of Judicial Independence: conceptual foundations and practical challenges*, Leiden, Nijhoff, 2012, 662 p. ; S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on Trial : the independence and accountability of the English judiciary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 463 p. ; S. Shetreet (éd.), *The culture of judicial independence : rule of law and world peace*, Leiden, Brill Nijhoff, 2014, 554 p.

⁴³ En plus de l'article qui a retenu notre attention (E. M. Salzberger, « A positive analysis of the doctrine of separation of powers or : Why do we have an independent judiciary ? », *International Review of Law and Economics*, vol. 13, 1993, pp. 349-379), il convient, par exemple, de citer : E. Salzberger, « Temporary appointments and judicial independence : theoretical analysis and empirical findings from the Supreme Court of Israel », *Israel Law Review*, vol. 35, n° 2-3, 2001, pp. 481-523 ; E. Salzberger, « Judicial appointments and promotions in Israel – Constitution, Law and Politics », in P. H. Russell, K. Malleson (dir.), *Appointing Judges in an Age of Judicial Power: critical perspectives from around the world*, Toronto, University of Toronto Press, 2006, pp. 241 et s.

⁴⁴ S. Shetreet, *Judges on trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1976, 432 p.

⁴⁵ Pour de plus amples renseignements sur ce point, voir : *Infra*, n° 356 et s.

⁴⁶ S. Shetreet, « Judicial Independence : new conceptual dimensions and contemporary challenges », in S. Shetreet, J. Deschênes (éds), *Judicial independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 590-681 ; spéc. pp. 598-599. Dans ses travaux les plus récents, S. Shetreet reprend globalement la typologie déjà exposée dans l'article de 1985. V. sur ce point par exemple : S. Shetreet, « Creating a culture of judicial independence : the practical challenge and the conceptual and constitutional infrastructure », in S. Shetreet, C. Forsyth (éds), *The Culture of Judicial Independence: conceptual foundations and practical challenges*, Leiden, Nijhoff, 2012, pp. 44-47 ; S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on Trial : the*

19. Prenant comme point de départ que « *dans le recensement des éléments essentiels de l'indépendance de la justice une distinction doit être faite entre deux aspects du concept d'indépendance de la justice* »⁴⁷, Shimon Shetreet opère une différenciation entre, d'une part, l'indépendance des juges individuels et, d'autre part, l'indépendance collective de la justice comme institution⁴⁸.

20. Pour ce qui est, d'abord, de l'indépendance du juge individuel, elle est elle-même subdivisée par Shimon Shetreet en deux branches : il s'agit de l'indépendance décisionnelle (« *substantive independence* ») et de l'indépendance personnelle (« *personal independence* »)⁴⁹. Par indépendance décisionnelle, le professeur Shetreet entend l'interdiction des influences en provenance de l'extérieur : « *En prenant des décisions de justice et en exerçant, de manière plus générale, leurs fonctions, les juges individuels ne sont soumis à aucune autre autorité sinon à celle du droit* »⁵⁰. Quant à l'indépendance personnelle, elle veut dire que « *les conditions et la durée de leurs fonctions sont suffisamment protégées* »⁵¹. A propos de l'indépendance personnelle, Shimon Shetreet ajoute qu'elle est protégée par le maintien des juges dans leurs fonctions tant qu'ils se comportent bien (*during good behaviour*) jusqu'à l'âge de la retraite ainsi que par la garantie de la rémunération⁵². Il apporte également deux autres précisions sur l'indépendance personnelle : d'abord, l'indépendance personnelle implique que le contrôle du pouvoir exécutif sur les éléments du statut du juge (en particulier, sur la rémunération, les retraites ou les indemnités de voyage) est incompatible avec le concept de l'indépendance de la justice. Ensuite, de l'indépendance personnelle découle aussi qu'est prohibé le contrôle du pouvoir exécutif sur la distribution des

independence and accountability of the English judiciary, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 4-8.

⁴⁷ « *In the enumeration of the essential elements of judicial independence a distinction must be made between two aspects of the concept of the independence of the judiciary* ». S. Shetreet, « *Judicial Independence : new conceptual dimensions and contemporary challenges* », in S. Shetreet, J. Deschênes (eds), *Judicial independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 598.

⁴⁸ « *The independence of the individual judges and the collective independence of the judiciary as a body* ». *Ibidem*.

⁴⁹ « *The independence of the individual judge is comprised of two essential elements : substantive independence and personal independence* ». *Ibidem*.

⁵⁰ « *Substantive independence means that in the making of judicial decisions and exercising other official duties, individual judges are subject to no other authority but the law* ». *Ibidem*.

⁵¹ « *Personal independence means that the judicial terms of office and tenure are adequately secured* ». *Ibidem*.

⁵² « *Personal independence is secured by judicial appointment during good behaviour terminated at retirement age, and by safeguarding judicial remuneration* ». *Id.*, pp. 598-599.

affaires, le calendrier des tribunaux, ou le déplacement des juges d'un tribunal à un autre ou d'un lieu à un autre⁵³.

21. Pour ce qui est, ensuite, de l'indépendance collective de la justice comme institution, elle n'est subdivisée en aucune branche – contrairement à l'indépendance du juge individuel. Shimon Shetreet caractérise l'indépendance collective en des termes relativement larges, en se référant à ce qui concerne l'administration de la justice : « *Le concept d'indépendance de la justice collective peut nécessiter une plus grande participation judiciaire dans l'administration centrale des tribunaux, y inclus la préparation des budgets pour les tribunaux, et selon le point de vue que l'on adopte sur la nature de l'indépendance de la justice, le degré de [cette] participation judiciaire peut varier de la consultation, à la responsabilité partagée avec le pouvoir exécutif (ou le pouvoir législatif) voire à la responsabilité judiciaire exclusive* »⁵⁴.

22. A la fin des développements consacrés à sa typologie des sens de l'indépendance de la justice, Shimon Shetreet introduit un troisième et dernier concept avec le terme « indépendance interne » (*internal independence*). L'indépendance interne fait référence à « *l'indépendance d'un juge à l'égard de ses supérieurs et collègues* »⁵⁵. Ce concept d'indépendance interne est, pour Shimon Shetreet, lié aux concepts d'indépendance décisionnelle et personnelle. Toutefois, dans la grille de lecture de l'auteur, il est, à notre sens, relativement difficile de déterminer le rapport que ce concept entretient avec les deux autres. Shimon Shetreet se contente d'écrire que le concept d'indépendance interne est « *un autre aspect de l'indépendance de la justice, qui n'a pas attiré suffisamment d'attention (...) Il transcende tant l'indépendance décisionnelle que l'indépendance personnelle du juge vis-à-vis de ses collègues et de ses supérieurs. Cet aspect de l'indépendance de la justice a aussi été consacré dans les normes internationales* »⁵⁶.

⁵³ « *executive control over terms of service of the judges, such as remuneration, pensions, or travel allowance is inconsistent with the concept of judicial independence. Still much less acceptable is any executive control over case assignment, court scheduling, or moving judges from one court to another, or from one locality to another* ». *Id.*, p. 599.

⁵⁴ « *The concept of collective judicial independence may require a greater measure of judicial participation in the central administration of the courts, including the preparation of budgets for the courts, and depending on one's view of the nature of judicial independence, the extent of judicial participation may range from consultation, sharing responsibility with the executive (or the legislature) and exclusive judicial responsibility* ». *Id.*, p. 599.

⁵⁵ « *That is, the independence of a judge from his judicial superiors and colleagues* ». *Id.*, p. 599.

⁵⁶ « *Another aspect of judicial independence, which also has not attracted sufficient attention, is the internal independence of the judiciary. That is, the independence of a judge from his judicial superiors and colleagues. This also transcends both the substantive and personal independence of the judge vis-a-vis his colleagues and*

A présent que la typologie de Shimon Shetreet a été présentée, il convient de décrire celle d'Eli Salzberger.

§2. La typologie d'Eli Salzberger

23. Dans son article intitulé « Une analyse positive de la théorie de la séparation des pouvoirs ou : Pourquoi avons nous une justice indépendante ? » publié en 1993⁵⁷, au sein d'une partie relativement courte intitulée « Qu'est-ce que l'indépendance de la justice ? »⁵⁸, Eli Salzberger propose un inventaire des significations de l'indépendance. Pour commencer, l'auteur distingue cinq « *strates ou cercles* »⁵⁹. Précisément, il parle de quatre cercles intérieurs (« *inner circles* ») et d'un cercle plus large (« *one larger circle* »). Il ajoute, ensuite, deux cercles additionnels (« *additional circles* »). Eli Salzberger ne numérote pas les cercles ou strates qu'il distingue. Pour faciliter la compréhension de la typologie de l'auteur, et sans déformer sa pensée, nous avons procédé à la numérotation des cercles décrits de un à sept.

24. Le contenu des cercles un à quatre est, d'abord, brièvement exposé :

Cercle 1. Le juge ne doit pas, dans le cadre de son activité juridictionnelle, être influencé par les parties au procès.

Cercle 2. Le juge ne doit pas, dans le cadre de son activité juridictionnelle, être influencé par le gouvernement.

Cercle 3. Le juge ne doit pas, dans le cadre de son activité juridictionnelle, être influencé par ses collègues.

Cercle 4. Le juge ne doit pas, dans le cadre de son activité juridictionnelle, être influencé par l'opinion publique.

Ensuite, Eli Salzberger explique que les cercles 1, 2, 3 et 4 peuvent être réunis dans un cercle plus large.

Cercle 5. Le juge est, dans le cadre de son activité juridictionnelle, uniquement soumis à la loi.

Enfin, Salzberger ajoute aux cinq premiers cercles deux autres cercles :

superiors. This aspect of judicial independence has also been recognized in international standards ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 599.

⁵⁷ E. M. Salzberger, « A positive analysis of the doctrine of separation of powers or : Why do we have an independent judiciary ? », *International Review of Law and Economics*, vol. 13, 1993, pp. 349-379.

⁵⁸ La partie est rédigée sur moins de deux pages (pp. 350-352).

⁵⁹ *Id.*, p. 351.

Cercle 6. La justice, comme pouvoir, doit être indépendante des autres pouvoirs d'Etat : en particulier, le gouvernement ne doit pas pouvoir supprimer l'institution judiciaire, la remplacer, ou faire des changements significatifs dans sa structure.

Cercle 7. Les décisions de justice, une fois prononcées, ne doivent pas être remises en question ou ignorées par le gouvernement.

25. Au recensement des définitions de l'indépendance de la justice, Eli Salzberger ajoute, en outre, une distinction entre « sujet », « objet » et « nature » de l'indépendance. L'auteur indique, d'abord : « *Le sujet de l'indépendance peut être une personne (ou un groupe de personnes) ou une institution. Thus when we say that Virginia is independent (or has independence), we may be referring to a specific person or to the American state* »⁶⁰. Pour ce qui est de l'objet de l'indépendance, il explique: « *Lorsque nous disons que quelqu'un ou quelque chose est indépendant, même si nous ne précisons pas qu'il/elle est indépendant(e) de x ou y, nous faisons toujours référence à l'indépendance comme se rapportant à un objet. Le sens de la phrase "Virginia is independent" dépend du contexte. Si Virginie est une enfant de six ans, l'objet peut être ses parents, ses instituteurs, etc. Si Virginie est un ministre du gouvernement, l'objet peut être le premier ministre, le parti, ou le public. Si la Virginie est l'Etat, l'objet peut être le président, le Congrès, ou les Etats-Unis d'Amérique* »⁶¹. S'agissant, enfin, de la nature de l'indépendance, Eli Salzberger estime qu'elle peut être de deux types : elle peut concerner l'existence même du sujet (il faut alors parler d'indépendance « fondamentale »). Elle peut aussi être relative au comportement, à la conduite ou au processus de décision du sujet de l'indépendance (il s'agit de l'indépendance « dynamique »)⁶² : « *la nature de l'indépendance peut faire référence à ce que son sujet est,*

⁶⁰ « *The subject of independence can be either a person (or a group of persons) or an institution. Thus when we say that Virginia is independent (or has independence), we may be referring to a specific person or to the American state* ». *Id.*, p. 350. A titre d'exception, la version anglaise de la seconde partie de la citation est intégrée au corps du texte et ne fait pas l'objet d'une traduction. En effet, il semble impossible de restituer en langue française le jeu autour du mot « *Virginia* ». En français, lorsqu'il est fait référence à l'Etat américain de Virginie, il est impossible de parler/d'écrire seulement « Virginie ». Nous dirons/écrivons « *la Virginie* ». De fait, le mot anglais « *Virginia* » reçoit deux traductions différentes en langue française, selon qu'il est fait allusion à l'Etat (la Virginie) ou au prénom (Virginie).

⁶¹ « *When we say that someone or something is independent, even if we do not specify that it is independent from x or y, we always refer to the independence as related to an object. The meaning of the sentence "Virginia is independent" is dependent on the context. If Virginia is a 6-year-old child, the object may be her parents, her teachers, etc. If Virginia is a government minister, the object may be the prime minister, the party, or the public. If Virginia is the state, the object may be the president, Congress, or the United States of America* ». *Id.*, p. 350-351. Pour les mêmes raisons que celles évoquées pour la citation précédente (voir note de bas de page ci-dessus), la version anglaise d'une partie de la citation est conservée dans le corps du texte, sans traduction.

⁶² *Id.*, p. 351.

ou à ce que son sujet fait »⁶³. Ramenée aux sept cercles identifiés, la différenciation entre sujet, objet et nature de l'indépendance conduit Eli Salzberger à observer que s'agissant des cinq premiers cercles, le sujet de l'indépendance est le juge ; quant à la nature de l'indépendance, elle est dynamique. Pour ce qui est des deux derniers cercles, le sujet est respectivement l'institution judiciaire et la décision du juge ; en ce qui concerne la nature de l'indépendance, elle est, dans ces deux derniers cas, fondamentale.

26. Ces deux typologies – tant celle de Shimon Shetreet que celle d'Eli Salzberger – permettent d'éclairer les sens essentiels de l'indépendance de la justice. Elles ont, sans conteste, stimulé et permis de faire progresser notre réflexion théorique initiale sur l'indépendance. Il reste néanmoins que les définitions fournies par les deux auteurs sont, d'une manière générale, brèves et peu détaillées. C'est, en particulier, le cas pour le concept d'indépendance collective de Shimon Shetreet ou le cercle 6 d'Eli Salzberger. Ajouté à cela, certains termes clefs utilisés dans les typologies nous semblent assez approximatifs : dans la typologie d'Eli Salzberger, le recours au mot « objet » de l'indépendance se révèle assez vague. Ne vaudrait-il pas mieux employer à la place les termes plus parlants d' « ennemi » ou d' « adversaire » de l'indépendance ? Autre observation pour la typologie d'Eli Salzberger : comment une décision de justice, autrement dit une norme juridique, peut-elle être le « sujet » de l'indépendance, c'est-à-dire le bénéficiaire de l'indépendance ? Enfin, il apparaît également que pour les deux typologies, certaines lignes de démarcation sont relativement imprécises : c'est, notamment, le cas pour la frontière entre les concepts d'indépendance collective et d'indépendance personnelle de Shimon Shetreet. C'est aussi le cas chez Shimon Shetreet pour la frontière entre le concept d'indépendance interne, d'une part et les concepts d'indépendance décisionnelle et personnelle, d'autre part (l'auteur emploie, sans plus d'explications, le verbe « transcender »). Du reste, Eli Salzberger reconnaît lui-même que son inventaire des concepts de l'indépendance est inachevé. Selon ses propres termes, « *la définition de l'indépendance de la justice n'a pas été étudiée dans tous ces aspects* »⁶⁴. A titre d'illustration, Eli Salzberger observe – entre autres – que la question d' « *une interaction entre les différents cercles* »⁶⁵ n'a pas été approfondie. Eu égard à l'objet de la présente recherche (identifier et comparer les évolutions des sens de l'indépendance de la justice en

⁶³ « *the nature of independence can refer to what its subject is, or what its subject does* ». *Id.*, p. 351.

⁶⁴ « *this definition of judicial independence has not been fully explored* ». *Id.*, p. 352.

⁶⁵ *Ibidem*.

Angleterre, en Allemagne et en France), la réflexion engagée sur le recensement des concepts de l'indépendance mérite d'être précisée, complétée et enrichie *de manière à couvrir les sens de l'indépendance de la justice sur une large période chronologique et dans trois pays*. L'exercice consistant à proposer une grille de lecture des concepts de l'indépendance embrassant les multiples significations tant passées que contemporaines de l'indépendance et dans trois pays est délicat. Il implique de relever plusieurs défis sur lesquels il convient d'attirer l'attention.

Section 2 : Les défis d'une typologie des concepts de l'indépendance

27. D'une façon générale, la construction de toute typologie, quelle qu'elle soit, est un travail complexe. Luc Heuschling attire l'attention sur les difficultés liées à un pareil exercice en faisant ressortir « *le problème de l'exhaustivité* », qu'il juge « *inatteignable* », celui « *de la polysémie des mots* », « *des glissements parfois imperceptibles de sens* », « *des divergences d'usage selon les auteurs, les époques, les pays, sans oublier les contradictions internes au discours d'un seul et même locuteur* »⁶⁶. A regret, l'auteur admet que « *malgré tous les efforts salutaires et indispensables de clarification, il est peu probable que les espoirs chéris par d'aucuns d'aboutir in fine à un découpage tranché, net et simple de notre univers intellectuel, puissent être exaucés* »⁶⁷.

28. S'agissant, en particulier, d'une typologie sur les concepts de l'indépendance de la justice, il est permis d'identifier d'autres difficultés plus spécifiques. A notre sens, il est, avant tout, possible de recenser, à cet égard, cinq difficultés majeures. Il y a le problème des qualificatifs juxtaposés au mot « indépendance » (§1). Il y a également la question du champ sémantique entourant le mot « indépendance » (§2), les difficultés liées aux mécanismes garantissant l'indépendance (§3) et l'obscurité du mot « justice » (§4). Il y a, pour finir, la question des multiples bénéficiaires et ennemis de l'indépendance de la justice (§5).

⁶⁶ L. Heuschling, « "Effectivité", "efficacité", "efficience" et "qualité" d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de la légitimité ?*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence par L'Institut Louis Favoreu (5 et 6 novembre 2010), Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 28.

⁶⁷ *Ibidem*.

§1. Les qualificatifs juxtaposés au mot « indépendance »

29. Pour commencer, le premier problème se rapporte aux qualificatifs juxtaposés au mot « indépendance ». A titre d'illustration, en langue française, il est possible de rencontrer, spécifiquement dans les discours de la doctrine ou dans la jurisprudence, les étiquettes « indépendance fonctionnelle », « indépendance organique » ou « indépendance décisionnelle ». En langue anglaise, on trouve, par exemple, les expressions « personal independence », « substantive independence », « collective independence » ou « institutional independence ». En langue allemande, on peut notamment repérer les expressions « sachliche Unabhängigkeit », « persönliche Unabhängigkeit », « institutionelle Unabhängigkeit » ou « organisatorische Unabhängigkeit ». Or, si *a priori*, les adjectifs, en précisant le mot indépendance, pourraient le rendre plus clair, en réalité, parfois, ils le compliquent au point même de l'obscurcir. Il y a deux raisons à cela : premièrement, les adjectifs sont particulièrement nombreux. Sans prétendre à l'exhaustivité, on en a dénombré, en langue française, au moins vingt-un. Aux qualificatifs « fonctionnelle », « organique », « décisionnelle », s'ajoutent ainsi « statutaire », « institutionnelle », « collective », « individuelle », « personnelle », « constitutionnelle », « structurelle », « externe », « interne », « de la juridiction » / « des juridictions », « intellectuelle », « morale », « budgétaire », « financière », « administrative », « de gestion », « normative » ou « réglementaire ». Deuxièmement, les sens des qualificatifs sont, la plupart du temps, relativement incertains. C'est, avant tout, le cas dans les travaux de la science française du droit. De nombreux auteurs français ont recours aux différents adjectifs de manière vague et imprécise, de sorte qu'il est compliqué de trouver une définition claire et absolue pour chacune des terminologies dans la littérature juridique française⁶⁸. C'est aussi le cas – quoique dans une moindre mesure – dans les travaux de la science anglaise du droit⁶⁹. Au final, il existe donc fréquemment un certain flottement dans l'usage des qualificatifs juxtaposés au mot indépendance, qui ne facilite pas l'élaboration d'une typologie des concepts de l'indépendance.

⁶⁸ Cette question d'un flottement des terminologies dans la littérature juridique française sera examinée en profondeur dans la partie consacrée au développement de la conceptualisation de l'indépendance de la justice en France. Voir : *Infra*, n° 690 et s.

⁶⁹ Voir, *Infra*, n° 361 et s.

§2. Le champ sémantique entourant le mot « indépendance »

30. La seconde difficulté réside dans l'existence d'un champ sémantique entourant le mot « indépendance ». Par champ sémantique entourant le mot « indépendance », il faut entendre les mots qui gravitent autour du mot indépendance, c'est-à-dire qui lui sont régulièrement associés et qui, surtout, ont des significations particulièrement proches. Il s'agit, notamment, des mots « liberté », « autonomie », « désintéressement », « neutralité » et « impartialité ».

31. S'agissant, en particulier, du mot « impartialité », il est défini par Marie-Anne Frison Roche comme consistant « *non pas à cesser d'avoir des opinions personnelles ou de parvenir à une sainte désincarnation, mais plus simplement à être apte à être convaincu par un fait, un argument, une interprétation juridique qu'une partie va proposer* »⁷⁰. Le Dictionnaire de droit international public précise que l'impartialité est « *l'absence de parti pris, de préjugé et de conflit d'intérêt chez un juge, un arbitre ou une personne en position analogue par rapport aux parties se présentant devant lui ou par rapport à la question qu'il doit trancher* »⁷¹. S'inspirant de la distinction déjà posée par la Cour européenne des droits de l'homme et les tribunaux pénaux internationaux, Natalie Fricero dédouble le principe d'impartialité en différenciant l'impartialité subjective de l'impartialité fonctionnelle⁷². L'impartialité subjective relève du comportement du juge et implique que le juge ne manifeste aucun préjugé ou parti pris personnel : elle « *tient à des critères tirés de la personne même du juge, qui intéressent soit les relations privilégiées qu'il entretient avec l'une des parties, soit son comportement personnel à l'encontre d'une des parties. (...) De manière générale, chaque fois qu'une partie peut prouver que l'exercice de la fonction juridictionnelle risque d'être altéré par un lien particulier entre le juge et l'adversaire, l'impartialité peut être remise en question (relation de concubinage entre le juge et l'adversaire ou un parent de l'adversaire...).* Ensuite, le comportement personnel du juge peut traduire des a priori à l'encontre d'une partie : le juge peut tenir des propos racistes, publier un article de presse mettant en cause le plaideur qu'il va juger, participer à une émission médiatisée pour s'exprimer sur un dossier en cours... Ces éléments permettent, s'ils sont démontrés, de suspecter légitimement le juge de ne pas fonder sa décision exclusivement sur l'appréciation

⁷⁰ M-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *Dalloz*, n° 6, 1999, pp. 53-57, spéc. n° 9.

⁷¹ J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Paris, Bruylant, 2001, p. 562.

⁷² La Cour européenne des droits de l'homme et les tribunaux pénaux internationaux emploient l'expression « impartialité objective » à la place de l'expression « impartialité fonctionnelle ». V. pour une illustration: CEDH, 6 juin 2000, *Morel c/ France*, req. n° 34130/96, §20.

neutre des faits et l'appréciation objective du droit »⁷³. L'impartialité fonctionnelle concerne le fonctionnement de la justice et l'aménagement des procédures : « L'impartialité est dite fonctionnelle lorsque le juge a déjà eu connaissance de l'affaire avant de statuer au fond, parce qu'il a exercé successivement plusieurs fonctions juridictionnelles (juge de la mise en état ou juge des référés puis juge du fond, juge de premier degré puis conseiller à la cour d'appel...). Afin d'éviter que le juge aborde le fond avec un préjugé, fût-il d'ordre juridique, il lui est interdit d'apprécier deux fois le mêmes faits et de prendre plusieurs décisions de nature juridictionnelle dans la même affaire »⁷⁴.

32. Qualité essentielle du procès équitable, l'impartialité est fréquemment liée à l'indépendance, au point qu'« on finit par les couvrir dans le même sac : on dit au bout du compte "indépendance et impartialité", comme s'il s'agissait d'une institution unique »⁷⁵. C'est le cas, notamment, dans l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme qui dispose : « Tout personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...) ».

33. Pour différencier l'indépendance de l'impartialité, les auteurs appréhendent, de manière récurrente, la première comme étant un *préalable* à la seconde. Ils s'accordent pour reconnaître l'indépendance comme une condition rendant possible la réalisation de l'impartialité. Les propos de Charles Eisenmann sont, à cet égard, symptomatiques. Il explique que l'indépendance est « la condition, sinon suffisante, du moins nécessaire de l'impartialité, celle qui fera, non pas que les juges soient impartiaux, mais qu'ils ne soient pas empêchés de l'être, s'il est en eux de l'être »⁷⁶. A l'instar de Charles Eisenmann, Marie-Anne Frison Roche a également investi ce critère de distinction, puisqu'elle observe que « l'indépendance peut être la meilleure condition de l'impartialité »⁷⁷. Dans la même veine, Serge Guinchard et ses co-auteurs constatent que « l'indépendance est une condition préalable à l'impartialité ; on ne peut être impartial si, déjà, on n'est pas indépendant ; mais,

⁷³ N. Fricero, « Impartialité », in L. Cadet (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, Paris, PUF, 2004, pp. 607-608.

⁷⁴ *Id.*, p. 608.

⁷⁵ C. Santulli, « Trois observations sur l'indépendance et l'impartialité des juridictions internationales », in H. Ruiz Fabri, J-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 225.

⁷⁶ C. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle d'Autriche*, Paris, LGDJ, 1928, p. 176.

⁷⁷ M-A. Frison-Roche, « L'impartialité du juge », *Dalloz*, n° 6, 1999, pp. 53-57, spéc. n° 12.

à l'inverse, un juge indépendant de tout pouvoir peut devenir partial dans un dossier particulier »⁷⁸.

34. Reste qu'en dépit de cet effort de clarification les frontières entre d'une part, le mot « indépendance » et d'autre part, le mot « impartialité » demeurent poreuses dans les travaux doctrinaux et en droit positif. Eli Salzberger signale, par exemple, que plusieurs universitaires considèrent que le cercle 1 selon lequel le juge ne doit pas, dans le cadre de son activité juridictionnelle, être influencé par les parties au procès correspond à « *la notion séparée d'impartialité* »⁷⁹. Une des raisons à cette porosité des frontières entre indépendance et impartialité est que le mot « impartialité » présente, dans le fond, un contenu aussi incertain que celui du mot « indépendance ». Comme le reconnaît Boris Bernabé, l'impartialité « *n'a pas de contours précis, pas de définition stricte, ou strictement juridique* »⁸⁰. Emmanuelle Jouannet observe elle aussi que l'impartialité revêt « *en réalité un caractère relatif et non pas absolu qui, de la même façon que pour l'indépendance, amène à introduire des nuances malaisées à identifier et à juridiciser* »⁸¹. L'auteur impute, en particulier, la difficulté à ce que l'impartialité « *est plutôt considérée comme une qualité interne du juge* »⁸². Le magistrat Régis de Gouttes dresse un constat similaire : l'impartialité est « *une notion plurivoque, ambiguë, aux résonances à la fois juridiques, psychologiques et morales* »⁸³.

35. En définitive, ce qui ressort des travaux doctrinaux est que les contours imprécis de l'impartialité, à laquelle est souvent associée l'indépendance, rendent d'autant plus complexe la construction d'une typologie des sens de l'indépendance.

⁷⁸ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 218. V. aussi : E. Jouannet, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : La consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. Ruiz Fabri, J-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 291 ; J. Thomas, *L'indépendance du Conseil Constitutionnel*, thèse, Paris, LGDJ, 2011, p. 80 ; O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, (s. n.), 2011, p. 686 ; F. Hourquebie, « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la justice*, n° 2, 2012, p. 49.

⁷⁹ E. Salzberger, *op. cit.*, p. 351.

⁸⁰ B. Bernabé, *La récusation des juges : études médiévale, moderne et contemporaine*, thèse, Paris, LGDJ, 2009, p. 5.

⁸¹ E. Jouannet, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : La consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. Ruiz Fabri, J-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 292.

⁸² *Ibidem*.

⁸³ R. de Gouttes, « L'impartialité du juge. Connaître, traiter et juger : quelle compatibilité ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2003, pp. 63-77 ; spéc. p. 63.

§3. Les mécanismes garantissant l'indépendance

36. Avant de dresser un inventaire des concepts de l'indépendance de la justice, il convient également de s'intéresser aux mécanismes garantissant l'indépendance. Les mécanismes garantissant l'indépendance renvoient *aux multiples instruments* mis en place pour atteindre l'objectif d'indépendance. Constituent, par exemple, une garantie de l'indépendance la durée du mandat du juge. Selon Fabrice Hourquebie, « *plus celui-ci [le mandat du juge] est long, plus les risques de pression des pouvoirs publics sur les juges sont diminués. On peut donc penser que le mandat à vie protège très efficacement les juges de toute pression extérieure* »⁸⁴. Il y a également, entre autres, les incompatibilités, la publicité des débats, la collégialité ou le recrutement par concours. A la différence d'un *concept* d'indépendance, une *garantie* de l'indépendance ne représente pas un but à atteindre, ou pour le dire différemment, une finalité *en elle-même*. Elle est, plus modestement, un moyen (parmi d'autres) pour parvenir à un objectif, à savoir l'indépendance.

37. Cela étant dit, il convient, tout de même, de signaler que la distinction entre concept et garantie de l'indépendance n'est pas toujours évidente, dans la mesure où il n'existe pas de découpage tranché entre ce qui est un concept et ce qui est une garantie de l'indépendance. En particulier, la présente étude permettra de montrer qu'il existe, à cet égard, des divergences d'usage selon les auteurs, les époques et les pays. D'abord, un énoncé peut être conçu comme un sens de l'indépendance dans un pays, tandis qu'il est envisagé comme une garantie de l'indépendance dans un autre pays : c'est, par exemple, le cas de la protection statutaire du juge, qui inclut, en particulier, l'inamovibilité et le maintien de la rémunération. Alors que la protection statutaire du juge est considérée dans le droit positif allemand actuellement en vigueur et, d'une manière générale, dans la littérature contemporaine allemande comme un des concepts de l'indépendance⁸⁵, elle est, le plus souvent, présentée en France comme une garantie de l'indépendance⁸⁶. Plus encore, un énoncé peut être pensé comme un sens de l'indépendance par certains auteurs dans un pays, tandis qu'il est appréhendé comme une garantie de l'indépendance par d'autres auteurs dans le même pays : c'est encore, à titre d'illustration, le cas de la protection statutaire du juge. Une minorité d'auteurs anglais

⁸⁴ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 435.

⁸⁵ C'est, en langue allemande, le concept de « *persönliche Unabhängigkeit* » (indépendance personnelle). Pour de plus amples renseignements sur la question, voir surtout : *Infra*, n° 512 et s.

⁸⁶ V. sur ce point : *Infra*, n° 680 et s.

promeuvent la protection statutaire du juge au rang des définitions de l'indépendance. A l'opposé, la majorité des auteurs anglais en font seulement une garantie de l'indépendance⁸⁷.

38. De cela, il résulte, finalement, que le chercheur doit veiller à repérer ces divergences d'usage, autrement dit ces glissements ou basculements entre garantie et concept de l'indépendance. Pour ce faire, il doit prêter attention à la manière dont un discours est formulé ou à la manière dont un discours doit, en toute vraisemblance, être compris (l'énoncé renvoie-t-il à un but en lui-même ou fait-il seulement référence à un moyen pour réaliser l'objectif d'indépendance ?). Dans certains cas, pour trancher la question de savoir si un énoncé est une définition de l'indépendance ou s'il est seulement un moyen pour réaliser l'indépendance, le chercheur doit examiner, plus largement, le contexte et prendre en compte d'autres critères, à l'instar de la fréquence à laquelle l'énoncé est répété, la qualité de celui qui formule l'énoncé voire la renommée du locuteur.

§4. L'obscurité du mot « justice »

39. Aux quatre premières difficultés mises en évidence ci-avant s'ajoutent encore les incertitudes entourant le mot « justice ». De la même façon que le mot indépendance, la seconde partie de l'expression « indépendance de la justice » pose des difficultés conceptuelles, car elle prête à une large gamme d'interprétation⁸⁸. Le problème de l'indétermination du mot « justice » a interpellé le professeur canadien Peter H. Russell. Après avoir observé que « *dans l'expression "judicial independence", il y a un autre mot qui peut demander un éclaircissement il s'agit du mot "juridictionnel"* », il se demande s'il est, en fait, possible de toujours déterminer « *les autorités ou institutions qui sont visées* »⁸⁹.

40. Le contenu du mot « justice » est d'ailleurs encore plus incertain, dès lors que l'on se place dans une perspective comparatiste. Précisément, les divisions de la justice connues dans un pays sont, souvent, tout autres à l'étranger. Il suffit de songer à la justice administrative :

⁸⁷ V. sur ce point : *Infra*, n° 318 et s. V. aussi l'existence dans la littérature juridique allemande du XIXe siècle de deux approches différentes dans la manière d'appréhender la protection statutaire du juge : tandis que certains auteurs allemands du XIXe siècle (à l'instar d'Hermann Schulze) envisagent la protection statutaire du juge comme l'une des significations de l'indépendance, d'autres (Burkhard Wilhelm Pfeiffer ou Paul Laband) la présentent plutôt comme une garantie de l'indépendance. *Infra*, n° 472 et s.

⁸⁸ V. sur ce point : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Dalloz, 449 p.

⁸⁹ P. H. Russell, « Toward a general theory of judicial independence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (dir.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 5.

elle constitue, en France, un ordre juridictionnel à part, avec ses propres magistrats distincts des magistrats de l'ordre judiciaire. En Angleterre, il n'existe pas d'ordre juridictionnel administratif séparé, même s'il y a des juges spécialisés en contentieux administratif. En Allemagne, il existe un ordre juridictionnel administratif, mais *un seul et unique* corps de magistrats. Signalons également la particularité, en France, des magistrats du parquet de l'ordre judiciaire. Ils appartiennent avec les magistrats du siège à un corps judiciaire unique. L'unité du corps judiciaire (magistrats du siège et du parquet) qui caractérise la France ne se rencontre pas en Angleterre – où les membres du parquet sont, le plus souvent, des avocats (*barristers* ou *solicitors*), liés par des relations contractuelles : ils sont réunis au sein d'un service hiérarchisé appelé le *Crown Prosecution Service* (CPS), dirigé par un directeur (*Director of Public Prosecutions*), qui dépend formellement du procureur général (*Attorney General*), lequel agit sous l'autorité du pouvoir politique⁹⁰. Cette unité du corps judiciaire qui réunit, en France, les magistrats du siège et du parquet n'existe pas non plus en Allemagne, où les membres du parquet (*Staatanwälte*) sont des fonctionnaires (*Beamte*), qui font partie intégrante du pouvoir exécutif⁹¹. La situation française d'un corps judiciaire unique est, par contre, à mettre en perspective avec la situation italienne. En effet, l'Italie connaît également un corps unique de magistrats. Au-delà de ce point commun, les parquets français et italiens se distinguent toutefois nettement, puisque les membres du ministère public italien jouissent d'une indépendance décisionnelle et statutaire par rapport au pouvoir exécutif⁹², qui est à l'opposé de la situation des membres du ministère public français.

41. Pour cette typologie – et plus largement dans le cadre de notre étude – c'est « *une conception extensive des organes de la fonction juridictionnelle* »⁹³ qui est retenue avec le mot « justice ». Pour le dire différemment, la « justice » est appréhendée de manière

⁹⁰ Pour de plus amples renseignements sur les membres du ministère public en Angleterre, lire : A. Martini, « Angleterre, un autre parquet ? », in C. Lazergues (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, pp. 47-66.

⁹¹ Pour de plus amples renseignements sur les membres du ministère public en Allemagne, consulter : E. Mathias, *Les procureurs du droit : De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, CNRS Editions, 1999, 288 p. ; H. Henrion, N. Salditt, « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », in C. Lazergues (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, pp. 29-46 ; D. Salas, « Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales », *Droit et société*, 2010, n° 74, pp. 92-94.

⁹² Pour de plus amples renseignements sur l'indépendance du parquet italien, lire : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, pp. 83 et s. V. aussi : I. Boucobza, « Le parquet dans la magistrature : Analyse des controverses en France et en Italie », *Laboratoire italien : Politique et société*, vol. 2, 2001, pp. 109-126 ; I. Boucobza, « Italie : Indépendance du parquet. Le cas de l'opération mani pulite », *Mouvements*, vol. 4, n° 29, 2003, pp. 36-40 ; D. Salas, « Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales », *Droit et société*, 2010, n° 74, pp. 99-102.

⁹³ I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, p. 108.

transversale, sans distinction entre les justices civile, pénale, administrative, constitutionnelle ou entre les magistrats du siège et du parquet⁹⁴. Le choix de l'acception maximaliste nous apparaît le seul approprié pour la construction d'une grille de lecture exhaustive des sens possibles de l'indépendance de la justice. Précisément, seule une étude de la justice au sens large, qui envisage la justice dans sa globalité et dans sa complexité, est envisageable, dès lors qu'il est proposé d'offrir une contribution à la théorisation de l'indépendance de la justice. Sur ce point, Fabrice Hourquebie explique, déjà, qu'« *il ne peut y avoir de théorie que du global, c'est-à-dire du général* »⁹⁵ et en déduit, par conséquent, qu'« *on ne peut alors certainement pas aller loin dans la compréhension du phénomène juridictionnel, si on se limite au seul judiciaire ou à une seule branche de ce pouvoir. Car plus l'objet est limité, plus il conduit à une démarche "spécialiste" d'introversion* »⁹⁶.

§5. La multiplicité des bénéficiaires et des ennemis de l'indépendance

42. Pour finir, un dernier élément complique l'élaboration d'une grille de lecture des concepts de l'indépendance de la justice : il s'agit de la pluralité des bénéficiaires et des ennemis de l'indépendance. Déjà, Eli Salzberger distingue plusieurs « sujets » et « objets » différents⁹⁷. En substance, par bénéficiaire de l'indépendance de la justice, il faut entendre celui qui en jouit, autrement dit son titulaire. Pour ce qui est de l'ennemi de l'indépendance, il fait référence à celui qui est opposé à l'indépendance ou pour le dire différemment, qui agit sur l'indépendance en vue de l'influencer ou de la mettre en péril. D'une manière générale, dans les divers discours relatifs à l'indépendance, tant l'identification des bénéficiaires que des ennemis de l'indépendance est un exercice délicat. Ils sont rarement énoncés de manière formelle. Au contraire, ils sont, le plus souvent, implicites dans les discours ou les normes de droit positif. A notre sens, les bénéficiaires de l'indépendance peuvent être au nombre de deux : il peut s'agir soit du juge (en tant que personne : magistrat judiciaire, administratif, constitutionnel, magistrat du siège ou du parquet), soit de la justice (autrement dit, l'institution judiciaire). Parmi les nombreux ennemis de l'indépendance identifiés en tant que tels par les auteurs, peuvent être cités le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif ou le pouvoir

⁹⁴ Le parti pris de traiter la justice de manière transversale ne doit, évidemment, pas empêcher de souligner, à l'occasion, les distinctions entre les différentes justices, lorsqu'elles impliquent des concepts différents de l'indépendance de la justice.

⁹⁵ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 80.

⁹⁶ *Id.*, pp. 80-81.

⁹⁷ Ainsi que vu précédemment, Eli Salzberger différencie trois sujets : le juge, la justice et la décision du juge. Il identifie comme objets les parties, le gouvernement, les collègues du juge, l'opinion publique, la loi ou encore les pouvoirs législatif ou exclusif.

judiciaire lui-même, les parties au procès, l'opinion publique, les médias, les partis politiques, les syndicats, les experts, l'administration active voire le juge lui-même. Au final, l'élaboration d'une grille de lecture dense et fournie des significations de l'indépendance implique donc de déterminer les bénéficiaires et ennemis de l'indépendance, qui peuvent, le cas échéant, être non-dits. Du reste, pour l'agencement de notre typologie, *les bénéficiaires de l'indépendance constitueront des pivots essentiels* : ils sont les éléments autour desquels nous proposons d'organiser les concepts de l'indépendance.

Section 3 : Une typologie possible des sens de l'indépendance : définition de cinq méga-concepts

43. Cette typologie des sens de l'indépendance de la justice vise à décrire les différents sens – passés et contemporains – de l'indépendance⁹⁸. En vue de présenter et d'ordonner ces différents sens de l'indépendance, on emploiera les mots « méga-concept », « concept » et « sous-concept » d'indépendance. Le recours à ces trois niveaux de différenciation conceptuelle répond, en réalité, *aux seuls besoins de classification et d'organisation* des différents sens de l'indépendance. Par l'usage des trois mots « méga-concept », « concept » et « sous-concept », il s'agit de signaler un degré croissant de généralité. Plusieurs sous-concepts d'indépendance peuvent être réunis dans un concept d'indépendance ; et plusieurs concepts d'indépendance peuvent être réunis dans un méga-concept d'indépendance. Excepté ce degré différent de généralité, il n'y a pas, dans les développements qui suivent, d'autre distinction entre un méga-concept d'indépendance, un concept d'indépendance et un sous-concept d'indépendance. En particulier, les termes « méga-concept », « concept » et « sous-concept » renvoient tous les trois à la définition du mot « concept » fournie dans l'introduction de cette thèse. Ainsi, par « méga-concept », « concept » et « sous-concept » d'indépendance, il faut donc entendre un sens ou une signification de l'indépendance.

44. Au total, la typologie proposée ici compte *cinq* méga-concepts⁹⁹. Elle se structure autour, d'une part, *du juge* et, d'autre part, de *l'institution judiciaire* comme sujets de

⁹⁸ Le but de la typologie est de présenter et de définir les multiples sens de l'indépendance de la justice. Il s'agit d'illustrer chaque concept d'indépendance de la justice par la définition fournie par un auteur ou par des exemples concrets. Il ne s'agit, par contre, pas ici d'examiner la question de la période ou du moment auquel est apparu chaque concept. Il ne s'agit pas non plus de répondre aux questions de savoir dans quel(s) pays ou à quelle fréquence se manifeste chaque concept. Pareilles questions seront traitées tout au long des développements qui suivront et une réponse, sous la forme de bilan, sera fournie dans la conclusion de cette thèse.

⁹⁹ Voir: *Infra* pour une représentation de la typologie sous forme de diagramme.

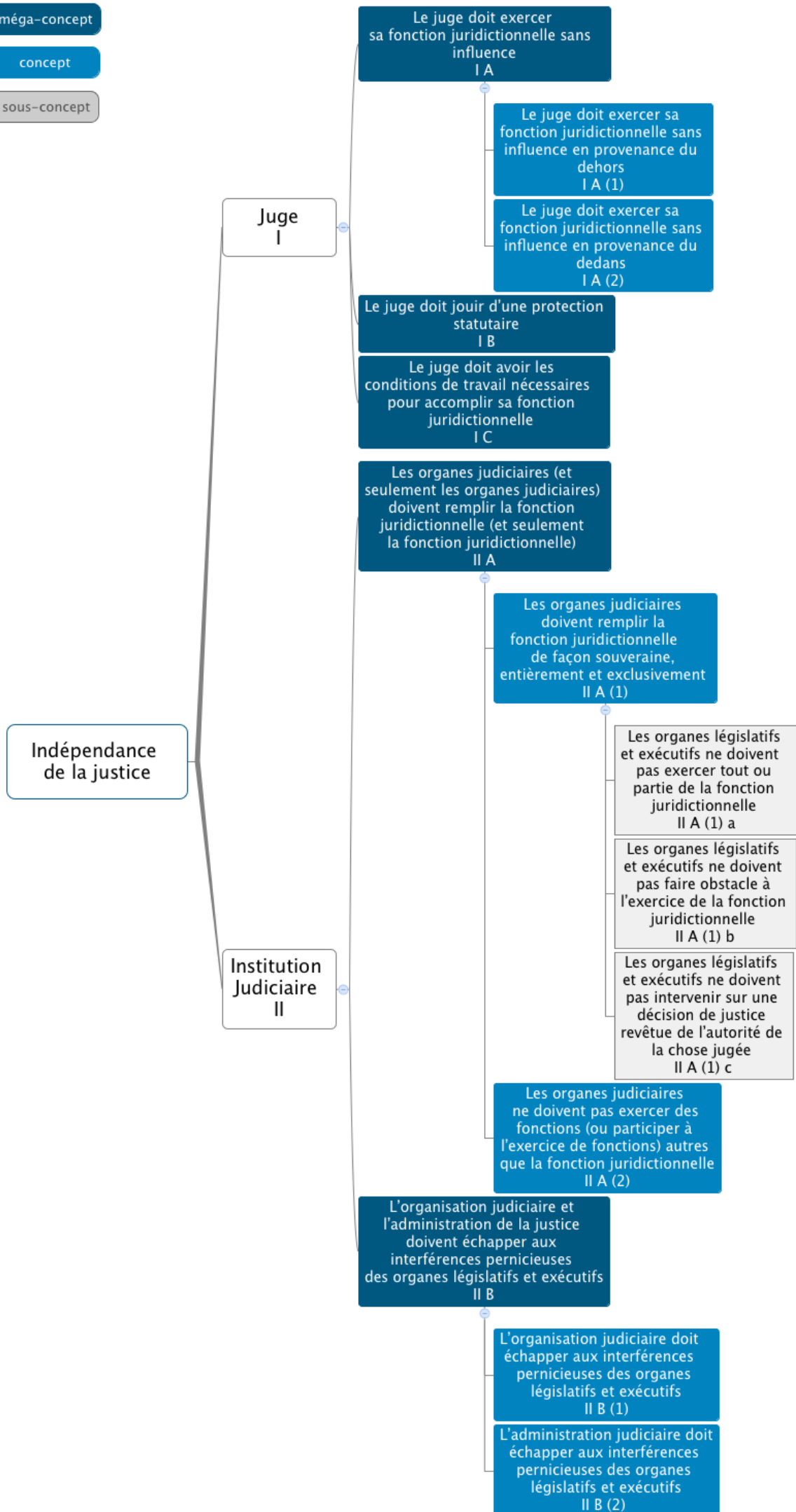
l'indépendance. D'un point de vue sémantique, l'indépendance de la justice ayant le juge pour sujet est parfois désignée, dans la littérature juridique, par l'expression « indépendance individuelle ». Pour ce qui est de l'indépendance ayant l'institution judiciaire pour sujet, la doctrine parle, à l'occasion, d'« indépendance institutionnelle », d'« indépendance collective » ou d'« indépendance structurelle ».

45. A partir du juge comme sujet de l'indépendance sont distingués trois méga-concepts d'indépendance, tandis qu'à partir de l'institution judiciaire en tant que sujet de l'indépendance (§1), deux méga-concepts sont différenciés (§2). Contrairement à ce qui pourrait être présumé, l'ordre de présentation adopté dans cette typologie ne préjuge pas de l'importance des trois méga-concepts qui ont le juge pour sujet par rapport aux deux méga-concepts qui ont l'institution judiciaire pour sujet. Cet ordre de présentation a été retenu, car il correspond au chemin usuel emprunté dans la littérature juridique. Déjà, il a été observé que Shimon Shetreet opère sa différenciation en étudiant d'abord, l'indépendance des juges individuels et, ensuite, l'indépendance collective de la justice comme institution.

méga-concept

concept

sous-concept



§1. Les trois méga-concepts d'indépendance ayant le juge pour sujet

46. Les trois méga-concepts d'indépendance ayant le juge pour sujet peuvent être formulés en ces termes :

Premier méga-concept : le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence.

On appellera ce premier méga-concept : « concept I A ».

Deuxième méga-concept : le juge doit jouir d'une protection statutaire. On appellera ce deuxième méga-concept : « concept I B ».

Troisième méga-concept : le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle. On appellera ce troisième méga-concept : « concept I C ».

A. Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence

47. Le premier méga-concept au terme duquel « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence » réunit en son sein d'autres signifiés. Précisément, il se subdivise en deux concepts :

Premier concept : le juge doit échapper dans son activité juridictionnelle aux influences en provenance du dehors. On appellera ce concept : « concept I A (1) ».

Deuxième concept : le juge doit échapper dans son activité juridictionnelle aux influences en provenance du dedans. On appellera ce concept : « concept I A (2) ».

Les influences en provenance « du dehors » et « du dedans » doivent être envisagées par rapport à la personne du juge elle-même.

(1) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors

48. Ce concept est, parfois, désigné dans la littérature juridique par l'expression « indépendance fonctionnelle »¹⁰⁰ ou l'expression « indépendance décisionnelle » : c'est ce deuxième terme que nous utiliserons, surtout, dans nos développements pour nous référer à cette facette de l'indépendance. En des termes très généraux, le concept I A (1) décrit la

¹⁰⁰ V. pour une illustration : L. Heuschling, Avis au ministère de la justice du Grand-duché de Luxembourg sur l'Avant-projet de loi portant organisation du Conseil national de la justice, 2013. Disponible en ligne : <https://orbilu.uni.lu/handle/10993/14414> (date de consultation : 24/11/15).

capacité du juge à exercer sa fonction à l'abri des influences indues ou illégitimes venant de l'extérieur.

49. Par influences indues ou illégitimes venant de l'extérieur, il faut entendre, d'abord et surtout, les influences émanant des pouvoirs exécutif, législatif ou judiciaire. S'agissant, en particulier, des pressions en provenance du pouvoir judiciaire, elles s'incarnent, par exemple, dans les instructions et consignes qui pourraient être données à un juge par son supérieur hiérarchique ou par l'un de ses collègues. Sur ce point, les auteurs font souvent référence à « l'indépendance interne » du juge¹⁰¹. Si l'indépendance interne implique pour un juge la faculté « de prendre sa décision hors toute pression ou influence extérieure » d'un autre juge, elle ne doit, en revanche, pas emporter pour conséquence « l'interdiction de s'entourer des conseils et avis qui lui sont au préalable nécessaires et de travailler en réseau avec ceux qui ont pour mission de l'assister ou de contribuer à l'efficacité de son intervention »¹⁰².

50. Par influences indues ou illégitimes venant de l'extérieur, il convient, ensuite, de comprendre les influences en provenance des « pouvoirs de fait »¹⁰³. D'une façon générale, les pouvoirs de fait sont les acteurs non étatiques. En particulier, ils peuvent être les syndicats de la magistrature, les parties au procès, l'opinion publique, les médias, les partis et mouvements politiques ou les experts. La liste des acteurs non étatiques susceptibles de faire pression sur le juge pour obtenir des décisions qui leur conviennent appelle deux commentaires : le premier concerne les pressions émanant des syndicats de la magistrature. Ces dernières sont parfois conçues par la doctrine non pas comme des pressions en provenance d'un pouvoir de fait, mais comme des pressions en provenance du pouvoir judiciaire. C'est de cette manière que, par exemple, Fabrice Hourquebie envisage les pressions des syndicats. Dans sa typologie, les pressions des syndicats menacent donc l'« indépendance interne » du juge¹⁰⁴. La seconde remarque concerne les pressions émanant des parties au procès. Plusieurs auteurs s'y réfèrent en mobilisant non pas le mot

¹⁰¹ Sur l'indépendance interne, consulter par exemple: P. Delmas-Goyon, « L'indépendance interne », *Les cahiers de la justice (Être magistrat dans la cité entre légitimes attentes et tentations démagogiques)*, n° 2, 2007, pp. 79-88 ; V. aussi: S. Shetreet, « Judicial Independence : new conceptual dimensions and contemporary challenges », in S. Shetreet, J. Deschênes (eds), *Judicial independence: the contemporary debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 599.

¹⁰² P. Delmas-Goyon, *op. cit.*, p. 84.

¹⁰³ L'expression est de Serge Guinchard. S. Guinchard, « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in J. van Compernelle, G. Tarzia (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 3.

¹⁰⁴ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 441.

« indépendance », mais le mot « impartialité ». C'est ce qui semble être le cas de Gérard Timsit, qui écrit que « *cette notion d'impartialité place le problème de la neutralité du juge sur un tout autre plan : celui des relations du juge et des parties au procès* »¹⁰⁵.

51. Pour caractériser à la fois l'interdiction des influences en provenance du pouvoir exécutif ou du pouvoir législatif et l'interdiction des influences en provenance des pouvoirs de fait, les auteurs utilisent quelquefois l'expression « indépendance externe ». Ce faisant, ils cherchent à différencier l'aspect externe et l'aspect interne au sein « des influences en provenance du dehors ». Alessandro Pizzorusso a synthétisé en des termes très clairs la différence entre « indépendance externe » et « indépendance interne » du juge. Le professeur italien souligne « *la distinction fondamentale entre l'indépendance "externe", c'est-à-dire à l'égard des autres pouvoirs de l'Etat ou des pouvoirs extérieurs à l'Etat, et l'indépendance "interne", c'est-à-dire à l'égard d'autres magistrats, tels que les « chefs de cours et de tribunaux », ou d'autres instances judiciaires (...)* »¹⁰⁶.

52. Il faut terminer ces développements sur le concept I A (1) en indiquant que la loi – qui pourrait *a priori* être perçue comme une influence externe – n'est jamais appréhendée comme une pression indue ou illégitime. Selon les propres termes de Carl Schmitt, « *dépendre de la loi signifie justement bien autre chose que de dépendre des instructions et des ordres particuliers d'un supérieur, elle signifie même quelque chose d'opposé (à cette forme de dépendance)* »¹⁰⁷. Le juge doit être, précisément, *indépendant* des influences en provenance de l'extérieur, *parce qu'il est dépendant de la loi, et plus largement du droit*. L'indépendance décisionnelle du juge se justifie par sa soumission au droit. Ce lien entre indépendance et soumission du juge au droit est, d'ailleurs, expressément établi dans l'article 97 alinéa un de la Loi Fondamentale allemande du 23 mai 1949 : « *les juges sont indépendants et ne sont*

¹⁰⁵ G. Timsit, « Le concept de procès équitable ou la place du Tiers en droit entre le zéro et l'infini », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt, H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2002, p. 35. Il a déjà été signalé qu'Eli Salzberger observe que plusieurs universitaires considèrent que le cercle 1 selon lequel le juge ne doit pas, dans le cadre de son activité juridictionnelle, être influencé par les parties au procès correspond à « *la notion séparée d'impartialité* ». E. Salzberger, *op. cit.*, p. 351.

¹⁰⁶ A. Pizzorusso, « Les rapports entre politique et justice en Italie de l'après-guerre à nos jours » (trad. M-C. Ponthoreau, S. Landi), in J-L. Briquet, M-C. Ponthoreau (dir.), *Laboratoire italien : Politique et société, Magistrature et politique*, n° 2, 2001, pp. 55-69 ; spéc. p. 58. Disponible en ligne : <http://laboratoireitalien.revues.org/273> (date de consultation : 24/11/15).

¹⁰⁷ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1ère éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, (traduction de *Verfassungslehre*, 1928), 2008, p. 293 ; V. aussi: D. Leuze, « Richterliche Unabhängigkeit », in *Der Öffentliche Dienst (DÖD)*, vol. 4, 2005, p. 79 ; L. Heuschling, « Why should judges be independent? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, pp. 204-205.

soumis qu'à la loi »¹⁰⁸. Au fond, ce qui est protégé avec l'indépendance décisionnelle, ce n'est donc pas le juge lui-même, mais c'est le droit. L'indépendance décisionnelle n'est pas un privilège accordé au juge pour rendre l'exercice de ses fonctions plus agréable. Jean-Louis Bredin fait valoir que l'indépendance ne peut « *pas être voulue et protégée pour servir la puissance du juge ou son confort, ou sa majesté, ou son agrément, ajoutée comme un merveilleux privilège aux robes et aux hermines. L'indépendance ne peut être réclamée comme une noblesse ou comme une commodité du juge : ces avantages là ne lui fournissent aucun fondement* »¹⁰⁹. L'indépendance décisionnelle sert, par contre, à imposer le règne du droit – autrement dit, à assurer l'Etat de droit¹¹⁰.

53. Si l'indépendance veut dire « *l'absence de toute soumission des juges dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle à des pouvoirs extérieurs* »¹¹¹ (concept I A (1)), elle renvoie également à l'idée que le juge doit se méfier de lui-même. C'est ce deuxième concept – qui découle du méga-concept « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence » – qu'il convient à présent d'examiner.

(2) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans

54. Dans leur manuel *Institutions juridictionnelles* (2013), Serge Guinchard et ses co-auteurs font référence à l'idée que le juge doit faire fi de sa propre personne dans le cadre de son activité juridictionnelle. Précisément, ils signalent que « *l'indépendance du juge doit exister aussi à l'égard des contraintes plus ou moins diffuses de son milieu social, et même de ses engagements personnels* »¹¹². Entre les pressions en provenance du dehors et les pressions en provenance du dedans, les auteurs identifient nettement les secondes comme étant les plus dangereuses. A l'heure actuelle, l'ennemi principal du juge est sa propre personne. C'est de lui-même que le juge contemporain doit surtout se méfier, et non pas des influences émanant de l'extérieur : « *Ce n'est donc pas tant l'indépendance du juge à l'égard du pouvoir*

¹⁰⁸ Al. 1, art. 97, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* ».

¹⁰⁹ J-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 165.

¹¹⁰ Pour une analyse comparative approfondie de l'Etat de droit, consulter : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, 739 p.

¹¹¹ C. Debbasch, « L'indépendance de la justice », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 27.

¹¹² S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 248.

politique qui pose problème, celle-ci étant largement acquise par l'évolution récente du statut des magistrats (réformes successives depuis 1992) et de par la pression syndicale qui vient en renfort des résistances individuelles, que l'indépendance du juge envers... lui-même ! (...) Etre indépendant aujourd'hui pour un juge c'est savoir résister à ses inclinations politiques (au sens de la vie de la Cité), personnelles dans les affaires qu'il doit juger »¹¹³.

55. Concrètement, le concept I A (2) implique que le juge doit ignorer ses propres opinions, ses propres préférences, ses origines ou ses expériences passées. A l'instar de l'indépendance décisionnelle, c'est, avant tout, la soumission au droit qui fonde ce second concept : le juge doit être *indépendant* des influences en provenance du dedans, *parce qu'il est dépendant du droit*.

56. Il faut encore préciser qu'une partie de la doctrine se réfère à ce concept en employant les expressions « indépendance intellectuelle », « indépendance d'esprit » ou « indépendance intérieure ». Plutôt que de parler d'indépendance, quelques auteurs préfèrent, en ce cas, recourir au terme d'« impartialité ». C'est le cas – pour ne citer qu'un seul exemple – de Christine Matray, conseillère à la Cour de cassation belge. Selon elle, « *l'impartialité peut être comprise comme une subtile politique intérieure du magistrat, une résistance culturelle et intime qu'il doit sans cesse organiser contre lui-même et qui implique à la fois sa conscience et la prudence de ses pratiques* »¹¹⁴.

57. L'indépendance ayant le juge pour sujet renferme l'idée que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence – en provenance du dehors et du dedans – (concept I A). Elle se réfère, en outre, à la protection statutaire du juge (concept I B).

B. Le juge doit jouir d'une protection statutaire

58. Si la protection statutaire du juge peut être envisagée comme une *garantie* de l'indépendance décisionnelle du juge (c'est ce qui ressort, d'une manière générale, des

¹¹³ *Id.*, pp. 249-250.

¹¹⁴ C. Matray, « Les magistrats et le Conseil supérieur de la justice », in M. Verdussen (dir.), *Le Conseil supérieur de la justice*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 77-88 ; spéc. p. 83. Signalons encore que Christine Matray définit l'indépendance en ces termes: « *L'indépendance, quant à elle, peut se concevoir comme une politique extérieure du juge, garantie par un statut qui doit lui permettre d'organiser, avec un savant dosage de diplomatie et d'ostentation, sa résistance à toute tentative de subordination à l'occasion de l'acte de juger* ». (*Id.*, p. 84). Cette définition de l'indépendance correspond au concept § 1 A (1).

travaux des universitaires français¹¹⁵), elle est aussi régulièrement appréhendée comme l'un de ses *concepts*. Dès lors que la protection statutaire du juge est érigée au rang de concept de l'indépendance, elle n'est plus seulement un moyen pour atteindre un objectif, mais elle est un objectif en soi-même. Elle n'a plus seulement une valeur instrumentale, mais elle possède une valeur en elle-même. Plusieurs auteurs consacrent la protection statutaire du juge comme l'une des significations de l'indépendance. C'est le cas, par exemple, d'Albert Venn Dicey (1835-1922) qui conçoit la protection statutaire du juge comme un concept d'indépendance sur le même plan que l'interdiction des pressions sur l'activité juridictionnelle. Il écrit que « *nos juges sont indépendants au sens où ils exercent leurs fonctions en vertu d'une charge permanente et qu'ils sont placés au dessus de l'influence directe de la Couronne et du Ministère* »¹¹⁶. C'est aussi le cas d'Hermann Schulze (1824-1888). A l'instar de Dicey, il place la protection statutaire du juge au même niveau – celui de définition de l'indépendance – que la prohibition des influences sur l'activité juridictionnelle. Selon ses propres termes, « *la proposition abstraite au terme de laquelle le monarque ne devrait exercer aucune influence sur les décisions des tribunaux, en tant qu'autorités, [autrement dit] l'interdiction de la dite justice de cabinet (Kabinetsjustiz) ne suffit pas. De manière à ce qu'effectivement la justice de cabinet ne soit pas pratiquée, la position personnelle du juge individuel doit être aussi indépendante que possible ; ils doivent jouir d'une position tellement sûre, qu'ils n'ont, sans crainte de quiconque (Menschenfurcht), qu'à suivre leur conscience et leur conviction juridique et n'ont pas à tenir compte des faveurs venant d'en haut ou d'en bas* »¹¹⁷.

59. Dans les discours et le droit positif, la protection statutaire du juge renvoie, le plus souvent, à l'inamovibilité et à ce qui touche au maintien du traitement du juge. Pour ce qui est de l'inamovibilité¹¹⁸, elle a un objet plus large que l'« irrévocabilité », qui est un mot qui lui

¹¹⁵ O. Pluen constate qu'« *il existe un terme presque instinctivement utilisé par la classe politique et la doctrine pour la désigner [pour désigner l'inamovibilité]. C'est celui de "garantie"* ». O. Pluen, *op. cit.*, p. 28. V. sur ce point : *Infra*, n° 680 et s.

¹¹⁶ « *Our judges are independent, in the sense of holding their office by a permanent tenure, and of being raised above the direct influence of the Crown or the Ministry* ». A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1^{ère} éd., Londres, Macmillan, 1885, p. 142. (Noous soulignons).

¹¹⁷ « *Aber der abstrakte Satz, dass der Monarch keinen Einfluss üben dürfe auf die Entscheidungen der Gerichte, als Behörden, das Verbot der s. g. Kabinetsjustiz, genügt nicht. Damit thatsächlich doch nicht ein solcher geübt werde, muss auch die persönliche Stellung der einzelnen Richter eine möglichst unabhängige sein ; sie müssen in ihrem Amte so sicher sein, dass sie ohne Menschenfurcht, nur ihrem Gewissen und ihrer juristischen Ueberzeugung zu folgen und auf Gunst von oben oder unten keine Rücksicht zu nehmen brauchen* ». H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, p. 89.

¹¹⁸ V. sur ce point : O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, (s. n.), 2011, 990 p. Disponible en ligne : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/0c5bec53-71c8-4569-91b3-3f5e0f4e0143> (consulté le 24/11/15).

est régulièrement associé. L'inamovibilité couvre non seulement l'interdiction des destitutions arbitraires, mais en plus l'interdiction des déplacements arbitraires¹¹⁹. Ainsi, l'inamovibilité s'entend, en particulier, comme l'exigence du consentement de l'intéressé pour toute mutation : le magistrat ne peut sans son consentement recevoir une nouvelle affectation, y compris en avancement.

60. Les auteurs allemands utilisent désormais l'expression « indépendance personnelle » (*persönliche Unabhängigkeit*) pour désigner le concept I B. En référence à la protection statutaire dont jouissent les juges, il est encore possible de trouver le label « indépendance statutaire ».

61. Ajouté aux deux premiers méga-concepts analysés ci-avant, l'indépendance de la justice compte un troisième et dernier méga-concept, lorsque son sujet est le juge : il s'agit du méga-concept au terme duquel « le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle » (concept I C).

C. Le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle

62. Du concept I C, il découle, concrètement, qu'il faut que le juge soit libre par rapport à ses horaires de service ; qu'en dehors des audiences, des délibérés ou des éléments urgents, il ne doit pas être tenu d'être présent dans son tribunal ; qu'il doit se voir accorder les clefs de service pour pouvoir accéder à tout moment à son tribunal ; ou encore, qu'il doit être libre de choisir le travail sur papier plutôt que sur ordinateur¹²⁰.

63. Sans doute, le concept I C peut être déconcertant pour la plupart des lecteurs. La présence du concept I C dans la typologie des sens de l'indépendance n'est, pourtant, pas le résultat d'une insertion s'expliquant par une opinion personnelle. Dans la lignée de la méthode générale définie pour cette thèse, la modélisation abstraite ici proposée ne doit pas être envisagée comme un outil permettant de savoir ce que l'indépendance devrait être ou ne pas être. Si ce concept I C – qui peut, sans conteste, susciter des débats – est inclus dans la

¹¹⁹ *Id.*, p. 18.

¹²⁰ Le concept § I C sera examiné en profondeur dans les développements de la partie sur l'Allemagne. Voir, en particulier : *Infra*, n° 545 et s.

grille de lecture, c'est qu'il constitue effectivement une nouvelle définition de l'indépendance pour certains locuteurs – en l'occurrence, à l'heure actuelle, les tribunaux allemands.

64. Il convient, du reste, encore de préciser qu'à la différence des concepts I A et I B déjà étudiés, le concept I C n'a pas obtenu de label scientifique. Il est donc un concept sans nom.

§2. Les deux méga-concepts d'indépendance ayant l'institution judiciaire pour sujet

65. A présent, il convient de définir les méga-concepts d'indépendance ayant l'institution judiciaire pour sujet qui sont au nombre de deux :

Premier méga-concept : les organes judiciaires (et seulement les organes judiciaires) doivent remplir la fonction juridictionnelle (et seulement la fonction juridictionnelle). On appellera ce premier méga-concept : « concept II A ».

Deuxième méga-concept : l'organisation judiciaire et l'administration de la justice doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs. On appellera ce deuxième méga-concept : « concept II B ».

66. Avant d'examiner dans le détail ces deux méga-concepts, il convient de faire une brève remarque. Ces deux méga-concepts se rattachent à l'idée générale selon laquelle la justice, en tant que pouvoir, doit être séparée des deux autres pouvoirs d'Etat. Ils s'inscrivent donc dans le cadre général du principe de la séparation des pouvoirs. Le dit principe a, avant tout, fait l'objet de deux interprétations. La première interprétation est la plus classique et entend la séparation des pouvoirs de façon stricte. Elle renvoie à la combinaison de deux principes généraux : d'abord, *la spécialisation des fonctions* ; ensuite, *l'indépendance réciproque des organes*¹²¹. La seconde interprétation implique l'absence de réunion des pouvoirs entre les mains d'un seul ainsi qu'un système de balance des pouvoirs, soit un jeu de freins et de contrepoids¹²². Chacun des deux modèles a des conséquences divergentes pour ce qui est des relations entre exécutif et législatif¹²³. En revanche, suivant la très grande majorité

¹²¹ G. Timsit, « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrétien, 1992, pp. 617-632 ; spéc. p. 618. ; M. Troper, « Séparation des pouvoirs », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 708-714 ; spéc. p. 709.

¹²² C. Eisenmann, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 165-192 ; V. aussi : C. Eisenmann, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in B. Mirkine-Guetzevitch, H. Puget (dir.), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois (1748-1948)*, Paris, Sirey, 1952, pp. 133-160. L'interprétation d'Eisenmann a été reprise et prolongée par Michel Troper. V. par exemple : M. Troper, « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », *Cahiers de philosophie politique*, n° 2-3, 1985, pp. 67-79.

¹²³ Par exemple, dans le premier modèle, l'exécutif n'est pas politiquement responsable devant l'organe législatif. A l'inverse, dans le second modèle, l'exécutif est politiquement responsable devant l'organe législatif.

des auteurs, les deux modèles possèdent des implications convergentes *en ce qui concerne la fonction juridictionnelle*. Pour reprendre les termes de Riccardo Guastini, « *les deux modèles, en dépit de leurs différences, ont des implications communes : la spécialisation de la fonction juridictionnelle et l'indépendance du pouvoir judiciaire* »¹²⁴. Rattaché au concept II A de la typologie, c'est, en fait, au principe général de *la spécialisation de la fonction juridictionnelle* qu'il se rapporte. En ce qui concerne le concept II B de la typologie, il renvoie au principe général de *l'indépendance des organes judiciaires vis-à-vis des autres organes*.

A. Les organes judiciaires (et seulement les organes judiciaires) doivent remplir la fonction juridictionnelle (et seulement la fonction juridictionnelle)

67. Le premier méga-concept au terme duquel « les organes judiciaires (et seulement les organes judiciaires) doivent remplir la fonction juridictionnelle (et seulement la fonction juridictionnelle) » est composé de deux concepts. Ces deux concepts sont :

Premier concept : les organes judiciaires doivent remplir la fonction juridictionnelle de façon souveraine, entièrement et exclusivement. On appellera ce concept : « concept II A (1) ».

Deuxième concept : les organes judiciaires ne doivent pas exercer des fonctions (ou participer à l'exercice de fonctions) autres que la fonction juridictionnelle. On appellera ce concept : « concept II A (2) ».

(1) Les organes judiciaires doivent remplir la fonction juridictionnelle de façon souveraine, entièrement et exclusivement

68. Dans le langage doctrinal, ce concept est quelquefois désigné par l'expression « *indépendance fonctionnelle* »¹²⁵. Il est lui-même composé de plusieurs sous-concepts¹²⁶ :

Consulter, à cet égard : R. Guastini, « Séparation des pouvoirs », in *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 155-160.

¹²⁴ R. Guastini, « Séparation des pouvoirs », in *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 160-161. Certains auteurs minoritaires ne partagent pas cette position dominante dont Roberto Guastini est un représentant. S'appuyant, notamment, sur l'exemple du système américain dans lequel les juges en contrôlant la constitutionnalité des lois font équilibre au législateur voire même contribuent à la production du droit, ils expliquent que dans la version de la séparation des pouvoirs entendue comme *checks and balances*, il n'y a pas de spécialisation de la justice. Voir, d'une manière générale, sur ce point : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, p. 18.

¹²⁵ Isabelle Boucobza caractérise l'indépendance fonctionnelle comme voulant dire que « *les organes juridictionnels doivent être seuls titulaires de l'exercice de la fonction de juger, ce qui interdit les immixtions des*

Premier sous-concept : les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle. On appellera ce sous-concept : « concept II A (1) a ».

Deuxième sous-concept : les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas faire obstacle à l'exercice de la fonction juridictionnelle. On appellera ce sous-concept : « concept II A (1) b ».

Troisième sous-concept : les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas intervenir sur une décision de justice revêtue de l'autorité de la chose jugée. On appellera ce sous-concept : « concept II A (1) c ».

- a. Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle

69. Les organes législatifs et exécutifs exercent *toute* la fonction juridictionnelle, lorsqu'ils rendent la justice en lieu et place des organes judiciaires ; dans ce cas de figure, il n'existe pas de juges professionnels. Ils exercent *une partie* de la fonction juridictionnelle, lorsqu'alors même qu'il existe des juges professionnels à qui est confié la mission de trancher les litiges, ils se réservent la compétence de juger une certaine partie des litiges (le roi qui se réserve le droit d'évoquer tel procès, la chambre Haute qui intervient en appel voire en première instance, etc.). En rentrant un peu plus dans les détails, le concept II A (1) a veut dire que ni le chef de l'Etat (qu'il soit roi, prince, président ou empereur), ni gouvernement, ni l'une des Chambres du parlement ou les deux Chambres du parlement, ni le ministre de la justice ni les administrateurs ne doivent exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle. Ce concept implique donc que les organes politiques instituent des organes juridictionnels pour exercer la fonction juridictionnelle.

autres organes dans leur sphère d'attribution ». I. Boucobza, « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 16. Dans le même sens : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, p. 150 ; I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, p. 80.

¹²⁶ La subdivision du premier concept en trois sous-concepts (concept II A (1) a, concept II A (1) b et concept II A (1) c) emprunte et prolonge la définition donnée par Riccardo Guastini de la spécialisation des fonctions. L'auteur explique qu' « *une fonction est spécialisée – elle constitue l'attribution exclusive d'un organe donné – si, et seulement si, il n'est attribué à aucun autre organe : (a) le pouvoir d'exercer – en tout ou partie cette fonction ; (b) le pouvoir de faire obstacle ou d'empêcher l'exercice de cette fonction ; (c) le pouvoir de priver d'effet les actes résultant de l'exercice de cette fonction* ». R. Guastini, « Séparation des pouvoirs », in *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, p. 152.

70. Pour ne donner qu'un seul exemple (historique), citons les *Réflexions philosophiques et historiques*, rédigées en français et publiées anonymement en 1765, de Philipp Joseph von Pandin de Jariges (1706-1770), Grand Chancelier et Ministre d'Etat de Prusse durant le règne de Frédéric II de Prusse. Pourquoi, en effet, le roi ne doit-il pas trancher les différends ? Selon von Pandin de Jariges, « *un Monarque qui règne sur des hommes libres, & qui les gouverne par des Loix, ne doit jamais faire la fonction de Juge, s'il entreprend, il s'exposeroit à des erreurs, à des surprises, à des injustices sans nombre* »¹²⁷. En creux des propos de von Pandin de Jariges apparaît l'argument du règne du droit. Pour justifier l'interdiction à l'égard du monarque de prononcer les jugements, von Pandin de Jariges fait plus précisément référence dans la suite de son propos à la menace d'un pouvoir arbitraire et tyrannique. Il mobilise également la justification liée à l'emploi du temps déjà surchargé du roi. Ces difficultés liées à l'agenda sont décrites en ces termes : « *Un Prince qui commande à des millions d'hommes, est assez occupé du soin de gouverner l'Etat. Les affaires importantes, les grands intérêts d'un Royaume, ne lui laissent pas le tems nécessaire pour écouter, les contestations des Parties, examiner leurs prétentions, lire de longues discussions, consulter des Auteurs, fouiller dans de vieux Documents, & juger d'une affaire avec l'exactitude & le loisir que mérite son importance* »¹²⁸.

71. L'indépendance de la justice signifie donc que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas se substituer directement aux organes judiciaires en exerçant à leur place tout ou partie de la fonction juridictionnelle (concept II A (1) a). Elle signifie aussi qu'ils ne doivent pas faire obstacle à l'exercice de la fonction juridictionnelle (concept II A (1) b).

b. Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas faire obstacle à l'exercice de la fonction juridictionnelle

72. Le concept II A (1) b concerne les actions des organes législatifs et exécutifs *en amont* des jugements rendus. Il renvoie à l'idée que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas empêcher ou même tenter d'empêcher les organes judiciaires de remplir la fonction juridictionnelle. De manière plus précise, il se réfère également à l'idée que les organes

¹²⁷ P. J. von Pandin de Jariges, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procédure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, Berlin, Decker, 1765, p. 21.

¹²⁸ P. J. von Pandin de Jariges, *op. cit.*, p. 22.

législatifs et exécutifs ne doivent pas s'opposer par anticipation à des procès éventuels. Quelques exemples aideront à mieux comprendre le concept II A (1) b. Il résulte du concept II A (1) b que les organes exécutifs ne doivent pas mettre un terme à une procédure pénale en cours. L'annulation par les organes exécutifs d'une procédure pénale en cours aurait pour effet de dessaisir les organes judiciaires et, au final, d'empêcher le prononcé d'une décision de justice¹²⁹. Il découle également du concept II A (1) b que les organes législatifs ne doivent pas modifier les normes que les organes judiciaires ont pour mission d'appliquer en vue de peser sur l'issue d'instances à venir ou en cours. En particulier, les organes législatifs ne doivent pas valider *à titre préventif* par la loi une disposition litigieuse pour faire obstacle à l'annulation de la disposition en question par les tribunaux : c'est la question des validations législatives *a priori*. Lorsque la loi de validation *a priori* intervient spécifiquement au cours de procédures pendantes, elle a pour conséquence directe de supprimer tout objet à la demande dont les organes judiciaires sont saisis.

73. Si l'indépendance de la justice se définit comme la prohibition faite aux organes législatifs et exécutifs de faire obstacle à l'exercice de la fonction juridictionnelle (concept II A (1) b), elle se caractérise encore par la défense qui leur est faite de neutraliser les décisions juridictionnelles (concept II A (1) c).

- c. Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas intervenir sur une décision de justice revêtue de l'autorité de la chose jugée

74. Le concept II A (1) c concerne les actions des organes législatifs et exécutifs *en aval* des jugements rendus. Il renvoie à l'idée que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas anéantir partiellement ou totalement les décisions de justice définitives. Si les organes législatifs et exécutifs peuvent partiellement ou totalement priver d'effet des décisions de justice, la chose définitivement jugée est mise en échec ou privée de ses conséquences normales. Pour reprendre les mots de Riccardo Guastini, « *il n'y aurait pas de certitude du droit, ni au sens de la prévisibilité des conséquences juridiques de nos actes, ni au sens de la stabilité des rapports juridiques établis* »¹³⁰.

¹²⁹ Cf. sur ce point: *Infra*, n° 439 et s. ; *Infra*, n° 488 et s.

¹³⁰ R. Guastini, *op. cit.*, p. 161.

75. Du concept II A (1) c, il découle que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas annuler les jugements prononcés par les organes judiciaires¹³¹. Plus encore, ils ne doivent pas changer – aggraver ou même remettre ou diminuer – la sanction prononcée dans les jugements¹³². Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas non plus confirmer les décisions de justice prononcées par les organes judiciaires. Faisant directement découler cette règle du principe de l'indépendance inscrit en droit positif, le publiciste allemand Ludwig von Rönne exprime très clairement que « *les décisions des cours de justice ne nécessitent pas pour être valides une confirmation d'un autre organe de l'Etat ou d'une autre personne* »¹³³. Si la confirmation des jugements par les organes législatifs ou exécutifs était un prérequis à leur validité, il y aurait assurément un risque que les organes législatifs ou exécutifs refusent de confirmer certaines décisions de justice dans le seul but de les neutraliser. Autre déclinaison du concept II A (1) c : les organes législatifs ne doivent pas adopter une loi de validation en vue de redonner la vie à un acte litigieux *déjà annulé* par les tribunaux : c'est la question des validations législatives *a posteriori*¹³⁴. La promulgation d'une loi de validation *a posteriori* aurait pour effet de dispenser l'administration d'exécuter le jugement rendu par les organes judiciaires.

76. Après le concept II A (1) – dont on a étudié les trois sous-concepts –, il convient, à présent, d'étudier le deuxième concept découlant du méga-concept selon lequel les organes judiciaires (et seulement les organes judiciaires) doivent remplir la fonction juridictionnelle (et seulement la fonction juridictionnelle). Ce concept implique que les juges ne doivent participer ni à la fonction législative ni à la fonction exécutive.

¹³¹ En France, entre 1793 et 1795, l'Assemblée constituante en place annule un très grand nombre de jugements rendus par les tribunaux. Voir : *Infra*, n° 602 et s.

¹³² Cf. sur ce point: *Infra*, n° 442 et s. ; *Infra*, n° 491 et s.

¹³³ « *Die Entscheidungen der Gerichtshöfe bedürfen zu ihrer Gültigkeit nicht der Bestätigung einer anderen Staatsbehörde oder Person. Dieser Grundsatz ist zwar in der Verf.-Urk. nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich indeß von selbst aus dem im Art. 86 ausgedrückten Prinzip der „Unabhängigkeit“ der Gerichte* ». (Nous soulignons). L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, p. 188. V. sur ce point: *Infra*, n° 436 et s. ; *Infra*, n° 483 et s.

¹³⁴ Cf. sur ce point: *Infra*, n° 604 et s.

(2) Les organes judiciaires ne doivent pas exercer des fonctions (ou participer à l'exercice de fonctions) autres que la fonction juridictionnelle

77. Le concept II A (2) veut dire que les organes judiciaires doivent être cantonnés à l'exercice de la fonction juridictionnelle. Pour saisir le champ d'application de ce concept, il convient de fournir quelques illustrations de situations allant dans le sens contraire, dans lesquelles les organes judiciaires exercent des fonctions (ou participent à l'exercice de fonctions) autres que la fonction juridictionnelle. La position constitutionnelle ambiguë du Lord Chancelier anglais (*Lord Chancellor*) avant la réforme constitutionnelle de 2005 permet notamment de mieux appréhender les implications du concept II A (2). Avant cette réforme, le Lord Chancelier était le « chef » du pouvoir judiciaire : il pouvait siéger en tant que juge suprême et était en charge de la nomination et de la discipline des juges. Il exerçait, toutefois, également des fonctions exécutives (il était l'un des principaux ministres et appartenait au *Cabinet*) et des fonctions législatives (il était président – *speaker* – de la Chambre des Lords et siégeait donc à la Chambre Haute du Parlement britannique)¹³⁵. C'est en vue d'accroître l'indépendance de la justice qu'après 2005, le Lord Chancelier a été dessaisi de quasiment l'ensemble de ses fonctions judiciaires. Les fonctions judiciaires du Lord Chancelier ont, en fait, largement été confiées au *Lord Chief Justice*, lequel est un organe judiciaire qui n'exerce pas en même temps des fonctions législative ou exécutive. Désormais, c'est donc le *Lord Chief Justice* qui est le Président des tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles et le chef du pouvoir judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles. Il est responsable en matière de formation des juges ou pour représenter les intérêts de la justice devant le Parlement ou les ministres. Il est, en outre, chargé de discuter le budget de la Justice avec le Gouvernement¹³⁶. Une deuxième illustration en sens contraire permettant de saisir le concept II A (2) est le double rôle assumé par les *Law Lords* avant 2005 : ils étaient à la fois juges suprêmes (au sein de la commission d'appel – *Appellate Committee* – de la Chambre des Lords) et organes du pouvoir législatif, pouvant participer à l'élaboration et à l'adoption des lois de la Chambre Haute du Parlement britannique¹³⁷. La création de la Cour suprême pour le Royaume-Uni en 2005 a mis fin à ce mélange des genres et a consacré l'établissement au sommet de la hiérarchie judiciaire d'un organe judiciaire, qui ne participe plus à l'exercice de la fonction

¹³⁵ V. à cet égard, *Infra*, n° 366.

¹³⁶ V. à cet égard, *Infra*, n° 381 et s.

¹³⁷ V. à cet égard, *Infra*, n° 366.

législative¹³⁸. Le troisième et dernier exemple *a contrario* offrant la possibilité de mieux comprendre le concept II A (2) est lié à la dualité des missions de la juridiction administrative suprême française : à côté de ses activités strictement juridictionnelles, le Conseil d'Etat assume une fonction consultative étendue, soit à titre obligatoire, soit à titre facultatif, pour le pouvoir exécutif¹³⁹.

78. Après l'étude du premier méga-concept ayant l'institution judiciaire pour sujet (concept II A), qui intéresse directement le contentieux juridictionnel, il convient d'aborder, à présent, le second méga-concept (concept II B). Ce deuxième méga-concept se rapporte aux éléments périphériques gravitant autour de l'activité purement juridictionnelle des organes judiciaires. Il a trait à *l'organisation judiciaire* et à *l'administration de la justice*, qui doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs.

B. L'organisation judiciaire et l'administration de la justice doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs

79. Le second méga-concept renvoie à l'expression « indépendance organique ». Il renferme deux concepts, qui sont les suivants :

Premier concept : l'organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs. On appellera ce concept : « concept II B (1) ».

Deuxième concept : l'administration de la justice doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs. On appellera ce concept : « concept II A (2) ».

(1) L'organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs

80. La justice fait partie des missions traditionnelles que l'Etat doit assurer et il est traditionnellement admis que les organes législatifs et exécutifs apportent des modifications à l'organisation et au fonctionnement des juridictions afin de les adapter aux besoins de la

¹³⁸ V. à cet égard, *Infra*, n° 384 et s..

¹³⁹ V. sur ce point : J. Massot, « La fonction consultative du Conseil d'Etat », *La revue administrative*, 53^e année, n° 3, n° spécial 3 (L'élaboration du droit – Le contrôle de l'administration), 2000, pp. 21-28.

société. Le concept II B (1) signifie, toutefois, que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas modifier l'organisation judiciaire dans le but d'influencer la fonction juridictionnelle, et plus précisément, en vue d'obtenir des décisions complaisantes. « L'organisation judiciaire » englobe les questions du nombre de tribunaux, de leurs compétences, de leur composition, de la procédure qui leur est applicable ou du mode désignation des juges. Déjà, William Hearn (1826-1888) soutient dans son ouvrage *The Government of England : its structure and its development* que « la Couronne ne peut, en soi et sans la sanction de la loi, créer un nouveau tribunal, ou changer la compétence ou la procédure d'un tribunal existant, ou modifier le nombre de juges dans un pareil tribunal, ou le mode de leurs nominations, ou la durée de leurs fonctions »¹⁴⁰. Quelques exemples permettront de mieux appréhender le concept II B (1). Il résulte notamment du concept II B (1) que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas mettre en place des tribunaux d'exception qui pourraient rendre la justice dans les affaires intéressant les pouvoirs politiques. Il découle aussi du concept II B (1) que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas modifier le nombre de juges composant un tribunal de manière à s'assurer de l'issue d'un ou plusieurs procès¹⁴¹.

81. A côté de l'organisation judiciaire, l'administration de la justice doit également échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs.

¹⁴⁰ « *The Crown cannot, of itself and without the sanction of a statute, create any new court, or change the jurisdiction or the procedure of any existing court, or alter the number of judges in any such court, or the mode of their appointment, or the tenure of their office* ». W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longsmans, 1887, pp. 75-76.

¹⁴¹A titre de remarque, il convient de signaler que cette stratégie a été employée par le Parlement d'Afrique du Sud à l'invitation du Gouvernement dans le milieu des années 1950 : en faisant voter en 1955 l'*Appellate Division Quorum Act*, le Parlement d'Afrique du Sud a augmenté le nombre de juges composant la Cour suprême, faisant passer ce nombre de cinq à onze. Les six nouveaux juges nommés étaient connus pour être des partisans politiques du Gouvernement en place. Par la suite, conformément aux souhaits de ce gouvernement, la Cour suprême nouvellement composée a, dans l'affaire *Collins and Brikkels v Minister of Interior* (1957), déclaré constitutionnelle la loi relative à la représentation séparée des électeurs (*Separate Representation of Voters Act*), qui faisait partie intégrante de la politique de ségrégation des races du Gouvernement. Voir sur ce point: I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A critical introduction*, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 59-60. L'objectif de la loi relative à la représentation séparée des électeurs introduite par le Ministre de l'Intérieur était de supprimer les électeurs « de couleur » des listes électorales normales, de les inscrire sur une liste séparée et de leur donner le droit d'élire quatre représentants spéciaux. V. sur ce point: E. McWhinney, « La crise constitutionnelle de l'Union Sud-Africaine », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 5, n° 3, juillet-septembre 1953, pp. 542-563 ; spéc., p. 549.

(2) L'administration de la justice doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs

82. Au même titre que l'organisation judiciaire, plusieurs des aspects de l'administration de la justice relèvent, d'une manière générale, au sein des Etats des organes politiques. Le concept II B (2) veut, toutefois, dire que les organes législatifs et exécutifs ne doivent intervenir sur l'administration de la justice que dans la mesure de ce qui est nécessaire, mais pas dans le but d'influencer la fonction juridictionnelle, et plus précisément, en vue d'obtenir des décisions complaisantes. « L'administration de la justice » embrasse les questions qui relèvent de l'organisation administrative interne des juridictions, autrement dit de la gestion administrative du corps des juridictions. Elle comprend les questions liées au budget des tribunaux ainsi qu'aux moyens matériels et humains des tribunaux, y inclus les infrastructures judiciaires, les équipements et le personnel administratif. A cet égard, la littérature juridique fait usage des labels « indépendance budgétaire (ou financière) » et « indépendance administrative (ou de gestion) » des organes judiciaires. « L'administration de la justice » renvoie encore aux questions de la nomination, de l'avancement, du déplacement et du contrôle hiérarchique des juges. Concrètement, et pour ne prendre qu'un seul exemple, le concept II B (2) implique que les organes législatifs ou exécutifs ne doivent pas allouer des moyens budgétaires insuffisants en vue d'influencer, d'enrayer voire de bloquer le cours de la justice.

83. Pour que l'administration de la justice échappe effectivement aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs, une partie de la littérature juridique, à laquelle il faut surtout ajouter les juges et leurs syndicats, vont plus loin et exigent que les organes judiciaires assument *une portion plus importante* des tâches relevant de l'administration de la justice. Plus encore, les plus radicaux revendiquent *la responsabilité exclusive* de l'administration judiciaire aux organes judiciaires. L'idée est, ici, que l'administration de la justice relève de la seule compétence des organes judiciaires : ce sont alors les organes judiciaires eux-mêmes qui nomment les juges, établissent et administrent le budget de la justice ou s'occupent de la nomination et de la discipline des juges. Il s'agit d'une auto-administration de la justice par les organes judiciaires eux-mêmes¹⁴². Il s'agit, en fait, concrètement, de confier l'administration de la justice à un organe central, « représentatif » de la justice (un conseil supérieur de la magistrature ou de la justice) qui

¹⁴² V. à titre d'illustration les revendications de l'*Association des juges allemands (Deutscher Richterbund, ou DRB)* et de la *Nouvelle Association des juges (Neue Richtervereinigung)* : *Infra*, n° 535 et n° 536.

prend en charge à la place des organes législatifs et exécutifs une partie ou l'entièreté de l'administration de la justice. La France avec son Conseil supérieur de la Magistrature et plus encore l'Italie avec son *Consiglio superiore della magistratura*¹⁴³ servent, à cet égard, régulièrement d'exemples, car les deux pays sont perçus comme ayant des traditions d'auto-administration de la justice plus prononcées.

84. C'est donc à la lumière de cette grille d'analyse que seront étudiées les variations de sens de l'indépendance de la justice en Angleterre, en Allemagne et en France. Pour que le lecteur puisse effectivement ne pas s'égarer dans les méandres conceptuelles de l'indépendance dans chacun des trois pays de la recherche, il sera régulièrement fait référence dans les développements ci-après aux concepts de la typologie au moyen de la suite de chiffres et de lettres utilisés pour les désigner. Lorsque nécessaire au sein des parties de cette thèse, il sera donc, par exemple, renvoyé au « concept II A », au « concept II C », au « concept II A (1) c » ou au « concept II B (1) ».

85. Reste, à présent, à définir l'ordre dans lequel les trois traditions juridiques seront étudiées. L'Angleterre ayant ouvert la voie à l'éclosion conceptuelle de l'indépendance de la justice, elle mérite, pour cette raison, d'être traitée en premier lieu et pour une large tranche historique. La première partie analyse donc la conceptualisation de l'indépendance de la justice en Angleterre en allant du XII^e siècle jusqu'à aujourd'hui. L'ampleur du travail a conduit à restreindre le champ chronologique pour les développements sur l'Allemagne et sur la France. Ainsi, la seconde partie suit de près la conceptualisation de l'indépendance de la justice en Allemagne, en commençant avec le point de rupture de l'année 1800 – c'est aussi le point de départ du second tome de l'*Histoire du droit public* de Michael Stolleis¹⁴⁴ – pour s'achever de nos jours. La troisième et dernière partie examine la conceptualisation de l'indépendance de la justice en France en couvrant la période à compter de la Révolution

¹⁴³ Sur le modèle de l'*autogoverno* italien, voir : I. Boucoba, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, 449 p. spéc. *Id.*, pp. 230-238 ; *Id.*, pp. 293-305.

¹⁴⁴ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, 699 p. *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914* est la traduction récente du second volume de l'œuvre magistrale (en quatre volumes) de Michael Stolleis. Le titre du second volume en langue allemande est *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2 (1800-1914) (Munich, C.H. Beck, 1992, 486 p.)

française – 1789, « *l'année sans pareille* »¹⁴⁵ – pour se prolonger jusqu'à aujourd'hui. Une analyse comparative transversale sera présentée dans la conclusion.

Partie 1 : L'Angleterre (XIIe-XXIe siècles) : des balbutiements conceptuels précoces à l'émergence d'un début de théorisation de l'indépendance

Partie 2 : L'Allemagne (XIXe-XXIe siècles) : une théorisation forte de l'indépendance

Partie 3 : La France (1789-XXIe siècle) : un paradoxe. Une théorisation faible de l'indépendance

¹⁴⁵ J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 227.

Partie 1

L'Angleterre (XIIe-XXIe siècles) : des balbutiements conceptuels précoces à l'émergence d'un début de théorisation de l'indépendance

86. Dans le premier volume de son ouvrage *The Law and Custom of the Constitution*, publié pour la première fois en 1886, William Reynell Anson écrit : « *Notre constitution est en quelque sorte une structure confuse: comme une maison à laquelle plusieurs propriétaires successifs ont apporté des transformations propres à répondre à leurs besoins immédiats ou à la mode du moment, elle porte les marques de plusieurs influences, et est pratique plutôt que symétrique* »¹⁴⁶. Par l'usage de la métaphore, l'ancien vice-recteur de l'Université d'Oxford rappelle qu'à la différence des pays de tradition civiliste – à l'instar de la France ou de l'Allemagne –, la Grande-Bretagne ne dispose pas d'une Constitution codifiée et systématique. Surtout, il montre que la Constitution anglaise est le résultat d'un long développement historique. A l'instar d'Anson, plusieurs autres auteurs anglais ont dressé ce constat. C'est le cas, par exemple, d'Edward Freeman. Dans *The Growth of the English Constitution from the earliest times* publié en 1876, Freeman observe que « *le code de notre Constitution non écrite a, comme toutes les autres choses anglaises, grandi petit à petit, et, dans l'ensemble, en silence sans l'intervention d'aucun auteur reconnu* »¹⁴⁷.

87. Dans l'extrait ci-avant, Freeman fait référence à « *toutes les autres choses anglaises* », qui, comme la Constitution, se sont déployées progressivement. Il ne précise pas quelles sont ces autres choses anglaises. Parmi elles figure, à n'en pas douter, l'indépendance de la justice. En effet, à l'image de la Constitution anglaise, l'indépendance de la justice anglaise est le fruit d'un long perfectionnement dans l'histoire. Elle est le produit d'une lente évolution, dont les prémisses remontent au 12e siècle. Pour cette raison, les sens de l'indépendance ne se laissent déterminer qu'à travers sa généalogie dans l'histoire anglaise.

¹⁴⁶ « *Our constitution is, in consequence, a somewhat rambling structure, and, like a house which many successive owners have altered just so far as suited their immediate wants or the fashion of the time, it bears the marks of many hands, and is convenient rather than symmetrical* ». W. R. Anson, *The Law and custom of the constitution*, vol. I, 5e éd., Oxford, Clarendon press, 1922, p. 1.

¹⁴⁷ « *The code of our unwritten Constitution has, like all other English things, grown up bit by bit, and, for the most part, silently and without any acknowledged author* ». E. A. Freeman, *The Growth of the English Constitution from the Earliest Times*, 3^e éd., Londres, Macmillan, 1876, p. 122.

88. Traquer les évolutions des constructions intellectuelles de l'indépendance, en Angleterre, sur une longue période périodique, n'est pas chose aisée, d'autant plus qu'il n'existe, à notre connaissance, *aucune analyse conceptuelle historique approfondie* de l'indépendance de la justice anglaise dans la littérature. Certes, quelques bribes d'éléments peuvent être trouvés dans l'ouvrage du professeur William B. Gwyn (*The meaning of the separation of powers*¹⁴⁸) et dans celui de Maurice J. C. Vile (*Constitutionalism and the separation of powers*)¹⁴⁹, mais ces deux ouvrages sont, avant tout, consacrés à l'histoire du concept de la séparation des pouvoirs. Il y a également des études qui éclairent, non pas les développements conceptuels, mais les développements *institutionnels* de l'indépendance de la justice anglaise. Citons, par exemple, les travaux de Robert Stevens (*The Independence of the Judiciary. The View from the Lord Chancellor's Office* (1993) et *The English judges : their role in the changing constitution* (2005)¹⁵⁰), l'article de Charles McIlwain, « The Tenure of English Judges » (1913)¹⁵¹, les articles d'Alfred Havighurst, « The judiciary and politics in the reign of Charles II » (1950) et « James II and the twelve men in Scarlet » (1953)¹⁵², l'article de William Lederman, « The independence of the judiciary » (1956)¹⁵³, de David Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England » (1993)¹⁵⁴, de Stewart Jay « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges » (1994)¹⁵⁵, de Lord Justice Brooke, « Judicial independence – Its history in England and Wales » (1997)¹⁵⁶ ou de Michael Beloff, « Paying Judges : Why, Who, Whom, How much » (2006)¹⁵⁷. Quelques renseignements ponctuels sur les développements institutionnels

¹⁴⁸ W. B. Gwyn, *The meaning of the separation of powers : an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*, New Orleans, Tulane University, 1965, 159 p.

¹⁴⁹ M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon press, 1967, 359 p.

¹⁵⁰ R. Stevens, *The Independence of the Judiciary : The view from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 221 p. ; R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, 209 p.

¹⁵¹ C. H. McIlwain, « The Tenure of English Judges », *The American Political Science Review*, vol. 7, n° 2, 1913, pp. 217-229.

¹⁵² A. F. Havighurst, « The judiciary and politics in the reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, vol. 66, 1950, pp. 229-252 ; A. F. Havighurst, « James II and the twelve men in Scarlet », *Law Quarterly Review*, vol. 69, 1953, pp. 522-546.

¹⁵³ W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Août 1956, pp. 769-809 ; déc. 1956, pp. 1139 et s.

¹⁵⁴ D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, pp. 125-149.

¹⁵⁵ S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 118-196.

¹⁵⁶ H. Brooke, « Judicial independence – Its history in England and Wales », in H. Cunningham, *Fragile bastion: judicial independence in the nineties and beyond*, Sydney, Judicial Commission of New South Wales, 1997, pp. 89-112.

¹⁵⁷ M. J. Beloff, « Paying Judges : Why, Who, Whom, How much », *The Denning Law Journal*, vol. 18, 2006, pp. 1-36.

de l'indépendance peuvent, également, être découverts dans les monographies de William Holsworth, de Frederic Maitland, de Samuel Gardiner, de Theodore Plucknett, ou plus récemment dans l'ouvrage de John Baker, *An introduction to English Legal History*.

89. En raison de la pauvreté de la littérature secondaire, saisir dans sa complétude la conceptualisation de l'indépendance de la justice en Angleterre implique donc un travail de fouille et de décortilage. *A première vue*, afin d'établir le fil conducteur de la conceptualisation anglaise de l'indépendance de la justice, il convient de distinguer, à titre principal, deux périodes qui permettent d'intégrer l'ensemble des éléments historiques et juridiques qui ont contribué à la naissance et à la consolidation des concepts de l'indépendance de la justice. La première débute au XIIe siècle et se termine en 1701. La seconde commence en 1701 et se poursuit jusqu'à l'époque contemporaine. De fait, il semblerait qu'un basculement se soit produit au début du XVIIIe siècle. Il n'a pas eu lieu en 1688-1689. A cet égard, le *Bill of Rights* représente, en fait, un acte manqué en matière d'indépendance de la justice¹⁵⁸. C'est plutôt 1701 qui constituerait la date clef dans l'histoire de la conceptualisation de l'indépendance de la justice anglaise. Concrètement, en 1701 est adopté l'Acte d'Etablissement (*Act of Settlement*). S'il impose la succession de la ligne protestante, il représenterait surtout, d'après la doctrine et pour ce qui nous intéresse, l'acte fondateur de l'indépendance de la justice anglaise¹⁵⁹. Régulièrement identifié comme le symbole de l'indépendance de la justice anglaise, l'Acte d'Etablissement semble être, *a priori*, un véritable tournant en matière d'indépendance. Pour s'en convaincre, il suffit de citer les propos de Robert Stevens. Il indique : « *Le rôle des juges en tant que pouvoir indépendant dans la Constitution britannique ne remonte, du point de vue d'un historien, que des Stuarts. L'Acte d'Etablissement est considéré par la plupart comme le fondement de l'indépendance de la justice dans les pays de common law* »¹⁶⁰. Finalement, comprendre l'émergence et la consolidation des concepts de l'indépendance de la justice en Angleterre supposerait donc non

¹⁵⁸ A l'occasion d'un échange d'emails, le professeur Anthony Bradley en fait déjà la remarque. Dans un message daté du 21 novembre 2012, il écrit : « *One interesting question that may deserve an answer is why the alteration in the tenure of judges that was contained in the Act of Settlement was not included in the Bill of Rights itself – from a modern viewpoint, this would have been an obvious step to take in 1688-1689* ». Pour un élément de réponse à cette interrogation, voir : *Infra*, n° 150.

¹⁵⁹ 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3, par. 7, Act of Settlement 1701.

¹⁶⁰ « *The role of judges as an independent force within the British Constitution dates, from an historian's point of view, only from the Stuarts. The Act of Settlement is seen by most as the basis of judicial independence in the common law world* ». R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 1.

seulement de s'intéresser à l'évolution des sens de l'indépendance avant 1701, mais en plus d'examiner les définitions de l'indépendance après cette date.

90. En réalité, une stricte division entre la période précédant l'adoption de l'Acte d'Etablissement et celle après cette date est artificielle. Moins qu'une véritable rupture, la période à compter de 1701 s'inscrit *dans le prolongement* de celle qui débute au XII^e siècle et se termine en 1701. Au cours de la période à partir de 1701, l'indépendance de la justice ne voit pas le jour. Elle est plutôt considérablement renforcée. Deux éléments au moins permettent de le montrer : d'abord, pour ce qui concerne l'inamovibilité, si elle est inscrite formellement dans le droit positif en 1701, elle constitue une revendication dès avant l'adoption de l'Acte d'Etablissement. Déjà, au XVII^e siècle, plusieurs démarches sont entreprises pour essayer de garantir dans les dispositions textuelles la titularisation à vie du juge. Ensuite, si une conceptualisation explicite de l'indépendance émerge dans les discours à compter du milieu des années 1970, elle est précédée par de véritables balbutiements conceptuels autour de l'indépendance dès avant le milieu du XX^e siècle. C'est au moins à partir du XIV^e siècle que les auteurs et les juges anglais proposent les premières définitions de l'indépendance de la justice.

91. Pour rendre compte des différentes constructions conceptuelles autour de l'indépendance en Angleterre, en situer les origines, et en suivre les trajectoires, il convient donc de dépasser la séparation entre d'une part, avant 1701 et d'autre part, après 1701. Ainsi, plutôt que de consacrer un titre premier à la conceptualisation de l'indépendance de la justice avant l'adoption de l'Acte d'Etablissement et un titre second à l'indépendance de la justice à compter du XVIII^e siècle, la présente partie se propose de déroger à la logique binaire. Elle comprend quatre chapitres qui s'inscrivent dans un ensemble permettant d'appréhender les changements conceptuels de l'indépendance de la justice. Le chapitre un examine le paradigme de la dépendance de la justice avant 1701, le chapitre deux analyse les premières ébauches de conceptualisation de l'indépendance de la justice avant cette date et le chapitre trois étudie, de manière critique, l'inamovibilité consacrée à partir de 1701. Dans le quatrième et dernier chapitre, ce sont, au final, les évolutions contemporaines de la conceptualisation qui sont décryptées.

Chapitre 1 : Le paradigme de la *dépendance* de la justice avant 1701 : fondement et réalité

Chapitre 2 : Les premières ébauches de conceptualisation de l'indépendance de la justice avant 1701

Chapitre 3 : L'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement (1701) : une mise en perspective critique du droit positif et des discours doctrinaux

Chapitre 4 : Les évolutions contemporaines de la conceptualisation

Chapitre 1 : Le paradigme de la *dépendance* de la justice avant 1701 : fondement et réalité

92. L'histoire du droit anglais moderne trouve ses racines en 1066, lorsque Guillaume Le Conquérant (1027-1087), duc de Normandie, envahit le royaume anglo-saxon¹⁶¹. Moins qu'une rupture brutale, l'invasion normande marque l'évolution vers un système juridique homogène : ce sont les débuts de l'émergence de la *common law*, qui représente l'imposition d'un système unitaire sous le contrôle d'un pouvoir centralisé.

93. Ce sont, en particulier, les initiatives prises à compter du règne du roi Henri II (1154-1189) qui sont à la base du système de la *common law*¹⁶². Le premier roi de la dynastie angevine et ses successeurs entreprennent, en effet, de renforcer la justice royale. Pour cela, ils délèguent, progressivement, leur pouvoir de rendre la justice aux juges. Par exemple, des « justiciers locaux » (*local justiciar*) sont nommés dans les comtés pour prendre notamment en charge l'activité de justice¹⁶³. Au titre de la justice dite *in eyre* (*justiciarii in itinere*), des officiers royaux sont également envoyés, selon un « circuit » pour délivrer, au nom du roi, la justice dans le royaume¹⁶⁴. A compter de 1176, ce sont six circuits qui sont organisés¹⁶⁵. « *La justice itinérante (...) n'avait pas d'enracinement local, et (...) demeurait des membres de la Cour du roi (...)* », explique John Baker¹⁶⁶. Parallèlement, à compter du XIII^e siècle, des cours permanentes s'établissent à Westminster en vue de dispenser la justice¹⁶⁷. Il s'agit de la Cour de l'Echiquier ou *Court of Exchequer*, de la Cour des Plaids Communs ou *Court of Common Pleas* et de la Cour du Banc du Roi ou *Court of King's Bench*. Après le XIV^e et surtout au XVI^e siècle, la délégation de la justice royale aux cours de justice se poursuit, puisque la Cour de la Chancellerie et les cours conciliaires, à l'instar de la Cour de la Chambre étoilée, tranchent aussi les différends¹⁶⁸.

¹⁶¹ J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 12-36.

¹⁶² T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 19.

¹⁶³ Il semblerait qu'à compter de l'époque de Glanville (1120-1190), ces justiciers locaux disparaissent. J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 15.

¹⁶⁴ *Id.*, pp. 15-16.

¹⁶⁵ *Id.*, p. 16.

¹⁶⁶ *Id.*, p. 15.

¹⁶⁷ *Id.*, pp. 17 et s.

¹⁶⁸ Pour de plus amples renseignements sur la Cour de la Chancellerie et les cours conciliaires, voir : *Infra*, n° 109 et s. et *Infra*, n° 124 et s.

94. D'un point de vue pratique, la délégation de la mission de justice par le souverain aux officiers royaux et surtout aux cours de justice se traduit par l'émergence d'une classe de juges professionnels¹⁶⁹. C'est surtout le besoin de disposer, de manière permanente, d'hommes capables de comprendre et de délivrer la justice qui explique la professionnalisation des juges. John Baker observe ainsi qu'au terme du XIII^e siècle : « *ceux qui délivrent la justice dans la cour ou dans les circuits n'étaient plus des hommes politiques ou des individus s'occupant des affaires publiques, mais des juges professionnels passant la majeure partie de leur temps à délivrer la common law naissante* »¹⁷⁰. Pour preuve de la spécialisation, il faut, d'ailleurs, mentionner, l'apparition, dès la fin du XIII^e siècle, des *Inns of Court*, qui dirigeaient par les juges, dispensent l'enseignement aux juristes de la *common law*¹⁷¹. De manière concomitante, se développe également la tradition selon laquelle les juges sont recrutés – contrairement au reste de l'Europe – parmi des avocats¹⁷². Selon l'historien John Baker, « *la règle ne devient absolue qu'à compter du XIV^e siècle, même si les exceptions étaient essentiellement des nominations provisoires* »¹⁷³.

95. En réalité, tandis qu'à partir du XII^e siècle et plus encore du XIII^e siècle, le roi confie son pouvoir de dire le droit à des magistrats professionnels, il ne renonce pas à son emprise sur l'exercice de la justice. En témoigne, d'abord, l'exercice régulier de la justice par les monarques en personne¹⁷⁴. Par exemple, Edouard IV (1461-1483) se joint parfois aux juges dans leurs circuits afin de délivrer la justice¹⁷⁵. En témoigne ensuite, entre autres choses, les pressions exercées sur l'activité de juger. Au fond, le souverain cherche donc à contrôler la justice en la rendant dépendante vis-à-vis de lui-même.

¹⁶⁹ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 22-23; J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 155-156; voir surtout : *Id.*, pp. 165-166.

¹⁷⁰ J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 19.

¹⁷¹ H. Brooke, « Judicial independence – Its history in England and Wales », in H. Cunningham, *Fragile bastion : judicial independence in the nineties and beyond*, Sydney, Judicial Commission of New South Wales, 1997, p. 92.

¹⁷² H. Brooke, « Judicial independence – Its history in England and Wales », in H. Cunningham, *Fragile bastion : judicial independence in the nineties and beyond*, Sydney, Judicial Commission of New South Wales, 1997, p. 92 ; J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 156.

¹⁷³ J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 156.

¹⁷⁴ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2^e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 67.

¹⁷⁵ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2^e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 70.

96. Durant la période qui précède l'adoption de l'Acte d'Etablissement, le monarque n'est pas l'unique ennemi de l'indépendance de la justice: *le parlement* porte aussi atteinte à l'indépendance de la justice. D'emblée, il convient, pourtant, d'observer une forme de déséquilibre entre la dépendance des juges vis-à-vis du roi et celle vis-à-vis du parlement. Ce décalage se matérialise à un double titre : d'abord, tandis que la dépendance vis-à-vis du roi prend des formes multiples (exercice direct de la justice par le monarque, pressions sur l'activité juridictionnelle, précarité de la charge du juge), la dépendance vis-à-vis du Parlement s'exprime surtout sous une forme unique. Elle s'incarne dans l'exercice des fonctions judiciaires par la Chambre des Lords. Ensuite, d'un point de vue quantitatif, les travaux de la doctrine sont, pour l'essentiel, consacrés à la dépendance vis-à-vis du souverain plutôt qu'à la dépendance vis-à-vis du parlement. Entre les deux enjeux, c'est clairement le premier qui a la préférence de la littérature. C'est, d'ailleurs, aussi la dépendance des juges par rapport au monarque qui suscite les critiques les plus acerbes. Finalement, entre les deux ennemis de l'indépendance, c'est le souverain qui apparaîtrait en quelque sorte comme le plus « dangereux » avant 1701.

97. Fort de ce constat, les développements du chapitre un sont, avant tout, consacrés à la dépendance des juges vis-à-vis du souverain. Avant de l'envisager, le chapitre un se propose, toutefois, d'opérer un bref détour afin de rendre compte de la dépendance des juges vis-à-vis du Parlement, et plus particulièrement, de l'exercice des fonctions judiciaires par la Chambre des Lords. Deux questions méritent, en particulier, d'être abordées : celle des raisons de la détention exclusive des fonctions judiciaires par la Chambre des Lords au sein du parlement (α) et celle des fonctions judiciaires concrètement détenues et exercées par la Chambre des Lords (β) .

α) Les raisons de la détention exclusive des fonctions judiciaires par la Chambre des Lords

98. Comprendre pourquoi la Chambre des Lords a, jusqu'en 2005¹⁷⁶, le monopole de l'exercice des fonctions judiciaires à l'intérieur du Parlement implique, avant tout, un détour par l'histoire. Précisément, ce sont les fonctions judiciaires détenues par la Curia Regis de l'époque normande qui constitue le point de départ historique des fonctions judiciaires de la

¹⁷⁶ En vertu du *Constitutional Reform Act* de 2005, les pouvoirs judiciaires de la Chambre des Lords sont transférés à la Cour Suprême du Royaume-Uni. Voir : *Infra*, n° 384 et s.

Chambre des Lords¹⁷⁷. En des termes très généraux, ce qui ressort assez clairement des travaux sur la Cour du roi est qu'après 1066, elle est, pour l'essentiel, composée de nobles anglais (les barons anglo-normands) et de hauts dignitaires ecclésiastiques¹⁷⁸, qui constituent les plus proches conseillers du souverain. Selon Peter Raina, « *Guillaume s'entourait d'hommes à qui il pouvait faire confiance et à qui il devait sa réussite* »¹⁷⁹. Le plus souvent, la Cour du roi se réunit trois fois durant l'année : à Noël, à Pâques et durant la Pentecôte¹⁸⁰. Au titre de ses fonctions multiples figure notamment une activité de conseil du roi en matière législative et exécutive. Surtout et pour ce qui nous intéresse, la Cour du Roi dispense la justice. Un exemple concret des fonctions judiciaires de la Curia Regis est fourni par Peter Raina¹⁸¹. Il indique que lors d'une session de la Cour du Roi tenue à Laycock en 1086, Guillaume a jugé personnellement une affaire qui concernait des terres. Il ajoute que le Roi était entouré de trente cinq fidèles, parmi lesquelles ses deux fils, les archevêques de Canterbury et de York, les évêques de Durham, de Winchester, de Lincoln, de Coutances, de Chester, d'Hereford, de Salisbury et de Londres, trois compagnons de voyage (en latin : comites), dix-huit barons, deux abbés, trois moines et six laïques.

99. L'histoire du développement – lent et continu – de la Curia Regis est assez complexe à saisir. Sans entrer dans les détails, il apparaît qu'au terme d'une évolution progressive, la Curia Regis évolue en Conseil du roi (*King's Council*). « *Le Conseil est le descendant en ligne directe de la Curia Regis des rois normands et angevins* »¹⁸², constate William Holdsworth. Or, une première analyse de la littérature sur le sujet permet aussi d'établir un lien expresse entre le descendant de la Curia Regis et la Chambre des Lords. Pour les auteurs anglais, la Chambre haute est le produit du Conseil du roi. Elle en constitue l'un de ses

¹⁷⁷ En anglais, quelques renseignements sur les origines historiques des fonctions judiciaires de la Chambre des Lords pourront être trouvés dans les ouvrages ci-après : L. O. Pike, *A constitutional history of the House of Lords from original sources*, Londres, Macmillan, 1894, 405 p., spéc. chap. XIII; W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, pp. 351-394 ; J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, 287 p. ; G. Dymond, « The Appellate Jurisdiction of the House of Lords », House of Lords Library Notes, Revu et corrigé en 2009, 61 p., spéc. p. 2. Disponible sur : www.parliament.uk/briefing-papers/lln-2009-010.pdf (date de consultation: 24/11/15) ; P. Raina, *House of Lords Reform : A History – The Origins to 1937 : Proposals Deferred*, Vol. I, Livre I : The Origins to 1911, Oxford, Peter Lang, 2011, 604 p., spéc. pp. xi-11. En français, au moins une thèse de doctorat a été consacrée aux fonctions judiciaires de la Chambre des Lords : S. Grinberg-Vinaver, *Le rôle judiciaire de la Chambre des Lords*, Thèse, Paris, Rousseau, 1936, 196 p. Le Chapitre premier de la thèse traite des « origines historiques du rôle judiciaire du Parlement Anglais ».

¹⁷⁸ P. Raina, *House of Lords Reform : A History – The Origins to 1937 : Proposals Deferred*, Vol. I, Livre I : The Origins to 1911, Oxford, Peter Lang, 2011, p. 3.

¹⁷⁹ *Ibidem*.

¹⁸⁰ *Id.*, p. 4.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, p. 477.

démembrements¹⁸³. En témoigne, entre autres exemples, les propos de Luke Owen Pike qui qualifie le Conseil du Roi de « *ramification de la Chambre des Lords* »¹⁸⁴. En témoigne également les propos d'Albert Frederick Pollard qui fait valoir que « *le changement fondamental de la chambre des Lords a été sa transformation de grand conseil du roi (...) en un corps de législateurs (...)* »¹⁸⁵. Plus particulièrement, il apparaît, dans les travaux des historiens, que pour ce qui concerne son activité législative, le Conseil du roi évolue en conseil des magnats (*magnum concilium*) pour devenir au début du règne de Richard II (1377-1399) la Chambre des Lords¹⁸⁶. De son côté, la Chambre des Communes serait le produit d'une évolution historique différente : la genèse de la Chambre des Communes semble remonter au XIII^e siècle, lorsque la Couronne convoque des représentants des bourgs et des comtés¹⁸⁷. « *De cette façon le roi pouvait entendre les opinions de la communitas, la communauté du royaume, en vue d'accélérer la mise en œuvre de règle juste* »¹⁸⁸, indique Peter Raina. Ramené à la question des origines historiques des fonctions judiciaires de la Chambre des Lords, l'exercice de la justice par la Chambre Haute à partir du XIV^e siècle s'inscrit dans la continuité historique des pouvoirs judiciaires détenus par d'abord par la *Curia Regis*, ensuite par le Conseil du Roi¹⁸⁹. Le Conseil du roi constitue « *la fontaine de justice, la source vers laquelle les hommes se tournaient fréquemment s'ils se sentaient lésés par la manière dont leurs différends étaient entendus devant la Cour des Plaid Communs, ou devant la Cour du Banc du roi* »¹⁹⁰, explique Luke Owen Pike. Finalement, c'est donc en tant qu'émanation du Conseil du roi que la Chambre des Lords jouit de fonctions judiciaires. « *L'initiative des Lords était conditionnée dans une large mesure par l'histoire, ou plus précisément, par une interprétation et une appréciation commune du rôle et de la fonction historique de leur institution* »¹⁹¹, résume James S. Hart.

¹⁸³ A l'instar de la Chambre des Lords, le Conseil Privé (*Privy Council*) émane également du Conseil du Roi. Pour de plus amples renseignements sur le Conseil Privé, voir: *Infra*, n° 121 et s.

¹⁸⁴ L. O. Pike, *A constitutional history of the House of Lords from original sources*, Londres, Macmillan, 1894, p. 289.

¹⁸⁵ A. F. Pollard, *The evolution of Parliament*, Londres, Longmans, 1920, p. 300.

¹⁸⁶ P. Raina, *op. cit.*, p. xii. V. aussi : *Id.*, p. 11.

¹⁸⁷ *Id.*, p. xii. V. aussi les développements consacrés aux racines de la Chambre des Communes dans le chapitre 1 de l'ouvrage de Peter Raina : *Id.*, pp. 12-25.

¹⁸⁸ *Id.*, p. xii.

¹⁸⁹ J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, p. 6.

¹⁹⁰ L. O. Pike, *A constitutional history of the House of Lords from original sources*, Londres, Macmillan, 1894, p. 50.

¹⁹¹ J. S. Hart, *op. cit.*, p. 5.

100. Au delà de la raison historique, au moins un autre élément peut expliquer qu'au sein du Parlement britannique seule la Chambre des Lords possède jusqu'en 2009 des fonctions judiciaires. Il peut être résumé en ces termes : la Chambre des Communes n'a jamais sérieusement prétendu exercer des pouvoirs judiciaires¹⁹². Certes, au XIV^e siècle, la Chambre basse détient en partage les pouvoirs judiciaires avec la Chambre haute ; mais, elle y renonce progressivement à l'avantage de la seconde¹⁹³. De fait, les conflits entre les deux Chambres sur l'exercice de la mission de justice sont, en pratique, relativement rares. Pour l'essentiel, il semble que la Chambre des Communes conteste à quatre reprises l'exercice par l'autre Chambre des fonctions judiciaires. La première controverse majeure est rapportée par Luke Owen Pike. L'auteur indique qu'au début du règne d'Henri IV (1399-1413), la Chambre des Communes revendique l'exercice des fonctions judiciaires. Il précise qu'en réponse, le roi a fait valoir que les décisions de justice doivent être uniquement rendues par lui-même et les Lords, et non par les membres de la Chambre des Communes, entendu que pour ce qui concerne la législation, la taxation, et tous les autres aspects qui interviennent au profit du royaume, les membres de la Chambre basse peuvent être consultés pour leur avis et leur accord¹⁹⁴. La seconde querelle importante intervient au milieu du XVII^e siècle et aboutit en 1649 à l'abolition de la Chambre des Lords. Le 6 février 1649, la Chambre des Communes adopte une résolution au terme de laquelle elle décide que « *la Chambre des Pairs est inutile et dangereuse et doit être abolie* »¹⁹⁵. Selon Glenn Dymond, ce sont à la fois les pouvoirs législatifs et les pouvoirs judiciaires de la Chambre des Lords qui sont dénoncés par la Chambre des Communes¹⁹⁶. Il faut attendre 1660 pour que les pouvoirs législatifs et judiciaires – aussi bien en première instance qu'en appel – de la Chambre des Lords soient entièrement restaurés¹⁹⁷. Les deux dernières grandes disputes opposant sur ce point la Chambre des Communes à la Chambre des Lords se manifestent en 1668 et 1675. Tant dans l'affaire *Thomas Skinner v. East India Company*¹⁹⁸ que dans l'affaire *Shirley v. Fagg*¹⁹⁹,

¹⁹² L'argument est notamment développé par William Holdsworth : W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, pp. 363 et s.

¹⁹³ G. Dymond, « The Appellate Jurisdiction of the House of Lords », House of Lords Library Notes, Revu et corrigé en 2009, p. 2.

¹⁹⁴ L. O. Pike, *op. cit.*, p. 290. V. aussi sur ce point : W. Holdsworth, *op. cit.*, p. 364.

¹⁹⁵ Cité par J. S. Hart, *op. cit.*, p. 210. V. aussi : G. Dymond, « The Appellate Jurisdiction of the House of Lords », House of Lords Library Notes, Revu et corrigé en 2009, p. 3.

¹⁹⁶ G. Dymond, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁷ *Id.*, pp. 3-4 ; J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, pp. 218 et s.

¹⁹⁸ Pour de plus amples renseignements sur l'affaire *Thomas Skinner v. the East India Company*, voir : G. Dymond, « The Appellate Jurisdiction of the House of Lords », House of Lords Library Notes, Revu et corrigé en 2009, p. 4 ; V. surtout : J. S. Hart, *op. cit.*, pp. 242-250.

les membres de la Chambre des Lords sont contraints de défendre leurs compétences judiciaires face aux membres de la Chambre des Communes. *De facto*, la première affaire oblige les *Lords* à abandonner leur juridiction de première instance pour ne conserver que leur juridiction en matière d'appel²⁰⁰. Abstraction faite de ces différends, il semble que les membres de la Chambre des Communes n'ont pas réellement revendiqué le partage des pouvoirs judiciaires. Citant partiellement George Osborne Sayles²⁰¹, James S. Hart observe qu' « à la fin du *XIV*e siècle les fonctions étaient bien établies et parfaitement comprises : «les jugements du parlement concernent uniquement le roi et les lords et non pas les membres de la chambre des communes»²⁰². Plutôt que de participer à l'exercice de la mission de justice, la Chambre basse préfère se concentrer sur l'exercice de la mission législative. « Les membres de la chambre des communes ne désiraient pas être encombrés par l'obligation de rendre la justice »²⁰³, indique William Holdsworth. En témoignent les propos du Colonel Joachim Matthews, membre du Parlement. A l'occasion des débats qui entourent la restauration de la Chambre des Lords au milieu du *XVII*e siècle, il affirme que « les appels en provenance des Cours de Justice et d'Equité... prendraient trop de votre temps »²⁰⁴. Il ajoute encore : « Ici était votre justification pour une autre Chambre »²⁰⁵.

β) Les fonctions judiciaires exercées par la Chambre des Lords : bilan quantitatif et qualitatif

101. Avant 1701, l'activité judiciaire de la Chambre des Lords se caractérise tant par des périodes creuses que par des périodes intenses. Au titre des périodes creuses, il faut, sans doute, mentionner les *XV*e et *XVI*e siècle. Selon Frédéric William Maitland, « entre Henri V (1413-1422) et Jacques Ier (1603-1625), il n'y a presque aucune affaire en erreur connue portée devant les Lords »²⁰⁶. C'est, à l'inverse, vraisemblablement au cours du *XVII*e siècle que l'activité judiciaire de la Chambre des Lords est la plus dense. En terme de statistiques, à compter de 1621, le nombre de pétitions augmente sensiblement²⁰⁷. James S. Hart parle d'une

¹⁹⁹ Pour de plus amples renseignements sur l'affaire *Shirley v. Fagg*, voir : G. Dymond, « The Appellate Jurisdiction of the House of Lords », House of Lords Library Notes, Revu et corrigé en 2009, p. 4 ; V. surtout : J. S. Hart, *op. cit.*, pp. 242-257.

²⁰⁰ G. Dymond, *op. cit.*, p. 4 ; J. S. Hart, *op. cit.*, p. 250.

²⁰¹ C'est, en particulier, un bref extrait de l'ouvrage *The King's Parliament of England* en date de 1975 de George Osborne Sayles qui est partiellement cité par James S. Hart.

²⁰² J. S. Hart, *op. cit.*, p. 6.

²⁰³ W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, p. 364.

²⁰⁴ Cité par J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, p. 220.

²⁰⁵ *Ibidem*.

²⁰⁶ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 215.

²⁰⁷ G. Dymond, *op. cit.*, p. 3.

forme de « résurrection » de la Chambre des Lords²⁰⁸. L'auteur observe que l'affaire Ewer (1621) « était la première de plus d'une douzaine de pétitions similaires que les Lords ont reçue et acceptée dans le Parlement de l'année 1621, et que ces pétitions ont conduit à établir un important précédent pour un développement spectaculaire des responsabilités judiciaires des Lords au cours de la décennie »²⁰⁹. Pour expliquer la renaissance de la Chambre des Lords à partir de 1621, James S. Hart met notamment en avant les pressions en provenance de justiciables mécontents et les défaillances du système judiciaire. Selon ses propres termes, les requérants « cherchaient de l'aide face aux problèmes chroniques d'engorgement qui rongeaient tant les cours de la common law que celles d'équité, face aux myriades de complexités et d'incertitudes des juridictions redondantes et mal définies (et face à la multiplicité des actions en justice qu'elles engendraient) et face à une foule d'irrégularités procédurales dans les cours individuelles »²¹⁰.

102. Pour ce qui est du champ des compétences détenues par la Chambre des Lords avant l'adoption de l'*Act of Settlement*, il est particulièrement vaste et complexe²¹¹. La période entre 1620 et 1668 représente, en particulier, celle durant laquelle l'étendue des compétences détenues par la Chambre des Lords est la plus large²¹². D'une manière générale, la Chambre haute assume non seulement une juridiction d'appel, mais en plus une juridiction de première instance. Précisément entre 1620 et 1668, *en tant que juridiction de première instance*, la Chambre des Lords est, par exemple, compétente a- lorsque les intérêts du roi sont en jeu. Dans ce cas, indique William Holdsworth, le roi « avait l'habitude de charger les membres de la Chambre des Lords d'entendre l'affaire »²¹³. Elle l'est aussi b- si une affaire est ajournée devant une cour inférieure en raison de difficulté. Elle l'est, enfin, en matière c- d'*impeachment*, d- de privilège ou e- de procès des pairs. Par *impeachment*, il faut entendre la « procédure judiciaire de mise en accusation par laquelle la Chambre des communes décidait le renvoi pour jugement devant les Lords »²¹⁴. La procédure d'*impeachment* est surtout

²⁰⁸ J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, p. 15.

²⁰⁹ *Ibidem*.

²¹⁰ *Id.*, p. 3.

²¹¹ Les développements ci-après se fondent, à titre principal, sur l'ouvrage de William Holdsworth. V. en particulier : W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, pp. 365-394. Ils n'ont pas la prétention d'épuiser la matière, qui est d'une extrême complexité, mais uniquement de dresser un bref aperçu des compétences judiciaires détenues par la Chambre des Lords avant 1701.

²¹² L'étendue des compétences de la Chambre des Lords a sensiblement évolué entre le début du XIV^e siècle et le début du XVIII^e siècle.

²¹³ W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, pp. 365-366.

²¹⁴ P. Avril, J. Giquel, *Lexique de droit constitutionnel*, Paris, Presses universitaires de France, 2003, p. 61.

utilisée à l'encontre des ministres et des conseillers du roi. Les cas de privilèges font, quant à eux, notamment référence aux situations dans lesquelles « *la Chambre des Lords peut décider de l'effet ou de la validité de la création d'une nouvelle pairie par la Couronne* »²¹⁵. Pour ce qui est des procès des pairs, il s'agit des procès des *Lords* en trahison ou félonie²¹⁶. *En tant que juridiction d'appel*, la Chambre des Lords est compétente a- pour rectifier les erreurs des Cours de la Common Law²¹⁷ et en matière b- d'appel des « cours d'équité »²¹⁸. Pour ce qui concerne les rectifications en erreur des jugements des Cours de la Common Law, James S. Hart précise qu'ils « *étaient régis par la loi et devaient se conformer à la procédure strictement définie de bref d'erreur (writ of error). Les appels n'étaient possibles que pour des erreurs de droit, et non de fait, et la procédure était longue, complexe et coûteuse* »²¹⁹. Le même auteur résume les compétences en matière d'appel de la Chambre des Lords en expliquant : « *Elle était en fait compétente pour agir en tant que cour de dernier ressort pour toute partie qui avait été brimée en raison des défauts du système judiciaire* »²²⁰.

103. Le prélude terminé, il convient, à présent, de s'intéresser à l'ennemi le plus menaçant pour l'indépendance des juges avant 1701 : le souverain. Précisément, il s'agit de rendre compte, tant d'un point de vue théorique que d'un point de vue pratique, de la dépendance des juges vis-à-vis du monarque dans l'histoire constitutionnelle anglaise du XIIe siècle au début du XVIIIe siècle. Pour se faire, deux étapes doivent être envisagées. La première consiste, au moyen d'une approche globale, à préciser le cadre conceptuel de la dépendance des juges vis-à-vis du monarque. Il s'agit, en particulier, d'analyser le lien entre le concept de *fons justitiae* et la dépendance des juges vis-à-vis du monarque (section 1). Une fois la « toile de fond » de la dépendance des juges esquissée, il faut étudier, dans les détails, les diverses formes de la dépendance des juges vis-à-vis du roi (section 2).

²¹⁵ W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, p. 391.

²¹⁶ W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, pp. 385-391.

²¹⁷ Holdsworth parle en langue anglaise de « *proceedings by way of error from the common law courts* ». *Id.*, p. 370.

²¹⁸ Holdsworth parle en langue anglaise de « *proceedings by way of appeal from the equitable jurisdiction of the Chancellor* ». *Id.*, p. 372.

²¹⁹ J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, p. 18.

²²⁰ *Id.*, p. 2.

Section 1 : Le cadre conceptuel : le lien entre *fons justitiae* et dépendance des juges vis-à-vis du roi

104. Par *fons justitiae*, il faut, en des termes très généraux, entendre la reconnaissance du privilège de juger au roi. « *La Couronne est l'institution en charge de la mission de justice* »²²¹, nous dit Denis Baranger. Au titre des expressions synonymiques de la *fons justitiae*, il est, par exemple, possible de mentionner celle de « Roi, justicier » ou celle de « Roi, dispensateur de justice ». L'image du roi « fontaine de justice » est fréquente en Angleterre. En ce sens, Jean-Patrice Boudet qualifie la *fons justitiae* de « *topoi de l'arsenal idéologique du pouvoir monarchique dans les pays de Common Law, à commencer par l'Angleterre, au temps des Tudors et de leurs successeurs* »²²². La métaphore apparaît, par exemple, dans les ouvrages de William Blackstone²²³, d'Alpheus Todd²²⁴ et de William Stubbs²²⁵. Grâce, entre autres, à ces travaux, l'histoire des origines et du développement de la *fons justitiae* a été esquissée. De fait, la question des origines et du développement de la *fons justitiae* est un aspect exploré dans la littérature (§1). Au contraire, la question de l'existence d'un lien unissant le concept récurrent de *fons justitiae* et la dépendance des juges par rapport au monarque est moins évidente. A notre sens, il est, pourtant, possible d'envisager la *fons justitiae* comme un fondement de la dépendance (§2).

§1. Un aspect exploré dans la littérature : histoire des origines et du développement de la *fons justitiae*

105. Avant de s'intéresser au développement de la *fons justitiae* (B), il convient de traiter de ses origines (A).

²²¹ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, p. 59.

²²² J-P. Boudet, « Epilogue », in S. Menegaldo, B. Ribémont (dir.), *Le roi fontaine de justice : Pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Paris, Klincksieck, 2012, p. 317.

²²³ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Facsimile de la première édition de 1765-1769, Chicago, The University of Chicago Press, 1979, p. 257.

²²⁴ A. Todd, *On parliamentary government in England*, vol. I, 1e éd., Londres, Longmans, 1867, p. 352.

²²⁵ W. Stubbs, *The constitutional history of England : in its origin and development*, vol. I, 1e éd., Oxford, Clarendon press, 1874, p. 179.

A. Origines de la *fons justitiae*

106. Les origines de la *fons justitiae* semblent remonter à la période antérieure à la conquête normande. C'est le constat dressé tant par William Stubbs que par John Baker. Le premier reconnaît qu'avant 1066, « au moment où la dignité personnelle du roi a augmenté et que la nature de sa relation à ses sujets a évolué, ses pouvoirs officiels se sont développés, et sa fonction en tant que fontaine de justice a commencé à être plus nettement affirmée »²²⁶. De la même manière, le second observe « qu'avant la conquête normande de 1066, (...), la théorie constitutionnelle selon laquelle la justice est une prérogative de la Couronne a commencé à avoir dans les faits quelques fondations, bien qu'elle n'était pas encore exprimée sous forme de mots »²²⁷. En pratique, si à la fois William Stubbs et John Baker situent les débuts de la *fons justitiae* à la période anglo-saxonne²²⁸, c'est vraisemblablement dans la mesure où, à partir de cette époque, le souverain entreprend d'y exercer la justice en personne. Précisément, le souverain tranche personnellement au sein de son *witan*, sorte de conseil des grands du royaume²²⁹, non seulement les différends relatifs aux crimes violents, mais de manière plus générale, de nombreux différends entre personnes privées²³⁰. Selon les propres termes de John Baker, « depuis au moins l'époque d'Alfred (871-899), les rois avaient pris en charge la responsabilité de régler des litiges, et à partir des années 1020, les réclamations reçues par le roi Cnut (1016-1035) étaient tellement importantes qu'il jugea nécessaire de confiner le recours à sa cour à ceux qui avaient déjà demandé réparation devant la cour des centaines (in the hundred) »²³¹.

²²⁶ W. Stubbs, *The constitutional history of England : in its origin and development*, vol. I, 1^e éd., Oxford, Clarendon press, 1874, pp. 179-180.

²²⁷ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 9.

²²⁸ A la différence de J. Baker et W. Stubbs, Theodore F. T. Plucknett ne date pas les origines historiques du concept de roi, fontaine de justice au développement du droit anglo-saxon. Il n'associe pas l'exercice de la justice par le roi au sein de son *witan* avant 1066 à la *fons justitiae*. Il fait, par contre, valoir qu'avant la conquête normande « l'autorité des anciennes juridictions était originelle et n'était en aucun cas dérivée de la Couronne ». (T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 80). Selon Theodore F. T. Plucknett, les origines de la *fons justitiae* remontent, *a contrario*, à la période postérieure à la conquête normande. Au soutien de son allégation, il explique: « au cours de deux cent ans, non seulement les cours centrales de Westminster avaient été installées et dotées d'un droit et d'une procédure royal alors qu'auparavant il y en avait peu ou pas, mais en plus l'idée de suprématie royale et de centralisation de la justice s'était si fermement enracinée qu'il était possible d'affirmer que l'ensemble du pouvoir judiciaire, qu'il réside dans les cours royales, les cours seigneuriales ou les anciennes cours communales, était exercé en vertu d'une délégation de la Couronne ». *Id.*, p. 81.

²²⁹ Pour quelques renseignements sur le *witan*, voir notamment : P. Raina, *House of Lords Reform : A History – The Origins to 1937 : Proposals Deferred*, Vol. I, Livre I : The Origins to 1911, Oxford, Peter Lang, 2011, pp. 1-3.

²³⁰ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 9.

²³¹ *Ibid.*

107. Sans prétendre à l'exhaustivité, deux éléments au moins légitiment la prise en charge de la mission de justice par le roi dès avant la conquête normande : c'est, d'abord, en tant que représentant de Dieu sur terre que le souverain assume la fonction de juger. Selon Christophe Grellard, « *quand on se réfère à la littérature patristique (Lactance, saint Augustin), ce n'est pas le prince, mais Dieu seul, qui peut être dit fontaine de justice, de la même façon qu'il est la source de toute bonté et de toute vérité* »²³². Dans leurs discours, les acteurs anglais associent, d'ailleurs, fréquemment les prérogatives royales en matière de justice et Dieu. C'est, à titre d'illustration, le cas à l'occasion du procès des cinq chevaliers en 1627. Dans sa plaidoirie, l'avocat général au parlement d'Angleterre indique : « *l'essence même de la justice de Dieu sur la terre repose en lui* »²³³. C'est, ensuite, au nom de l'idée selon laquelle le roi est le gardien de la paix du royaume que le monarque endosse la charge de trancher les différends. Il est responsable de la tranquillité du *regnum* et doit donc être investi du devoir de juger et de sanctionner ceux qui la violent. Pour reprendre les termes de William Stubbs, « *l'idée de base de ce privilège repose dans l'idée de la royauté elle-même. La paix, ainsi qu'elle est appelée, l'alliance élémentaire pour un respect mutuel, pour l'exécution et la mise en application des droits et des devoirs, l'autolimitation volontaire d'une société libre dans sa forme la plus primitive, était dès le début de la monarchie placée sous la protection du roi* »²³⁴.

B. Développement de la *fons justitiae*

108. La conquête normande n'entraîne pas l'abandon par le roi de l'exercice de ses fonctions judiciaires. Au contraire, les successeurs du Guillaume continuent à rendre la justice d'abord au sein de la *Curia Regis*²³⁵, puis au sein du Conseil et du Conseil Privé du roi²³⁶. Les raisons du succès de la justice délivrée par le roi après 1066 sont, au moins, au nombre de deux :

²³² C. Grellard, « "Le prince est sujet de la loi de justice": loi de Dieu, lois des hommes chez Jean de Salisbury », in S. Menegaldo, B. Ribémont (dir.), *Le roi fontaine de justice : Pouvoir justicier et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Paris, Klincksieck, 2012, p. 85. V. aussi en ce sens : C. Gauvard, « Introduction », in S. Menegaldo, B. Ribémont (dir.), *op. cit.*, p. 8 ; L. Scordia, « Devoir de justice et amour du roi aux XIIIe-XIVe siècles », in S. Menegaldo, B. Ribémont (dir.), *op. cit.*, p. 129.

²³³ « (...) *the very essence of justice under God upon earth is in him* ». Cité dans : J-P. Boudet, « Epilogue », in S. Menegaldo, B. Ribémont (dir.), *op. cit.*, p. 318.

²³⁴ « *The germ of this attribute lay in the idea of royalty itself. The peace, as it was called, the primitive alliance for mutual good behaviour, for the performance and enforcement of rights and duties, the voluntary restraint of free society in its earliest form, was from the beginning of monarchy under the protection of the king* ». W. Stubbs, *The constitutional history of England : in its origin and development*, vol. I, 1e éd., Oxford, Clarendon press, 1874, p. 180.

²³⁵ Pour de plus amples informations sur les fonctions judiciaires de la *Curia Regis*, voir : *Supra*, n° 98 et s.

²³⁶ Sur ce point, voir : *Infra*, n° 121 et s.

d'abord, certains plaideurs font valoir le caractère urgent de leurs affaires et indiquent qu'ils sont dans l'impossibilité d'attendre le prochain déplacement de la justice itinérante. Ajouté à cela, ils indiquent souhaiter l'attention personnelle du monarque²³⁷. A partir au moins du XIVe siècle, l'obligation du monarque de rendre la justice est, du reste, encore inscrite dans le droit positif, puisque le roi doit, en vertu du serment qu'il prête à l'occasion de son couronnement, jurer « *de trancher les différends de manière égale et juste et en appréciant avec clairvoyance la miséricorde et la vérité* »²³⁸.

109. Progressivement, pourtant, une évolution se produit : en parallèle de la justice dispensée directement par le souverain et de la justice royale itinérante, plusieurs cours de justice voient le jour et entreprennent aussi de trancher les différends. Parmi les cours de justice qui émergent, il convient, en premier lieu et dans l'ordre chronologique, de faire mention des trois cours permanentes qui s'installent à Westminster à compter du XIIIe siècle²³⁹. Il s'agit de la Cour de l'Echiquier ou *Court of Exchequer*, de la Cour des Plaids Communs ou *Court of Common Pleas* et de la Cour du Banc du Roi ou *Court of King's Bench*. Chacune d'entre elle est spécialisée. Ainsi, la Cour de l'Echiquier est compétente en matière de finances royales, tandis que la Cour des Plaids Communs et la Cour du Banc du Roi sont respectivement compétentes en matière de possession de terres et de propriété personnelle et en matière de crimes graves. Il convient, en second lieu, de citer les Cours conciliaires qui apparaissent à compter du XIVe siècle²⁴⁰. Elles sont fondées pour pallier aux limites de la *common law*. Mais, identifiées à la Couronne, elles sont critiquées pour leur défaut d'indépendance. Il faut, enfin, signaler la Cour de la Chancellerie qui s'ajoute aux cours de justice déjà existantes à compter de la fin du XVe siècle et surtout au cours du XVIe²⁴¹. A l'instar des Cours conciliaires, la Cour de la Chancellerie est créée pour « *modérer la rigidité et la technicité de*

²³⁷ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 17.

²³⁸ Les mots du serment en ancien français sont les suivants : « *Sire, freez vous faire en touz voz jugements ouele et droite justice et discrection en misericorde et vérité, a vostre poer. Respons : Jeo le frai.* ». The Coronation Oath 1308. Cité par R. S. Hoyt, « The Coronation Oath of 1308 », *The English Historical Review*, vol. 71, n° 280, 1956, p. 356.

²³⁹ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 17-20. V. aussi : R. David, *Major legal systems in the world today : an introduction to the comparative study of law*, 3 éd., Londres, Stevens, 1985, pp. 313-314.

²⁴⁰ Pour de plus amples renseignements sur les cours conciliaires, voir : *Infra*, n° 124 et s.

²⁴¹ Pour de plus amples informations sur la Cour de la Chancellerie, voir : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, pp. 395-476 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 97-116.

la common law »²⁴². Elle tranche les différends en se fondant sur les principes de justice et d'équité.

110. Par delà la question des compétences ou des motifs qui justifient la création de ces cours de justice, il est particulièrement intéressant d'attirer l'attention sur leurs origines. Précisément, chacune des ces cours n'émerge pas *ex nihilo*. Bien au contraire, les trois Cours royales, les Cours conciliaires et la Cour de la Chancellerie trouvent leurs fondements originels dans le pouvoir judiciaire du roi. Ainsi et par exemple, les racines historiques des Cours de Westminster se situent dans la Cour du Roi, dont elles se détachent progressivement²⁴³. En ce sens, elles constituent donc des démembrements de la *Curia Regis*. De la même manière, l'origine des Cours conciliaires se trouve aussi dans les prérogatives royales en matière de justice, en ce que les Cours conciliaires émergent au sein Conseil du Roi (*King's Council*), descendant de la *Curia Regis* et ancêtre du *Privy Council* et de la *House of Lords*. Enfin, le point de départ historique de la Cour de la Chancellerie réside également dans la justice du monarque²⁴⁴. A l'instar des Cours conciliaires, la Cour de la Chancellerie est une émanation du Conseil du Roi. Plus précisément, elle procède de la délégation par le roi au Chancelier des pétitions des plaignants incapables d'obtenir satisfaction devant les cours de la *common law*²⁴⁵. Ce n'est, qu'à partir du XVe siècle, que le Chancelier commence à trancher les différends de sa propre autorité et non en tant que substitut du roi²⁴⁶. Dans le fond, comme les Cours de Westminster et les Cours conciliaires, la Cour de la Chancellerie est donc intrinsèquement liée au monarque. Pour reprendre les termes de William Holdsworth, « *le Chancelier et la Chancellerie ont, tout au long de leur histoire, été très proches du roi et de son Conseil ; et bien que la Chancellerie tendait à devenir un département d'état distinct, cette étroite liaison s'est, durant le Moyen-Age, à peine amoindrie, encore moins rompue* »²⁴⁷.

²⁴² W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, p. 477.

²⁴³ J.H. Baker, *op. cit.*, p. 127 : « (...) *the common-law courts were derived from the early king's council or Curia Regis (...)* » ; V. aussi : T. P. Taswell-Langmead, *English Constitutional history from the Teutonic conquest to the present time*, 5 éd., Londres, Stevens & Haynes, 1896, p. 143 : « *After the old Curia Regis had been permanently split up into three separate Courts of King's Bench, Common Pleas, and Exchequer, each under its own chief (...)* ».

²⁴⁴ Pour un rapide aperçu du développement de la Cour de la Chancellerie, V. : J. Corkery, « The English courts and the rise of Equity », *The National Legal Eagle*, vol. 7, n° 2, 2001, pp. 17-18.

²⁴⁵ P. Tucker, « The early History of the Court of Chancery : A comparative Study », *English Historical Review*, vol. 115, n° 463, 2000, pp. 791-811 ; spéc. pp. 779-800.

²⁴⁶ R. David, *Major legal systems in the world today : an introduction to the comparative study of law*, 3 éd., Londres, Stevens, 1985, p. 325.

²⁴⁷ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, p. 399.

111. Finalement, l'analyse du développement des Cours royales, des Cours conciliaires et de la Cour de la Chancellerie révèle que même si la Couronne n'est plus le siège du pouvoir judiciaire, elle demeure néanmoins la source originelle de l'ensemble de ces Cours de justice. La *fons justitiae* signifie, par conséquent, tant l'exercice de la justice par le souverain lui-même que par ses « députés »²⁴⁸ ou « canaux intermédiaires »²⁴⁹ – pour reprendre respectivement les termes de Frédéric Maitland et d'Alpheus Todd. « *La métaphore de la fontaine donne à voir et à comprendre la source, le cours linéaire, la dérivation, la fécondité, et partant la vie* »²⁵⁰, résume Lydwine Scordia.

§2. Une piste de recherche : la *fons justitiae*, fondement implicite de la dépendance des juges vis-à-vis du roi

112. De notre point de vue, la *fons justitiae* constitue le sous-bassement axiologique de la dépendance des juges vis-à-vis du pouvoir exécutif. Précisément, elle doit être appréhendée comme un argument conceptuel diffus et sous-jacent aux empiètements de la Couronne dans l'activité juridictionnelle. L'idée est que le monarque s'appuie sur ses prérogatives en matière de justice pour continuer à participer à l'exercice de l'activité judiciaire. Il fait appel à la *fons justitiae* pour établir la dépendance des juges.

113. Au moins deux illustrations sont éclairantes de la réalité du lien entre *fons justitiae* et dépendance des juges. D'abord, dans l'affaire des *Commendes* (1616)²⁵¹, Jacques Ier soutient qu'il peut en tant que « chef et fontaine de justice »²⁵² s'immiscer dans l'activité juridictionnelle des juges. Ensuite, en 1692 à l'occasion du rejet d'une disposition législative prévoyant que « la rémunération des juges est assurée et établie »²⁵³, un partisan du roi déclare qu'elle « empiète sur la prérogative royale et rendrait les juges indépendants de la

²⁴⁸ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 267.

²⁴⁹ A. Todd, *On parliamentary government in England*, vol. I, 1^{re} éd., Londres, Longmans, 1867, p. 352.

²⁵⁰ L. Scordia, « Devoir de justice et amour du roi aux XIII^e-XIV^e siècles », in S. Menegaldo, B. Ribémont (dir.), *op. cit.*, p. 129.

²⁵¹ L'affaire des *Commendes* est étudiée en détail dans les développements qui suivent. Pour de plus amples renseignements sur l'affaire des *Commendes*, voir: *Infra*, n° 269 et s.

²⁵² J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 362.

²⁵³ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. VI, Londres, Methuen, 1924, p. 234 (note n° 12); D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 130; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 6.

Couronne »²⁵⁴. Ce faisant, l'auteur du propos fait comprendre que rendre les juges indépendants reviendrait à remettre en cause les prérogatives royales en matière de justice. Il sous entend également que l'affirmation de l'indépendance de la justice se ferait au détriment des prérogatives royales en matière de justice.

114. Sur l'utilisation de la *fons justitiae* comme fondement de la dépendance des juges, il convient, pour terminer, de faire deux observations générales. La première est relative au caractère – le plus souvent – implicite de la *fons justitiae* comme argument justificatif de la dépendance des juges. De tout évidence, l'absence d'énonciation formelle de la *fons justitiae* rend complexe la mesure de sa mobilisation réelle dans les discours des souverains ou des monarchistes. Concrètement, il apparaît donc extrêmement délicat de découvrir d'autres illustrations du lien entre *fons justitiae* et dépendance des juges. La seconde remarque concerne la question de la légitimité de la mobilisation des prérogatives royales en matière de justice au soutien de la dépendance des juges. C'est un problème auquel Denis Baranger s'est intéressé. Examinant de manière critique l'affaire *Prohibition Del Roy*²⁵⁵ – dans laquelle Jacques Ier soutient qu'il peut lui-même trancher les différends –, le professeur de droit suggère que la *fons justitiae* serait illégitime pour défendre la dépendance des juges. Selon lui, « *que la justice soit rendue au nom du Roi ne donne pas nécessairement raison à Jacques Ier dans sa controverse avec Coke retranscrite dans le Case of Prohibitions* »²⁵⁶.

Section 2 : Le triple visage de la dépendance des juges vis-à-vis du roi

115. D'entrée, il apparaît complexe de trouver des illustrations concrètes de la dépendance des juges par rapport au souverain. La raison en est que de pareils exemples sont éparpillés dans la littérature. A notre connaissance, aucune étude d'ampleur ne réunit les preuves de la dépendance des juges vis-à-vis du monarque avant 1701. Pour découvrir les marques de la dépendance par rapport au monarque, il faut, par conséquent, entreprendre une fouille minutieuse dans la littérature ancienne et les travaux des historiens et juristes plus contemporains.

²⁵⁴ Cité par D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 131.

²⁵⁵ L'affaire *Prohibition Del Roy* est étudiée en détail dans les développements qui suivent. Pour de plus amples renseignements sur l'affaire *Prohibition Del Roy*, voir: *Infra*, n° 281 et s.

²⁵⁶ D. Baranger, *Ecrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, p. 59.

116. En pratique, les premiers résultats des recherches archéologiques montrent que la dépendance des juges vis-à-vis du souverain se matérialise avant l'adoption de l'*Act of Settlement* non pas sous une forme unique, mais sous des formes diverses. Plus particulièrement, un travail de systématisation permet de révéler trois formes différentes de dépendance des juges par rapport au monarque. Ainsi, la dépendance des juges se traduit, d'abord, dans l'exercice de la justice par le roi (§1), ensuite, dans les pressions exercées par le roi sur l'activité juridictionnelle des juges (§2), enfin, dans la précarité de la charge du juge (§3).

§1. L'exercice de la justice par le monarque

117. Il y a, à titre principal, au moins, trois manifestations de l'exercice de la justice par le monarque : premièrement, le roi siège, très occasionnellement, au sein des trois cours royales (A). Deuxièmement, il rend la justice à travers son Conseil Privé (B). Enfin, troisièmement, il participe encore directement à la mission de justice à travers ses cours conciliaires (C).

A. Dans ses cours royales

118. A compter du détachement au cours du XIII^e et surtout du XIV^e siècle des cours de la *common law* de la *Curia Regis*, il existe, en principe, une séparation organique entre les cours royales de Westminster et le roi. Il résulte de cette séparation que le roi ne siège, théoriquement, pas dans les trois cours de la *common law*. Dit autrement, les cours royales de la *Court of Exchequer*, de la *Court of Common Pleas* et de la *Court of King's Bench* fonctionnent indépendamment de la présence du roi.

119. En réalité, cette allégation est tempérée par la compulsation des travaux des historiens et des juristes anglais. Ces écrits révèlent que même après la séparation des cours royales de la *Curia Regis*, le roi assiste et participe aux jugements des cours royales. Quelques illustrations de la présence du roi dans les cours de la *common law* peuvent, par exemple, être découvertes dans l'ouvrage *The Government of England, its Structure and its Development*, publié pour la première fois en 1867. Son auteur, William Hearn, y indique que « *même vers la fin du XIII^e siècle, bien que la pratique du roi siégeant personnellement dans la cour était devenue peu fréquente, son droit de participer aux procédures semble incontesté, et a probablement été*

exercé en toute occasion importante »²⁵⁷. En particulier, William Hearn cite l'exemple du roi Henri III (1216-1272) ou durant son absence en France, de son épouse la reine Eléonore de Provence. Il explique que le roi et la reine siègent souvent à la Cour de l'Echiquier²⁵⁸. L'historien William Holdsworth rapporte encore l'exemple d'Henri VIII (1509-1547), qui siège à la Cour du Banc du roi en 1517 pour juger les participants à une révolte populaire (*Evil May Day*)²⁵⁹.

120. Selon Hearn, « *ce grand instrument curatif par lequel le roi intervient personnellement dans le cours de la justice ne suscite aucune plainte* »²⁶⁰. Pour expliquer l'absence de critique, il faut rappeler qu'initialement, le pouvoir de rendre la justice est détenu par le roi. Il faut encore ajouter que les cours royales trouvent leurs origines dans la Cour du roi et lui sont donc liées. De fait, si la présence du roi dans les cours de la *common law* n'engendre que peu de protestations, c'est surtout parce que le roi est fontaine de justice.

B. Dans son Conseil Privé

121. Par Conseil Privé, il faut entendre l'organe qui émerge officieusement au XIV^e siècle et plus formellement au XV^e siècle et qui a pour mission de conseiller le roi en matière de politique intérieure et extérieure²⁶¹. A l'instar de la Chambre des Lords et des Cours royales, le Conseil Privé est le produit de l'évolution historique de la *Curia Regis*²⁶². Précisément, les origines du Conseil Privé (*Privy Council*) remontent au Conseil du roi du Moyen-Age, qui est lui-même issu de la *Curia Regis*²⁶³. Avant tout, le Conseil Privé constitue un organe exécutif²⁶⁴. Pourtant, il n'assume pas seulement des fonctions exécutives. Il s'associe également au Parlement pour l'exercice de fonctions législatives et aux cours royales pour

²⁵⁷ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 69.

²⁵⁸ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 70. Hearn nous dit: « *We read of his hearing a case concerning a royal fish that was found on the land of an infant ward of the Bishop of Norwich (...)* ».

²⁵⁹ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, pp. 348-349.

²⁶⁰ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 70.

²⁶¹ « Records of the Privy Council and other records collected by the Privy Council », The National Archives. Disponible sur : <http://discovery.nationalarchives.gov.uk/SearchUI/details?Uri=C223> (consulté le 24/11/15).

²⁶² Pour de plus amples renseignements sur les origines historiques de la Chambre des Lords et des Cours royales, voir respectivement: *Supra*, n° 99 et *Supra*, n° 118.

²⁶³ « Records of the Privy Council and other records collected by the Privy Council », The National Archives. Disponible sur : <http://discovery.nationalarchives.gov.uk/SearchUI/details?Uri=C223> (consulté le 24/11/15).

²⁶⁴ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, p. 477. Le Conseil privé est, d'ailleurs, l'ancêtre du cabinet. Voir sur ce point : S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 130-131.

l'exercice de fonctions judiciaires. Ce sont, en particulier, les fonctions exercées au titre de la mission de justice qui nous intéressent²⁶⁵. Déjà, la *Curia Regis* et le Conseil du Roi participaient à la mission de justice²⁶⁶. Pour ce qui est du Conseil Privé, il exerce ses fonctions judiciaires à partir du XIV^e siècle. Si les deux événements majeurs du XV^e siècle que sont le détachement de la Cour de la Chancellerie du Conseil du roi et la mise en place de la Cour de la Chambre étoilée en tant que cour distincte du Conseil du roi ne dépouillent pas le Conseil Privé de l'exercice de sa mission de justice²⁶⁷, en revanche, la loi adoptée en 1641 par le Long Parlement supprime presque totalement la mission de justice du Conseil Privé²⁶⁸.

122. Trois observations méritent encore d'être faites sur les fonctions judiciaires du Conseil privé. D'abord, il importe de préciser que le champ de compétences du Conseil privé en matière de justice est vague²⁶⁹. Comme l'écrit William Holdsworth, « *les problèmes en dehors de la compétence des cours de la common law, les affaires dans lesquelles les intérêts du roi sont concernés, les affaires dans lesquelles la procédure des cours de la common law ne pouvait pas fonctionner efficacement, les affaires dans lesquelles le droit lui-même était en cause, étaient toutes portées devant le Conseil* »²⁷⁰. Ensuite, il faut ajouter qu'à la différence des cours de la *common law*, le *Privy Council* ne tranche pas ses différends selon une procédure formelle²⁷¹. En particulier, il n'y a pas de jury devant le Conseil Privé. L'accusé est interrogé sous serment et peut être torturé²⁷². Enfin, il convient de souligner que la juridiction

²⁶⁵ Des informations sur les fonctions judiciaires assumées par le Conseil Privé peuvent notamment être trouvées dans : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, pp. 477-525 ; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 216-221. *Id.*, p. 320 ; J. P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarsts periods : I* », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 4, 1950, pp. 393-428 et J. P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarsts periods : II », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 5, 1950, pp. 627-656 ; J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, pp. 32-35.

²⁶⁶ Voir sur ce point : *Supra*, n° 98 et n° 99.

²⁶⁷ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 478 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 117. Pour de plus amples informations sur le développement de la Cour de la Chancellerie, voir : *Supra*, n° 109 et s. Pour de plus amples informations sur le développement de la Cour de la Chambre étoilée, voir : *Infra*, n° 124 et s.

²⁶⁸ V. sur ce point : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 516. Dès à présent, il importe de préciser que la loi qui prive quasiment entièrement le Conseil Privé de ses fonctions judiciaires prévoit aussi l'abolition de la Chambre étoilée. *Id.*, p. 502. Après 1641, le Conseil privé conserve une compétence en matière maritime et en matière d'appel des jugements des cours des possessions britanniques. V. sur ce dernier point : F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 320 ; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, pp. 516 et s. ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 140-141.

²⁶⁹ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 478. *Id.*, p. 485.

²⁷⁰ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 478. V. aussi sur ce point : W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 219.

²⁷¹ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 218. V. sur ce point aussi : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 485.

²⁷² F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 221.

du Conseil Privé apparaît non seulement légitime, mais en plus essentielle en raison des défaillances des systèmes de la *common law* et d'*equity*. William Holdsworth évoque la nécessité et l'efficience des fonctions judiciaires du Conseil Privé²⁷³. Il cite le juge Sir Edward Coke qui parle « *de la cour la plus honorable (notre Parlement excepté) qui existe dans le monde chrétien...* »²⁷⁴. Pour preuve de l'utilité du Conseil Privé en tant que cour de justice, il faut, d'ailleurs, noter son succès, en particulier sous la dynastie Tudor (1485-1603)²⁷⁵. Par exemple, durant les dernières années du règne d'Elisabeth (1558-1603), le Conseil tranche en moyenne 125 à 150 affaires par an²⁷⁶.

123. D'un point de vue formel, le Conseil Privé constitue un instrument par lequel la Couronne exerce indirectement et directement la justice. Indirectement, d'abord, le roi participe à la prise des décisions de justice du Conseil Privé, puisque l'organe lui est lié. Entre le monarque et le Conseil, il existe une proximité inhérente. C'est ce que nous dit, par exemple, William Holdsworth. L'historien rapporte que le Conseil Privé est identifié à la Couronne et à la prérogative royale²⁷⁷. Il fait aussi valoir que le Conseil privé « *était naturellement utilisé par le roi pour exercer sa prérogative de rendre la justice à tous ses sujets dans les cas dans lesquels la loi ordinaire ou les cours ordinaires n'était pas capable de le faire* »²⁷⁸. Sans aucun intermédiaire, ensuite, le roi participe aussi à la prise des décisions de justice du Conseil Privé, puisqu'il est, de temps à autre, présent lors des sessions judiciaires de l'institution. Tel est, à titre d'illustration, le cas de Jacques Ier (1603-1625) qui, d'après James S. Hart, tranche plus de 466 différends au cours de la première année de son règne²⁷⁹.

²⁷³ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, p. 507.

²⁷⁴ Cité par W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, p. 508.

²⁷⁵ J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, p. 33.

²⁷⁶ J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, pp. 32-33.

²⁷⁷ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7 éd., Londres, Methuen, 1956, p. 478.

²⁷⁸ *Ibidem*.

²⁷⁹ J. S. Hart, *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, p. 33.

C. Dans ses cours conciliaires

124. Par cours conciliaires, il faut entendre « *des cours qui se sont développées relativement récemment par le biais de la prérogative résiduelle du roi en matière de justice* »²⁸⁰. Plus précisément, les cours conciliaires apparaissent au cours du XIV^e siècle. Elles sont établies pour répondre « *aux limites de la common law en délivrant la grâce royale de manière techniquement arbitraire, mais aussi rapide* »²⁸¹. Au nombre des cours conciliaires figurent, par exemple, la Cour de la Chambre étoilée (*Court of Star Chamber*), la Cour des requêtes (*Court of Requests*), la Haute Cour de l'Amirauté (*The High Court of Admiralty*), la Cour du Comte-Maréchal (*Court of the Earl Marshal*) et la Cour des tutelles (*Court of Wards*)²⁸². C'est, à n'en pas douter, la Cour de la Chambre étoilée qui est la plus connue des cours conciliaires²⁸³. C'est aussi celle qui a suscité la plus grande attention de la littérature²⁸⁴. D'un point de vue juridique, la Cour de la Chambre étoilée est créée par une loi de 1487²⁸⁵. En réalité, son existence pratique est antérieure à la disposition législative qui l'établit²⁸⁶. A l'instar du Conseil Privé, la Cour de la Chambre étoilée fonctionne en l'absence de procédure formelle. Pour l'essentiel, elle jouit d'une juridiction en matière criminelle²⁸⁷. A cet égard, ses compétences sont plus larges que celles définies dans la loi de 1487²⁸⁸.

²⁸⁰ J. W. F Allison, *A continental distinction in the common law : a historical and comparative perspective on English public law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 153. Pour de plus amples informations sur les cours conciliaires, voir, par exemple : *Id.*, pp. 153-156 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 117-125.

²⁸¹ Cité dans : R. P. Alford, « The Star Chamber and the Regulation of the Legal Profession 1570-1640 », *American Journal of Legal History*, vol. 51, 2011, p. 645.

²⁸² J. W. F Allison, *A continental distinction in the common law : a historical and comparative perspective on English public law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 153-154 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 117-125.

²⁸³ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 117.

²⁸⁴ L'un des travaux les plus renommés au sujet de la Chambre étoilée est certainement l'article de Thomas G. Barnes, « Star Chamber Mythology », *The American Journal of Legal History*, Vol. 5, n° 1, 1961, pp. 1-11. Dans cet article, Barnes défend l'idée selon laquelle la Cour de la Chambre étoilée n'était pas plus répressive et dépendante que les autres cours de la *common law*.

²⁸⁵ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 219 ; P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarths periods : I* », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 4, 1950, p. 396.

²⁸⁶ P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarths periods : I* », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 4, 1950, p. 396.

²⁸⁷ P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarths periods : I* », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 4, 1950, p. 397 ; P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarths periods : II », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 5, 1950, p. 654.

²⁸⁸ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 220 ; P. Dawson, « The Privy Council and private law in the tudor and stuarths periods : I* », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 4, 1950, p. 396.

125. Dès leurs créations, les cours conciliaires ont été décrites comme des instruments au service de la Couronne. En dépit de leur utilité et de leur succès²⁸⁹, elles ont été associées au roi et à la prérogative royale, et de manière plus large à la dépendance de la justice²⁹⁰. Sans prétendre à l'exhaustivité, au moins trois raisons peuvent éclairer le lien fait entre le monarque et les cours conciliaires : la première explication est – à nouveau – historique. Précisément, les Cours conciliaires sont des émanations du Conseil du Roi. En particulier, la Cour de la Chambre étoilée a son origine dans un comité du Conseil du Roi, duquel elle ne se sépare formellement qu'à compter de 1540²⁹¹. « *Durant plus d'un siècle le "Conseil de la Chambre étoilée" n'était rien d'autre que les réunions du Conseil dans un lieu donné* »²⁹², nous dit John Baker. La seconde raison permettant de comprendre l'association entre le souverain et les cours conciliaires est d'ordre organique. Il semble, en effet, que même après 1540, les membres du Conseil et les membres des Cours conciliaires (en particulier, ceux de la Cour de la Chambre étoilée) sont identiques²⁹³. Occasionnellement, pour ce qui tout au moins de la Cour de la Chambre étoilée, le souverain lui-même semble être présent. Tel est, à titre d'illustration, le cas de Jacques Ier, qui apparaît avoir siégé cinq jours en tant que président de la Cour de la Chambre étoilée à l'occasion de l'affaire *Countess of Exeter contre Sir Thomas Lake*²⁹⁴. Un dernier élément peut enfin faire comprendre le lien établi entre le roi et les cours conciliaires. Il est relatif au prétendu manque d'impartialité des décisions prises par les cours conciliaires. Sur ce point, John Allison explique : « *Une cause importante de réclamation durant l'interrègne était que le roi faisait un usage excessif des cours de la prérogative (et en particulier de la Chambre étoilée) (...) La Cour des tutelles, par exemple, a été critiquée car elle accordait trop d'attention aux profits de la Couronne* »²⁹⁵.

²⁸⁹ Ce sont les termes utilisés par John Allison pour décrire la Cour de la Chambre étoilée. J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 80.

²⁹⁰ V. sur ce point : J. W. F. Allison, *A continental distinction in the common law : a historical and comparative perspective on English public law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 154 ; *Id.*, p.155 ; R. P. Alford, « The Star Chamber and the Regulation of the Legal Profession 1570-1640 », *American Journal of Legal History*, vol. 51, 2011, p. 645.

²⁹¹ R. P. Alford, « The Star Chamber and the Regulation of the Legal Profession 1570-1640 », *American Journal of Legal History*, vol. 51, 2011, p. 645. V. également sur les origines historiques de la *Star Chamber* : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 479 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 118.

²⁹² J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 118.

²⁹³ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 118 ; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 220.

²⁹⁴ W. Hudson, *A treatise on the Court of Star Chamber*, in F. Hargrave (ed.), *Collectanea juridica, consisting of tracts relative to the law and constitution of England*, vol. II, Londres, Imprimé pour E. et R. Brooke, 1791, p. 9.

²⁹⁵ J. W. F. Allison, *A continental distinction in the common law : a historical and comparative perspective on English public law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 154.

126. A l'instar des fonctions judiciaires du Conseil Privé, l'existence des cours conciliaires prend fin en 1641²⁹⁶. En particulier, c'est en vertu d'une disposition législative intitulée « Une loi pour la réglementation du Conseil Privé et le retrait de la cour communément appelée la Cour de la Chambre étoilée » (*An Act for the regulation of the Privy Council and the taking away the court commonly called the court of Star Chamber*) que la Cour de la Chambre étoilée est abolie²⁹⁷. La lecture des termes de la loi nous apprend que l'abolition de la Chambre étoilée résulte de ce que la Cour constitue « *un poids intolérable pour les Sujets* » et a été employée « *pour introduire un pouvoir et un gouvernement arbitraire* »²⁹⁸. De manière plus précise, pour la grande majorité des auteurs, c'est surtout la dépendance des cours conciliaires à l'égard du souverain qui est l'une des causes de leurs chutes précipitées²⁹⁹. Pour le dire différemment, si les conciliaires ont été abolies, c'est en raison de leurs liens intrinsèques avec la Couronne. Sur ce point, les propos de William Blackstone sont particulièrement éclairants. Dans le chapitre VII consacré à la prérogative du roi du Livre I des *Commentaires*, Blackstone mentionne la loi qui abolit la Cour de la Chambre étoilée parmi les dispositions législatives qui consacrent l'indépendance de la justice³⁰⁰. Selon ses propres termes, « *en vertu de la loi du 16 Car. I ch. 10 qui abolit la Cour de la Chambre étoilée une mesure efficace est prise pour retirer tout pouvoir judiciaire des mains du Conseil privé du roi ; qui, comme il ressort de cas récents, est rapidement enclin à dire le droit, qui était le plus agréable pour le prince ou ses officiers* »³⁰¹. Plus d'un siècle et demi plus tard, le constitutionnaliste Ivor Jennings tient un raisonnement, peu ou prou, similaire. Dans *The Law*

²⁹⁶ *Ibidem*.

²⁹⁷ 16 Car. I, ch. 10, 1641. Voir, par exemple, sur ce point: W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, p. 502.

²⁹⁸ 16 Car. I, ch. 10, II., 1641.

²⁹⁹ Il convient, toutefois, de faire mention d'une position, semble-t-il, plus minoritaire. Il s'agit de celle de John Allison. L'auteur tempère l'idée selon laquelle l'abolition des cours conciliaires résulte de leur association avec le pouvoir royal. Davantage que l'indépendance de la justice ou la séparation des pouvoirs, Allison explique que d'autres raisons président à la suppression des cours conciliaires. Parmi les explications de la fin des cours conciliaires, il évoque la rivalité professionnelle avec les juristes de la *common law*, l'exaspération face aux problèmes procéduraux et l'opposition à la hiérarchie ecclésiastique. Aussi, conclue-t-il : « *la loi, à n'en pas douter, a acquis une charge symbolique, qui est confirmée par Blackstone et la pratique ultérieure, et ne découle pas de sa propre teneur ou de son effet escompté* ». J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 81.

³⁰⁰ Au titre des dispositions législatives qui affirment l'indépendance de la justice, Blackstone cite également l'Acte d'Etablissement de 1701 et la loi de 1707. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile of the First Edition of 1765-1769, 1979, p. 258. Pour de plus amples renseignements sur l'Acte d'Etablissement de 1701 et la loi de 1707, voir : *Infra*, Chapitre 3 de la partie sur l'Angleterre, en particulier n° 297 et s.

³⁰¹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile of the First Edition of 1765-1769, 1979, p. 260.

and the Constitution, il estime, comme William Blackstone, que le texte abolissant la Cour de la *Star Chamber* participe effectivement à l'affirmation du principe d'indépendance³⁰².

127. Si la dépendance des juges par rapport au roi s'exprime notamment dans l'exercice de la justice par le roi à travers ses cours conciliaires, elle prend également la forme de pressions exercées par le souverain sur l'activité juridictionnelle des juges.

§2. Les pressions exercées par le monarque sur l'activité juridictionnelle

128. A l'instar des officiers royaux, le monarque considère les juges comme des serviteurs. C'est le constat dressé par de nombreux auteurs qui ont étudié la période avant 1701³⁰³. Par exemple, Maitland constate : « (...) *les juges des cours de la common law étaient très clairement les serviteurs du monarque* »³⁰⁴. De même, l'historien américain Stewart Jay emploie le mot « serviteur » pour décrire la situation des premiers juges britanniques³⁰⁵.

129. Sur ce point et à titre d'illustration, les propos de Jacques Ier (1603-1625) sont éclairants de la relation de dépendance entre la Couronne et les juges. En effet, le 20 juin 1616, soit moins d'un siècle avant l'adoption de l'Acte d'Etablissement, le roi rappelle, dans un discours prononcé devant la Chambre Etoilée (*Court of Star Chamber*) que les juges sont inférieurs à lui³⁰⁶. De manière plus percutante encore, Sir Francis Bacon – qui a notamment exercé les fonctions de procureur général (*Attorney General*) sous le règne de Jacques Ier – explique dans l'un de ses *Essays* : « *Les juges doivent se souvenir que le trône de Salomon reposait de chaque côté sur des lions : qu'ils soient eux-mêmes des lions, mais des lions au-dessous du trône, et qu'ils se gardent de mettre en échec ou de contrecarrer un point quelconque de la souveraineté* »³⁰⁷.

³⁰² I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 14.

³⁰³ Voir à titre d'exemple : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, p. 352; F. Pollock, F. W. Maitland, *The history of English law before the time of Edward I*, vol. I, Cambridge, University press, 1895, p. 585 ; J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 166.

³⁰⁴ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 267.

³⁰⁵ S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 118-196.

³⁰⁶ « *so are you Judges under mee* ». J. P. Sommerville (ed), *King James VI and I : Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 219.

³⁰⁷ « *Let judges also remember, that Salomon's throne was supported by lions on both sides : let them be lions, but yet lions under the throne ; being circumspect that they do no check or oppose any points of sovereignty* ». F.

130. Concrètement, les pressions exercées par le monarque sur l'activité juridictionnelle prennent essentiellement deux formes. Elles peuvent être directes (A). Elles peuvent, plus fréquemment, être indirectes. C'est le cas lorsque les juges délivrent au roi des avis extra-judiciaires (B).

A. Les influences directes : les instructions ou directives royales

131. Par « influences directes », il faut entendre des instructions ou des directives données par le roi au juge dans le cadre de son activité juridictionnelle. Concrètement, par exemple, il existe une influence directe, lorsque le juge reçoit de la part du monarque l'ordre d'agir dans un sens particulier à l'occasion d'une affaire sur laquelle le juge est amené à statuer. Evidemment, les instructions sont d'autant plus fréquentes et plus précises que le roi a un intérêt dans l'issue du jugement.

132. A titre d'illustration des influences directes, il faut faire mention de l'affaire *Lord Dacre of the South* (1535)³⁰⁸ qui est survenue sous le règne d'Henri VIII (1509-1547). En 1533, Thomas Fiennes, *Lord Dacre of the South*, décède en laissant à ses héritiers un testament dans lequel il partage notamment une partie de ses terres entre ses fils. Il prévoit également – grâce au mécanisme du *use* – que l'autre partie de ses terres continue d'être gérée par des « personnes de confiance » tant que son héritier désigné n'a pas atteint l'âge de les obtenir. Or, à l'époque, à chaque fois qu'un propriétaire décède, un jury est convoqué pour décider de la part qui revient au roi. Désireux de s'emparer de l'ensemble des terres afin de jouir de nouveaux revenus, le roi Henri VIII souhaite que le jury reconnaisse que le recours au mécanisme du *use* est illégal et que le testament soit invalidé. Au terme d'une enquête, en janvier 1534, c'est effectivement le verdict que le jury rend, puisqu'il décide que le testament de Lord Dacre n'est pas conforme au droit anglais. Insatisfaits, « les personnes de confiance » de Lord Dacre contestent cette solution devant la Cour de la Chancellerie. En raison

Bacon, *Essays moral, economical, and political*, Londres, T. Bensley, 1798, p. 254. Déjà, à l'occasion de son argumentation dans l'affaire *Brownlow v. Michell* (1616), l'attorney-general Bacon explique que « les douze juges peuvent être comparés à douze lions qui servent d'appui au trône de Salomon ». « The argument of Sir Francis Bacon in the case of Rege Inconsulto between brownlow and Michell », in J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. VII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1879, p. 688.

³⁰⁸ J. H. Baker, S. F. C. Milsom, *Sources of English Legal history : private law to 1750*, Londres, Butterworths, 1986, pp. 105-111; J. H. Baker, *The Oxford History of the laws of England*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 418-419. L'affaire est complexe. Par souci de simplicité, nous ne nous attarderons pas sur les développements relatifs aux tenants et aux aboutissants de l'emploi du mécanisme du *use*. Voir pour de plus amples détails sur l'affaire, en particulier pour le versant relatif au mécanisme du *use*, D. J. Seipp, « Trust and fiduciary in the early common law », *Boston University Law Review*, vol. 91, n° 2, 2011, pp. 1030-1034.

vraisemblablement de la complexité de l'affaire, le Chancelier Audley choisit de convoquer l'ensemble des juges des trois cours de la *common law*. Lors de l'instance qui se déroule en février 1535, il semble que dix personnes, dont le Chancelier et le secrétaire du roi Thomas Cromwell (qui n'est juge d'aucune cour)³⁰⁹, sont présentes pour trancher le différend. Lors d'un premier vote à main levée, quatre juges et Cromwell considèrent que le testament est contraire au droit anglais, tandis que cinq autres juges expriment l'opinion inverse. L'issue est donc, *a priori*, incertaine. Pourtant, à la suite d'une erreur, l'un des juges (Port), qui s'est exprimé en marmonnant, est comptabilisé parmi les juges favorables à la Couronne. A l'issue du premier vote, le monarque obtient donc une courte majorité. Visiblement déçu par ce résultat, le roi décide de convoquer l'ensemble des juges. A cette occasion, il promet « de bons remerciements »³¹⁰ à ceux qui se prononcent en faveur de l'illégalité du testament. A n'en pas douter, les « bons remerciements » ont le sens non seulement de récompenses, mais aussi de sanctions. Vraisemblablement effrayés par les menaces implicites, les juges minoritaires se rallient à l'avis de la majorité et c'est, au final, une décision favorable à la couronne qui est prise. Du reste, il faut encore préciser qu'il semble, qu'au moins un des juges, dont l'opinion est contraire à celle du monarque, est absent – sans doute délibérément – lorsque la décision définitive est adoptée.

133. Un autre exemple d'influence directe établie s'est produit au cours du règne de la dynastie Stuart qui débute en 1603, sous Charles II (1660-1685). Précisément, l'affaire concerne le comte de Danby, l'un des fidèles du roi³¹¹. En 1679, le comte est fait prisonnier par le Parlement à la Tour de Londres. Après l'échec de plusieurs de ses demandes de remise en liberté, Danby demande à Charles II d'intervenir auprès des juges en 1684. Le 4 février, Charles II fait savoir à Latimer, le fils de Danby, qu'il intercèdera personnellement auprès des juges le lendemain. Le 9 février, après s'être entretenu avec les juges, le roi signale à Latimer que la Cour du banc du roi libérera probablement Danby. Conformément à la déclaration royale, le 12 février, Danby est remis en liberté. Un jour plus tôt, fort de l'annonce du roi, Latimer écrit à son père que le roi est intervenu auprès des juges. Il précise : « *le roi m'a*

³⁰⁹ D. J. Seipp, « Trust and fiduciary in the early common law », *Boston University Law Review*, vol. 91, n° 2, 2011, p. 1033.

³¹⁰ Cité notamment par J. H. Baker, *The Oxford History of the laws of England*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 418.

³¹¹ Pour de plus amples détails, Voir : A. F. Havighurst, « The judiciary and politics in the reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, vol. 66, 1950, pp. 247-249.

demandé de faire attention à ce que ni Monsieur le comte ni moi ne révélions qu'il a parlé aux juges »³¹².

134. De fait, c'est peut-être en raison de cette culture du secret qu'il est difficile de trouver dans la littérature des illustrations d'influences directes de la couronne sur la fonction juridictionnelle. Une autre explication est que les juges, qui se considèrent comme serviteurs, se plient, le plus souvent, aux instructions royales sans discuter. William Holdsworth évoque « la timidité » des juges, dont il dit qu'elle n'est pas « exagérée, si on considère l'époque »³¹³. Pour preuve de l'obédience des juges, après avoir reçu une directive du roi, Stanton affirme, en 1315-1316, que la force obligatoire de cette commande royale est supérieure à celle d'une loi. Il explique : « Nous avons reçu une pareille autorité du roi pour procéder ainsi, et cela est tout aussi contraignant qu'une loi »³¹⁴. De même, en 1340, Sir John de Stonor C.J.³¹⁵ accepte d'ajourner une affaire sur ordre du roi. « Le roi nous a envoyé un document qui provient de la Trésorerie et qui prouve que certains droits lui sont redevables. Il a également donné par lettre les instructions selon lesquelles nous devrions rechercher des preuves pour lui ; pour cette raison, nous ne nous précipiterons pas les affaires »³¹⁶, affirme Stonor.

B. Les influences indirectes : les avis extra-judiciaires

135. A compter approximativement de la fin du XVI^e siècle et jusqu'au XIX^e siècle, les juges délivrent fréquemment des avis extra-judiciaires³¹⁷. Par « avis extra-judiciaires »

³¹² « The King commanded me to take care that neither your Lordship or myself told anyone of his speaking with the Judges ». Cité par A. F. Havighurst, « The judiciary and politics in the reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, vol. 66, 1950, p. 249.

³¹³ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 564.

³¹⁴ « We have received a later authority to do so from the king, and this is equally binding with a statute ». Cité par W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 563.

³¹⁵ L'abréviation C. J. vaut pour *Chief Justice* qui signifie Président de l'une des Cours royales. Précisément, en 1340, Stonor occupe les fonctions de Président de la Cour des plaids communs. Dans son *Histoire du droit anglais*, Holdsworth orthographe Stonor avec un « e » final. A l'opposé, Théodore Plucknett (dans sa *brève Histoire de la Common Law*) et le *Dictionnaire d'Oxford de bibliographie nationale* écrivent Stonor sans « e ». En réalité, fréquemment, un nom peut au Moyen-Age avoir deux orthographes. Voir, plus loin, Shardelowe/Shardlow, Sharshull/Sharshulle etc.

³¹⁶ « The king has sent to us a certain record which comes from the Treasury and proves that certain fees are holden of him, which they say are the same fees, and also has instructed us by letter that we should seek evidence for him ; wherefore we will not hurry the business ». W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 563.

³¹⁷ Pour une étude historique approfondie de la question des avis extra-judiciaires délivrés par les juges anglais: S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 118-196. V. aussi pour quelques éléments: S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on trial: the independence and accountability of the English judiciary*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, p. 24.

(*extrajudicial consultations*), il faut entendre des opinions exprimées par les juges sur des points de droit, qui ne font pas simultanément l'objet d'un recours devant les tribunaux. Les destinataires des avis extra-judiciaires sont tant la Chambre des Lords³¹⁸ que le monarque et ses ministres³¹⁹. Concrètement, la mission des juges, qui consiste, *a priori*, essentiellement à trancher des litiges, se double d'une mission extra-juridictionnelle ou consultative.

136. S'agissant des avis extra-judiciaires délivrés à la Couronne, ils recouvrent des domaines divers. A titre d'illustration, les avis extra-judiciaires peuvent porter tant sur la question de savoir s'il convient de reporter l'ouverture de la session parlementaire que de conseils sur la légalité d'une action en justice que la Couronne souhaite tenter³²⁰. Le roi peut encore mobiliser l'avis des juges avant de donner son accord à une loi. Ainsi, en 1628, Charles I (1625-1649) sollicite l'opinion extra-juridictionnelle des juges avant de consentir à la Pétition des droits (*Petition of Rights*), qui garantit aux sujets de la Couronne des droits et libertés et limite les pouvoirs du roi³²¹.

137. Au demeurant, les opinions extra-judiciaires exprimées par les juges constituent une pratique établie³²². Ainsi, Holdsworth rappelle que le recours aux avis extra-judiciaire est « *légal* »³²³. Maitland ajoute qu'il est même possible de considérer « *que les juges sont tenus par leurs serments de donner au roi des conseils légaux dès lors qu'il le demande* »³²⁴. Sur ce point, la lecture des premières lignes du serment que les juges doivent prêter lors de leur entrée en fonction semble confirmer l'assertion de Maitland. Précisément, en vertu d'une ordonnance adoptée en 1344 sous le règne d'Edouard III (1327-1377), les juges doivent jurer : « *qu'honnêtement et en conformité avec le droit, nous servirons notre Seigneur le Roi et son peuple dans l'exercice de la justice, et qu'en conformité avec le droit nous le conseillerons dans ses affaires, et que nous ne recommanderons ou n'approuverons rien qui*

³¹⁸ Sur la question des avis extra-judiciaires délivrés par les juges anglais à la Chambre des Lords, voir particulièrement : *Id.*, pp. 124-128.

³¹⁹ Sur la question des avis extra-judiciaires délivrés par les juges anglais à la Couronne, voir particulièrement : *Id.*, pp. 128-152.

³²⁰ S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, p. 134.

³²¹ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VI, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 293-296.

³²² F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 270.

³²³ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, Londres, Methuen, 1924, p. 351.

³²⁴ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 270.

puisse lui porter préjudice ou déshéritement par une quelconque manière »³²⁵. Au final, en prévoyant que les juges sont tenus de fournir au roi des recommandations, le droit de l'époque justifie la pratique des avis extra-judiciaires.

138. Pourtant, tandis que l'emploi des avis extra-judiciaires est légal et que les monarques y ont fréquemment recours, la pratique peut soulever quelques interrogations relatives au respect du principe d'indépendance en vigueur aujourd'hui. Au moins deux éléments peuvent poser des difficultés : d'abord, en délivrant des conseils au pouvoir exécutif sur des points de droit, les juges participent à l'exercice des fonctions exécutives. De fait, la frontière qui sépare la sphère du pouvoir judiciaire de celle du pouvoir exécutif s'estompe. Surtout, l'exercice par les juges de fonctions consultatives pourrait biaiser les décisions juridictionnelles à venir. Précisément, les juges, amenés à trancher un litige concernant un point de droit pour lequel ils ont précédemment délivré un avis, risquent de reproduire une décision conforme à l'avis. Pour le dire autrement, les juges, « *exposés à la tentation constante de fournir une réponse qu'ils savent désirée* »³²⁶ pourraient avoir des difficultés à prendre leur distance par rapport à la consultation extra-judiciaire antérieure. Pour preuve, certains juges ont, au cours du litige qu'ils devaient trancher, fait référence à l'avis extra-judiciaire comme faisant autorité³²⁷.

139. Pour cette raison et même si le recours aux avis extra-judiciaires n'est pas sérieusement mis en doute avant 1760³²⁸, quelques juges, ont, occasionnellement, protesté contre la pratique. Comme le dit Stewart Jay, « *il existe suffisamment de preuves disponibles indiquant que malgré l'acceptation de longue date de la pratique, celle-ci a été par moments sujette à controverse* »³²⁹. Parmi les juges qui ont contesté l'emploi des consultations extra-judiciaires figure, notamment, Sir Edward Coke. En effet, même si la position de Coke sur la question des avis extra-judiciaires a pu évoluer au cours de sa carrière³³⁰, c'est contre la pratique qu'il s'oppose dans l'affaire *Peacham* (1614).

³²⁵ « *We shall swear, that well and lawfully we shall serve our Lord the King and his People in the office of justice, and that lawfully we shall counsel the King in his Business; and that we shall not counsel nor attend to any Thing which may turn to him in Damage or Dishonour by any manner way, or colour* ». 18 Edw. III, stat. 4, The oath of the justices 1344.

³²⁶ « (...) *they were obviously exposed to the constant temptation of giving the answer known to be wanted* ». W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, Londres, Methuen, 1924, p. 351.

³²⁷ S. Jay, *op. cit.*, p. 139.

³²⁸ S. Jay, *op. cit.*, p. 147.

³²⁹ S. Jay, *op. cit.*, p. 134.

³³⁰ S. Jay, *op. cit.*, p. 135.

140. La dite affaire *Peacham*, à laquelle il est fréquemment fait référence dans la littérature³³¹, illustre la question des avis extra-judiciaires. Précisément, elle concerne l'hypothèse dans laquelle les juges tranchent, de manière contentieuse, un litige après avoir, déjà, délivré un avis judiciaire sur la même question. En 1614, des fonctionnaires royaux découvrent dans l'étude d'Edmund Peacham, pasteur, un sermon dans lequel le présumé coupable menace le souverain Jacques Ier et son gouvernement. Persuadé que Peacham n'a pas agi seul et est l'instigateur d'un complot dirigé contre le monarque, les conseillers du roi poursuivent le pasteur. Détenu, Peacham reconnaît l'écrit séditieux, mais refuse d'avouer l'existence d'une machination. Le roi, premier concerné par l'affaire, est, pourtant, déterminé à faire condamner Peacham pour le crime de haute-trahison. Pour cette raison et ainsi qu'il en a la possibilité, il enjoint à Sir Francis Bacon, procureur général, de requérir l'avis séparé des juges de la Cour du banc du roi avant le procès. Trois des juges de la Cour du banc du roi acceptent de fournir leurs avis, tandis que Coke, Président de la Cour du banc du roi, s'oppose à exprimer son opinion séparément des autres juges. Précisément, Coke indique que si les juges peuvent être consultés lorsqu'ils sont constitués en corps, ils ne peuvent être interrogés séparément. Pour le dire autrement, selon Coke, la quête d'opinions individuelles n'est pas conforme aux coutumes du royaume³³². En réponse à Bacon qui le questionne, le président de la Cour du banc du roi indique, par conséquent, qu'il donnera son avis en temps voulu. Après quelques temps, vraisemblablement à cause de la pression exercée sur lui, Coke consent, néanmoins, à exprimer une opinion préalable. A cette occasion, il déclare que Peacham ne peut être tenu coupable de haute-trahison. Les trois autres juges, *a contrario*, estiment que Peacham doit être poursuivi pour le dit crime. Fort de cet avis, Peacham est jugé pour haute-trahison et – comme on pouvait s'y attendre – condamné.

³³¹ Voir chap. IV, in J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 90 et s. (Le volume XII des *travaux de Francis Bacon* est également référencé sous le volume V des *Lettres et de la vie de Francis Bacon*) ; S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, pp. 272-283 ; H. Hallam, *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, vol. I, Londres, J. Murray, 1827, pp. 369-370 ; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 270 ; G. Hewart, *The new despotism*, Londres, Benn, 1929, pp. 110-111 ; S. Jay, *op. cit.*, pp. 136-137. Pour des renseignements sur l'affaire Peacham en langue française, voir notamment : J. Beauté, *Sir Edward Coke 1552-1634 : Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1975, pp. 104-105.

³³² « *Such particular and auricular taking of opinions was not according to the custom of this realm* ». Les propos de Coke sont reproduits dans l'une des lettres adressée par Bacon à Jacques I à l'occasion de cette affaire. « Lettre de Francis Bacon à Jacques I en date du 27 janvier 1614 », in J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 100. (Le volume XII des *travaux de Francis Bacon* est également référencé sous le volume V des *Lettres et de la vie de Francis Bacon*).

141. De la même manière, dans l'affaire « *ship money* » (1637)³³³, un avis extra-judiciaire précède un jugement portant sur le même point de droit. En l'espèce, l'ensemble des juges semble accepter la consultation judiciaire. D'une façon générale, l'affaire « *ship money* » (1637) intervient durant une période au cours de laquelle Charles I (1625-1649), après des relations tendues avec le parlement, gouverne sans parlement³³⁴. Plus particulièrement, l'affaire concerne un impôt destiné à fournir, en cas de guerre, à la marine royale des navires et qui peut être levé par le monarque sans l'accord du parlement. En 1634, la décision de Charles I de lever l'impôt au moyen de trois *writs* successifs³³⁵, en période de paix et à une plus grande échelle, soulève une large contestation³³⁶. Face à l'ampleur de la controverse, le roi souhaite obtenir du soutien. Aussi, il sollicite l'avis de ses juges sur la légalité de l'impôt. En réponse à la demande du souverain, les juges fournissent au moins deux opinions extra-judiciaires³³⁷. La première intervient en décembre 1635³³⁸. Vraisemblablement, à cette occasion, tous les juges, à l'exception de deux, indiquent que le monarque peut accroître la pression fiscale et que « Sa Majesté est le seul juge » de la nécessité de cette mesure. Après l'extension des protestations, le roi requiert par écrit, dès 1637, une seconde opinion³³⁹. En comparaison, les juges fournissent un avis unanime plus ferme que le premier : ils y affirment vigoureusement le pouvoir du roi de lever la taxe. Satisfait de la réponse, le roi publie l'avis dans toute l'Angleterre et l'inscrit dans les registres des principales cours. Peu après, en 1638, les cours de la *common law* sont invitées à se prononcer sur le cas de John Hampden, qui s'est

³³³ A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, pp. 209-210.

³³⁴ Entre 1629 et 1640, Charles I gouverne sans parlement. Pour des informations sur les relations de Charles I et de ses parlements successifs : A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, pp. 207-219.

³³⁵ Sur le premier writ : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1899, pp. 369-371. Sur le second writ : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, p. 84. Sur le troisième writ : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, p. 200.

³³⁶ Voir, pour exemple, la pétition adressée par la ville de Londres au roi : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VI, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 375-376. Voir également la résistance dans la région d'Oxford, d'Essex ou de Devon : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 92-94. Voir encore : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 102-105 ; S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 200-203.

³³⁷ S. Jay, *op. cit.*, p. 142.

³³⁸ Voir sur ce point : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, p. 94.

³³⁹ Voir sur ce point : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 206-207.

opposé au paiement de l'impôt du « *ship money* ». Les juges, qui avaient déjà reconnu la légalité de la taxe, condamnent Hampden à verser le montant exigé³⁴⁰.

142. Pour terminer, il convient d'indiquer que de pareilles décisions des juges conduisent à une perte de confiance dans l'institution judiciaire. Précisément, les juges, qui acceptent de répondre aux questions extra-judiciaires du monarque, sont perçus comme des conseillers du pouvoir exécutif. Ils sont impopulaires. « *La décision d'une majorité de juges d'approuver l'imposition du "ship money" en 1638 a dégradé leurs réputations en terme d'impartialité au plus bas* »³⁴¹ nous explique John Baker. Le même auteur ajoute encore que les juges sont « *souvent associés, dans la croyance populaire, au gouvernement du jour* »³⁴².

143. Outre l'exercice de la justice par le monarque et les pressions exercées sur l'activité juridictionnelle des juges, la dépendance des juges vis-à-vis du souverain signifie encore que la préservation de leurs postes dépend du bon vouloir du monarque. Le cas échéant, s'ils ne sont pas suffisamment complaisants, les juges sont démis de leurs fonctions.

§3. La précarité de la charge du juge

144. D'emblée, il faut signaler qu'il est permis d'identifier, dans l'histoire constitutionnelle anglaise, des périodes durant lesquelles les juges ne sont pas démis de leurs fonctions. Tel est, par exemple, le cas à l'occasion des règnes d'Henri VII (1485-1509) et d'Henri VIII (1509-1547)³⁴³. Pour l'essentiel, cette absence de destitutions des juges peut, en fait, être interprétée de deux manières : elle peut, certes, signifier que les juges sont, durant ces périodes, plus indépendants. Elle peut, toutefois, aussi vouloir dire que les juges sont si soumis qu'aucune destitution n'est nécessaire.

³⁴⁰ Sur ce point, Frederic Maitland indique que sept juges décident contre Hampden tandis que cinq se prononcent en sa faveur. Parmi les cinq juges, deux adoptent un point de vue technique. Seuls deux juges (Cooke et Hutton) s'exprime fermement contre le souverain. F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 308. Pour un aperçu du jugement rendu par les juges dans l'affaire ship-money: F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 298 et s. Voir également: S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1896, pp. 277-280.

³⁴¹ « *The decision of a majority of the judges in favour of the imposition of ship-money in 1638 brought their reputation for impartiality to its lowest ebb* ». J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 167.

³⁴² « *often associated in popular perception with the government of the day* ». J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 167.

³⁴³ J. H. Baker, *The Oxford History of the laws of England*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 414.

145. En général, avant 1701, le juge est, en vertu de son acte de nomination par le roi, titulaire de sa charge *during pleasure* ou *at pleasure*. Précisément, l'expression signifie que le juge exerce sa fonction tant qu'il convient au monarque de l'y maintenir. Dans la littérature, il est fréquemment fait référence à l'expression latine *quamdiu nobis placuerit*. « La charge accordée aux juges anglais est durant cette période toujours une charge octroyée par le roi pour occuper la fonction avec les honoraires et émoluments qui lui sont attachés “*quamdiu nobis placuerit*” – ce qui signifie, en fait, une fonction qui prend fin lorsque le roi le souhaite »³⁴⁴, nous dit Charles McIlwain. La formule *during pleasure* ou *at pleasure* correspond encore, en droit français, à la notion d'amovibilité. Elle se distingue, *a contrario*, de la situation dans laquelle le titulaire d'une fonction ne peut être démis tant et aussi longtemps qu'il demeure digne de l'exercer (*during good behaviour* ou *quamdiu se bene gesserint*).

146. Si des efforts ont été entrepris afin de garantir aux juges une charge durant (ou pendant) bonne conduite, ils ont tous avorté (A). De fait, jusqu'au début du XVIIIe siècle, les monarques peuvent destituer les juges selon leur bon plaisir (B).

A. Les échecs en vue de garantir les fonctions « durant bonne conduite »

147. Durant la période qui précède l'adoption de l'Acte d'Etablissement, le Parlement tente de faire inscrire dans les textes le principe selon lequel les juges occupent leurs postes durant bonne conduite. Pourtant, ces démarches en vue de garantir dans les textes les fonctions « durant bonne conduite » vont échouer (1). De surcroît, si avant 1701, quelques juges reçoivent, en vertu de leur acte de nomination, une charge « durant bonne conduite », la pratique demeure relativement peu fréquente ou limitée à de courtes périodes dans le temps (2).

(1) Dans les textes

148. Sans prétendre à l'exhaustivité, au moins trois initiatives ayant pour objet de garantir les fonctions « durant bonne conduite » se manifestent au cours du XVIIe siècle³⁴⁵. D'origine

³⁴⁴ C. H. McIlwain, « The Tenure of English Judges », *The American Political Science Review*, Vol. 7, n° 2, 1913, p. 219.

³⁴⁵ A notre connaissance, aucun ouvrage ne recense en même temps les trois initiatives : elles sont même relativement ignorées des auteurs.

parlementaire, ces propositions, interviennent durant une période au cours de laquelle est posée la question de la définition des pouvoirs respectifs de la Couronne et du Parlement. Le premier élan législatif en vue de protéger la charge du juge se produit en 1642. Précisément, la date correspond à un paroxysme dans la crise constitutionnelle entre Charles I et le Parlement. En effet, à compter de 1642, les extrêmes tensions débouchent sur une guerre civile entre les monarchistes et les Parlementaires³⁴⁶. Au cours de cette période de lutte, plusieurs parlementaires, en particulier John Pym, rédigent Dix-Neuf Propositions (*The Nineteen Propositions*, 1^{er} juin 1642)³⁴⁷. D'une manière générale, ces propositions réduisent la prérogative royale et consacrent la souveraineté du Parlement³⁴⁸. Elles prévoient, par exemple, que le roi renonce à l'ensemble de ses prérogatives en matière de nomination ou à ses droits dans l'éducation et le mariage de ses enfants au profit du parlement³⁴⁹. La douzième proposition concerne, plus particulièrement, l'indépendance de la justice. Elle énonce que « *tous les juges et officiers royaux nommés avec l'accord des deux Chambres du Parlement, peuvent détenir leurs fonctions quam diu bene se gesserint* »³⁵⁰. Dès le 18 juin, le roi, conseillé par les royalistes Viscount Falkland et Sir John Culpeper, rejette l'ensemble des propositions en ce qu'elles représentent « *une subversion totale des lois fondamentales* »³⁵¹. Dans sa réponse, Charles I concède, toutefois, – sans plus de précision – qu'un juge ne peut être destitué de ses fonctions que s'il lui apparaît que le juge s'est comporté indignement ou à la suite de procédures légales qui reconnaissent la mauvaise conduite³⁵².

³⁴⁶ En 1649, le roi Charles I est condamné à mort et exécuté. Pour de plus amples informations: A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, pp. 216-226.

³⁴⁷ *The Nineteen Propositions*, 1^{er} juin 1642, in J. P. Kenyon (ed.), *The Stuart Constitution 1603-1688 : Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 222-226. Voir sur ce point, S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. X, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1891, pp. 176 et s.

³⁴⁸ A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 218.

³⁴⁹ A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 218.

³⁵⁰ « *Thar all the judges, and all officers placed by approbation of both Houses of Parliament, may hold their places quam diu bene se gesserint* ». *The Nineteen Propositions*, 1^{er} juin 1642, in J. P. Kenyon (ed.), *The Stuart Constitution 1603-1688 : Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 225. Les Dix-Neuf Propositions sont également consultables en ligne sur le site « The Online Library of Liberty » : <http://oll.libertyfund.org/pages/1642-propositions-made-by-parliament-and-charles-i-s-answer> (consulté le 24/11/15).

³⁵¹ « *a total subversion of the fundamental laws* ». *His Majesty's Answer to the Nineteen Propositions of Both Houses of Parliament*, in J. P. Kenyon (ed.), *The Stuart Constitution 1603-1688 : Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 18-20 ; spéc. p. 19. La réponse du roi est également consultable en ligne sur le site « The Online Library of Liberty » : <http://oll.libertyfund.org/pages/1642-propositions-made-by-parliament-and-charles-i-s-answer> (consulté le 24/11/15).

³⁵² « *We are resolved (...) to remove none, till they appear to Us to have otherwise behaved themselves, or shall be evicted by legal proceedings to have done so* ». Cette citation a été trouvée dans la réponse du roi aux Dix-Neuf Propositions consultable sur le site « The Online Library of Liberty ». Elle n'apparaît pas dans l'ouvrage de Kenyon, dans lequel seule une petite partie de la réponse du roi est reproduite.

149. La seconde initiative en vue de garantir les fonctions « durant bonne conduite » intervient sous le règne de Charles II³⁵³. Les débats ont lieu dans la Chambre des Communes dès février 1674³⁵⁴. Mais, si la loi est adoptée par la Chambre des Communes, elle est rejetée par la Chambre des Lords en 1680³⁵⁵.

150. L'idée de sauvegarder les fonctions du juge à vie apparaît, enfin, dans l'avant-projet de la *Déclaration des droits (Declaration of Rights)*, datée du 2 février 1689³⁵⁶. La Déclaration des Droits – qui est reproduite presque intégralement dans le *Bill of Rights* adopté en décembre 1689 – a été imposée aux nouveaux souverains Guillaume III et Marie par la Convention (*Convention Parliament*)³⁵⁷. Elle prononce l'abdication de fait de Jacques II qui a fui en France, consacre les droits et libertés fondamentales du royaume, impose des devoirs au monarque et énonce les règles de succession à la Couronne³⁵⁸. Or, dans sa première version, la Déclaration des Droits prévoit, de surcroît, d'abord, que les juges ne peuvent être démis de leurs fonctions tant et aussi longtemps qu'ils demeurent dignes de les exercer; ensuite, que la rémunération des juges doit être garantie et prélevée sur les deniers publics; enfin, que les juges doivent renoncer à leurs honoraires lucratifs³⁵⁹. Cependant, ces dernières dispositions sont, dès février, abandonnées. Au final, la Convention décide, en effet, que la Déclaration des droits, définitivement adoptée le 23 février 1689, « ne doit contenir qu'une réaffirmation des droits anciens »³⁶⁰. Il faut, du reste, encore mentionner que sous le règne de Guillaume III et Marie, en 1692, deux dispositions législatives prévoyant que « la rémunération des juges est assurée et établie » sont rejetées³⁶¹. Pour la première loi, le roi oppose son veto tandis que

³⁵³ R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 2; W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 81; D. Ogg, *England in the reign of Charles II*, 2 éd., vol. II, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 521.

³⁵⁴ A. Grey (éd), *Debates of the House of Commons*, vol. II, Londres, Imprimé pour D. Henry et R. Cave et J. Emonson, 1763, pp. 415 et s.

³⁵⁵ D. Ogg, *England in the reign of Charles II*, 2 éd., vol. II, Oxford, Oxford University Press, 1963, p. 521; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 2.

³⁵⁶ D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, pp. 129-130; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 5.

³⁵⁷ A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, pp. 252-255.

³⁵⁸ A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, pp. 254-255; G. Lamoine, *Histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, Paris, 1995, p. 59.

³⁵⁹ R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 5. Robert Stevens explique que les juges acceptent des honoraires au moins jusqu'à l'adoption d'une législation en 1825 et 1832 réglementant la rémunération des juges. R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 6.

³⁶⁰ R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 5.

³⁶¹ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. VI, Londres, Methuen, 1924, p. 234 (note n° 12); D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the*

pour la seconde, ce sont les courtisans royaux de la Chambre basse qui parviennent à empêcher son adoption³⁶².

151. En définitive, aucune des trois lois destinées à sauvegarder les fonctions du juge *quamdiu se bene gesserint* n'est donc adoptée entre 1640 et 1689. Dans le fond, les initiatives sont soit précipitamment abandonnées, soit tenues en échec, le plus souvent par le roi, mais aussi, dans certains cas, par l'une des deux chambres. De fait, jusqu'en 1701, aucune loi n'empêche les monarques de démettre les juges insoumis. Aussi, si parfois les monarques accordent aux juges des fonctions durant bonne conduite, la pratique est singulière ou ne s'inscrit pas dans la durée.

(2) Dans la pratique

152. Avant 1701, quelques juges obtiennent, de façon exceptionnelle, en vertu de leurs actes de nomination, une charge à vie sous réserve de bon comportement. Tel est le cas de Bryan (Président de la Cour des Plaids Communs) en 1472 (sous le règne d'Edouard IV) et de la majorité des juges de la Cour de l'Echiquier – appelés barons - après 1450³⁶³.

153. De la même manière, à compter de 1641, il est prévu, par l'acte de nomination, que le juge dispose de fonctions « durant bonne conduite »³⁶⁴. Le 15 janvier 1641, Charles I accepte, en effet, d'accorder aux juges un poste dont ils ne peuvent être démis tant et aussi longtemps qu'ils l'occupent dignement. En pratique, le roi ne peut destituer un juge de ses fonctions qu'à la condition de prouver l'existence de raisons légitimes et au moyen d'une procédure qui doit débiter par un *writ*, appelé *scire facias*³⁶⁵. La pratique d'accorder des fonctions à vie sous réserve de bon comportement se poursuit encore durant le Commonwealth et le Protectorat (1649-1660)³⁶⁶ ainsi que pendant les premières années du règne de Charles II³⁶⁷.

law, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p.130; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 6.

³⁶² Pour quelques informations supplémentaires sur le second projet de loi rejeté, voir : *Supra*, n° 113.

³⁶³ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 167.

³⁶⁴ *Id.*, p. 167.

³⁶⁵ S. F. Black, « The Courts and Judges of Westminster Hall During the Great Rebellion, 1640-1660 », *The Journal of Legal History*, vol. 7, n° 1, 1986, p. 24.

³⁶⁶ En 1649, Charles Ier est arrêté, jugé et condamné à mort. La royauté et la Chambre des Lords sont abolies et le royaume est transformé en *Commonwealth and Free State*, dont le chef est Olivier Cromwell. Voir par ex. : G. Lamoine, *Histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, Paris, 1995, pp. 46-49.

³⁶⁷ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 167; S. F. Black, « The Courts and Judges of Westminster Hall During the Great Rebellion, 1640-1660 », *The Journal of Legal History*, vol. 7, n° 1, 1986, p. 46 (note n° 7).

154. Elle prend fin en 1668³⁶⁸ et n'est, par la suite, rétablie qu'en 1689, lorsque Guillaume III (*William III*) (1689-1702) et Marie accèdent au trône³⁶⁹. Pour reprendre les mots de John Baker, entre 1668 et 1689, « *il y a eu un retour silencieux aux fonctions octroyées "selon le bon plaisir"* »³⁷⁰. De fait, durant une dizaine d'années, Charles II démet de leurs fonctions de nombreux juges. A titre d'exemple, le 21 février 1676, Sir Matthew Hale, est destitué de son poste de Président de la Cour du banc du roi (*chief justice of the King's Bench*)³⁷¹. Quelques mois plus tard, le roi démet également de ses fonctions à la Cour des plaids communs Sir William Ellis³⁷². « *A la fin de l'année 1683 (...) pas moins de onze juges ont été arbitrairement destitués au cours de huit ans* », estime Alfred Havighurst³⁷³.

B. Les destitutions selon le bon plaisir du roi

155. D'un point de vue quantitatif, les destitutions des juges par le roi sont très fréquentes (1). A titre d'illustration, parmi les destitutions les plus notoires figurent celle du juge Sir Edward Coke en 1616 (2).

(1) Des destitutions fréquentes

156. D'une manière générale, il semble que deux formes de destitutions puissent être distinguées. Les moins fréquentes sont celles qui se caractérisent par l'absence de motifs. *A contrario*, les destitutions les plus habituelles s'expliquent par « *des raisons politiques* »³⁷⁴. Dans ce dernier cas, il s'agit pour le souverain d'écarter un juge indocile.

157. S'agissant de la première forme de destitution, elle intervient sans qu'aucune raison particulière ne permette de la justifier. Au fond, certaines destitutions sont le résultat de l'arbitraire royal. Pour le dire autrement, la perte par le juge de sa charge peut être la

³⁶⁸ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 167; D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 128; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 2.

³⁶⁹ H. Hallam, *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, vol. II, Londres, J. Murray, 1827, p. 545; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 2; A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 262.

³⁷⁰ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 167

³⁷¹ A. F. Havighurst, « The judiciary and politics in the reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, vol. 66, 1950, p. 229.

³⁷² *Id.*, p. 230.

³⁷³ *Id.*, p. 247.

³⁷⁴ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, p. 351.

conséquence d'un caprice du roi. Tel est le cas, par exemple, des destitutions intervenues le 13 novembre 1340³⁷⁵ sous le règne d'Edouard III. Précisément, en raison d'une crise financière, le monarque est contraint de suspendre la guerre avec la France³⁷⁶. De retour en Angleterre, « agacé par la faillite de ses finances »³⁷⁷, Edouard III démet de leurs fonctions John de Stonor (Président de la Cour des plaids communs), John de Shardelowe, William de Sharshull et Richard de Willoughby ainsi que d'autres officiers royaux³⁷⁸. Ces juges sont, en outre, poursuivis pour corruption. Pourtant, faute de preuves suffisantes, les charges à leur égard sont abandonnées et les quatre juges sont, moins de deux années plus tard, rétablis dans leurs fonctions³⁷⁹. Un autre exemple de destitution en l'absence de fondement est celle de Sir Robert Heath. Le Président de la Court des Plaids Communs est démis de ses fonctions en 1634 par Charles I³⁸⁰. Or, selon les termes de Gardiner, aucune raison ne justifie cette destitution, dans la mesure où le juge n'a commis aucune faute. Pour preuve, Gardiner indique qu'Heath reçoit une bourse spéciale après sa destitution³⁸¹. En outre, Heath est, dès 1637, nommé officier royal (*King's serjeant*)³⁸².

158. A l'inverse des destitutions qui se produisent sans qu'aucun motif ne puisse les légitimer, d'autres destitutions se justifient au regard d'une stratégie politique. Précisément, le roi, qui désire avoir à sa disposition des juges serviles, peut démettre les juges insubordonnés ou qui présentent un risque d'insubordination. De fait, le plus souvent, chaque nouveau règne

³⁷⁵ La date exacte apparaît dans l'article consacré à Stonor disponible dans le *Dictionnaire d'Oxford de biographie nationale* (disponible en ligne). P. J. Jefferies, « Stonor, Sir John (c.1281–1354) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁷⁶ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3^e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 559 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 240.

³⁷⁷ « irritated by the failure of his supplies ». W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3^e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 559.

³⁷⁸ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3^e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 559 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 240.

³⁷⁹ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3^e éd., Londres, Methuen, 1923, p. 559 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 240.

³⁸⁰ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1899, p. 361.

³⁸¹ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1899, p. 361. Il est probable que Gardiner fonde son propos sur le mémoire écrit par Heath avant sa mort, dans lequel le juge indique qu'aucune raison n'a été fournie pour justifier sa destitution. Sur ce point précis, Paul Kopperman montre, toutefois, quelques réserves. Il indique que la destitution d'Heath pourrait s'expliquer par sa conduite au cours de sa précédente carrière. Heath aurait, en effet, agi au détriment des intérêts royaux, lorsqu'il était procureur général. P. E. Kopperman, « Heath, Sir Robert (1575-1649) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁸² P. E. Kopperman, « Heath, Sir Robert (1575-1649) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

s'accompagne de la destitution des juges qui ont servi le prédécesseur. A titre d'illustration, après le couronnement de Marie I (1553-1554), Sir Roger Cholmeley (Président de la Cour du banc du roi), Sir Edward Montague (Président de la Cour des plaids communs) et Sir James Hales (juge de la Cour des plaids communs) sont démis de leurs fonctions³⁸³. Au cours du XVIIe siècle, les exemples de destitutions de juges pour raisons politiques sont particulièrement nombreux³⁸⁴. A n'en pas douter, la fréquence des destitutions s'explique par la bataille constitutionnelle entre la monarchie et le Parlement qui s'engage à compter du règne de Jacques Ier³⁸⁵. « *Le conflit constitutionnel a divisé la nation en deux camps; et il ne fallait certainement pas s'attendre à ce que le roi puisse permettre à ces opposants politiques de conserver leurs sièges de juges* »³⁸⁶, explique Holdsworth. Ainsi, le 10 novembre 1626, le Président de la Cour du banc du roi, Sir Randal Crew, est démis de ses fonctions par Charles I pour s'être opposé à un emprunt engagé par le monarque sans l'accord du parlement (*forced loans*)³⁸⁷. De la même manière, Jacques II démet douze juges indociles au cours de son règne de quatre années³⁸⁸. C'est notamment le cas, en avril 1686, du Président de la Cour des Plaids Communs, Sir Thomas Jones et de trois autres juges³⁸⁹ qui refusent de reconnaître la légalité du pouvoir royal d'écarter l'application de dispositions législatives (*dispensing power*)³⁹⁰.

159. Pour terminer, il convient d'expliquer que les destitutions selon le bon plaisir du roi permettent au souverain de remplacer les juges insoumis par des juges plus enclins à tenir compte des positions de la Couronne. Ainsi, la loyauté au souverain est un critère essentiel des nouvelles nominations. La carrière de Francis North apparaît, à cet égard, symptomatique. En 1668, Francis North est gratifié du titre honorifique de *Queen's counsel* après seulement

³⁸³ T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 242. A l'inverse, Plucknett indique qu'Elisabeth I (1558-1603) ne démet aucun juge lorsqu'elle accède au trône.

³⁸⁴ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 312 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), pp. 247-248.

³⁸⁵ A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, pp. 197-255 ; G. Lamoine, *Histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, Paris, 1995, pp. 34-55.

³⁸⁶ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1^{ere} éd., Londres, Methuen, 1924, p. 350.

³⁸⁷ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VI, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1896, p. 149.

³⁸⁸ A. F. Havighurst, « James II and the twelve men in Scarlet », *Law Quarterly Review*, vol. 69, 1953, p. 522 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 168 ; R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 3.

³⁸⁹ R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, pp. 3-4.

³⁹⁰ Aujourd'hui, le pouvoir du souverain d'écarter ou d'amender la loi doit être expressément accordé par le parlement. Pour une définition du pouvoir de dispense et des renseignements sur l'utilisation par Jacques II du pouvoir de dispense, voir : D. Dixon, « *Godden v Hales Revisited – James II and the Dispensing Power* », *The Journal of Legal History*, Vol. 27, n° 2, 2006, pp. 129-152.

sept années d'exercice en tant qu'avocat. De là, il accède également aux fonctions de procureur (d'abord, *solicitor-general* en 1671; puis *attorney general* en 1673). A trente huit ans, il devient Président de la Cour du banc du roi³⁹¹. Au final, la loyauté de North à la Couronne l'a donc non seulement conduit à connaître une carrière précoce, mais également à une ascension très rapide.

(2) L'exemple de Coke

160. A certains égards, la carrière de Sir Edward Coke (1552-1634) présente des similitudes avec celle de North³⁹². En effet, à l'instar de North, Coke débute, dès 1578, une carrière d'avocat. En 1592, il devient *solicitor-general*, puis, en 1594, *attorney-general*. A ces titres, il soutient fermement la prérogative royale. Pour le récompenser de sa fidélité, Jacques Ier le nomme aux fonctions de juge. En 1606, Coke devient Président de la Cour des plaids communs. Plus tard, en 1613, il est encore désigné Président de la Cour du banc du roi. A la différence de North, Coke, devenu juge, s'oppose à de multiples reprises tant à l'Eglise d'Angleterre, la Cour de la Chancellerie qu'à la Couronne³⁹³. Pour ce qui concerne les oppositions entre le monarque et le juge³⁹⁴, elles résultent, à titre essentiel, de la volonté de Coke, d'abord, de maintenir la suprématie et le monopole des juridictions de la Common Law (par exemple, face aux juridictions ecclésiastiques), ensuite de soumettre le roi à la Common Law, enfin, d'asseoir l'indépendance du pouvoir judiciaire, en particulier face au pouvoir du roi. L'un des premiers désaccords après la nomination de Coke à ses fonctions de Président de la Cour des plaids communs se manifeste à l'occasion de l'affaire *Prohibition Del Roy* de 1607³⁹⁵. Dans cette affaire, Coke, qui rappelle que la fonction juridictionnelle doit être exercée exclusivement par les juges, conteste le pouvoir de Jacques Ier de trancher un

³⁹¹ A la carrière de North s'ajoute encore en 1682 sa nomination au poste de *Lord Keeper* (Le *Lord Keeper* est l'officier royal notamment responsable de la justice et de l'administration des cours). D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, pp. 128-129.

³⁹² Pour des renseignements sur la vie et la carrière de Coke, voir notamment : A. D. Boyer, « Coke, Sir Edward (1552-1634) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), pp. 242-243.

³⁹³ Pour un aperçu des conflits impliquant Coke : A. D. Boyer, « Coke, Sir Edward (1552-1634) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁹⁴ A. D. Boyer souligne, toutefois, que la carrière de juge de Coke ne se résume pas à des désaccords avec la Couronne. Ainsi, Coke agit aussi pour gagner l'approbation du roi dans l'affaire du *Prince* (1606) ou dans l'affaire *Calvin* (1608). A. D. Boyer, « Coke, Sir Edward (1552-1634) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

³⁹⁵ L'affaire *Prohibition Del Roy* est traitée de manière plus approfondie dans les développements qui suivent. Voir, en particulier: *Infra*, n° 281 et s.

différend. Pour ne citer qu'un autre exemple, Coke se heurte encore au monarque dans l'affaire des *Proclamations* (1611)³⁹⁶. A cette occasion, il affirme la soumission du roi au droit en interdisant au souverain de modifier l'état de la législation. Il indique : « *le roi ne peut ni modifier une partie de la common law, ni, par voie de proclamation, créer un délit qui n'existait pas auparavant, sans le Parlement* »³⁹⁷. Il ajoute encore : « *le roi n'a de prérogative que celle que le droit lui donne* »³⁹⁸.

161. A la suite de cette dernière confrontation, Jacques Ier songe à démettre Coke de ses fonctions³⁹⁹. Plutôt que la destitution, sur les conseils de Sir Francis Bacon⁴⁰⁰, le roi choisit, en 1613, de nommer Coke – qui occupe la charge de Président de la Cour des plaids communs – au poste de Président de la Cour du Banc du roi⁴⁰¹. Si les fonctions de Président de la Cour du Banc du roi sont plus prestigieuses que celles de Président de la Cour des plaids communs, elles sont, toutefois, moins rémunérées. Aussi, le déplacement de Coke est-il perçu non comme une promotion, mais comme un déclassement⁴⁰². Il devait, en outre, selon Bacon, conduire Coke, à s'opposer moins régulièrement à la Couronne⁴⁰³.

162. En réalité, contrairement aux prévisions de Bacon, après 1613, les différends entre Coke et le souverain se poursuivent. Parmi les conflits les plus significatifs figure l'affaire des *Commendes* (*Case of Commendams*) (1616), dans laquelle Coke s'oppose aux empiètements

³⁹⁶ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, p. 104.

³⁹⁷ « *for I said, that the King cannot change any part of the common law, nor create any offence by his proclamation, which was not an offence before, without Parliament* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 75. Nous avons consulté la partie XII du Rapport de Coke dans : *The Reports of Sir Edward Coke*, nouvelle édition, vol. 6, Londres, Joseph Butterworth and son, 1826.

³⁹⁸ « *the King has no prerogative, but that which the law of the land allows him* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 76.

³⁹⁹ « *It is not surprising to find that rumours were abroad that the king seriously thought of dismissing him* ». W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1^{ère} éd., Londres, Methuen, 1924, p. 431.

⁴⁰⁰ En 1613, Bacon occupe les fonctions de *Solicitor-General*. Grâce au « déclassement » de Coke du poste de Président de la cour des plaids communs au poste de Président du banc du roi, Bacon espère obtenir la charge d'*Attorney-General*. La manœuvre fonctionne, puisque, conformément à son souhait, Bacon est désigné *Attorney-General* en 1613 en remplacement de Sir Henri Hobart, nommé aux fonctions de Président de la cour des plaids communs. Voir sur ce point : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, pp. 207-208.

⁴⁰¹ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1^{ère} éd., Londres, Methuen, 1924, p. 436.

⁴⁰² S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, p. 207.

⁴⁰³ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1^{ère} éd., Londres, Methuen, 1924, p. 436 ; A cet égard, voir également: S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, p. 208.

du pouvoir exécutif dans l'exercice de la fonction juridictionnelle⁴⁰⁴. A la suite de ce litige, fin juin, trois sanctions sont prises à l'égard de Coke : d'abord, sa participation au sein du *Privy Council* est suspendue. Ensuite, Coke est interdit de prendre part au « circuit ». Enfin, il est sommé de réviser ses *Reports (Rapports)*⁴⁰⁵, dont il a débuté la rédaction depuis 1600 et qui contiennent plus de 467 décisions de justice⁴⁰⁶. Sur ce dernier point, après plus de trois mois, Coke indique qu'il n'a constaté que cinq erreurs mineures dans ses *Reports*⁴⁰⁷. Pour cette raison et plus encore eu égard à son indiscipline, Coke est, finalement, destitué de ses fonctions en novembre 1616⁴⁰⁸.

163. Tant le discours prononcé en juin 1616 par Jacques Ier devant la Chambre Etoilée que le discours adressé en novembre 1616 par le Lord Chancelier (*Lord Chancellor*) au successeur de Coke, Sir Henri Montague, font allusion à la destitution de Coke. La première allocution intervient entre l'altercation qui oppose le souverain et le Président de la Cour du Banc du roi dans l'affaire des *Commandes* et la destitution de Coke⁴⁰⁹. A cette occasion, Jacques Ier, tout en reconnaissant que « *certaines d'entre vous [certains juges] se sont très bien comportés ces derniers temps* »⁴¹⁰ met en garde ceux qui « *ne s'estiment éloquent et audacieux que lorsqu'ils s'ingèrent dans la Prérogative royale* »⁴¹¹. A n'en pas douter, quand bien même le nom de Coke n'est pas expressément cité, c'est le juge qui est désigné. De manière plus explicite, il est également fait référence à Coke dans le discours prononcé lors de l'entrée en fonction de Sir Henry Montague⁴¹². Il est enjoint au nouveau Président de la Cour du banc du

⁴⁰⁴ L'affaire des *Commendes* est traitée de manière plus approfondie dans les développements qui suivent. Voir, en particulier, *Infra*, n° 269 et s.

⁴⁰⁵ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, p. 23; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, p. 440.

⁴⁰⁶ A. D. Boyer, « Coke, Sir Edward (1552-1634) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁴⁰⁷ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, p. 25 ; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, p. 440.

⁴⁰⁸ S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, p. 23 ; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, p. 440.

⁴⁰⁹ Voir sur ce point : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, pp. 20-22 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 247.

⁴¹⁰ « *some of you of late have done very well* ». J. P. Sommerville (ed), *King James VI and I : Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 213.

⁴¹¹ « *... that think they are not eloquent and bold spirited enough, except they meddle with the King's Prerogative* ». J. P. Sommerville (eds), *King James VI and I : Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 213.

⁴¹² Le discours du *Lord Chancellor* à Sir Henry Montague est publié dans son intégralité dans les *Rapports de Sir Francis Moore* : F. Moore, *Cases collect and report*, Londres, G. Paulet, 1688, pp. 826-829. Voir également sur

roi de suivre l'exemple de son grand-père, qui a occupé les mêmes fonctions de 1545 à 1553. Surtout, il est demandé à Montague de « *se souvenir de la destitution et de la déchéance de son dernier prédécesseur par le Grand Roi de Grande-Bretagne, dont la grande sagesse, les vertus royales et la protection religieuse ne doivent jamais être oubliées pour le bien de ses sujets et la bonne administration de la justice, mais demeurent précieuses pour les générations futures* »⁴¹³.

ce point : S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, p. 26 ; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1^{re} éd., Londres, Methuen, 1924, p. 441.

⁴¹³ « *Remember also, the removing and putting down, of your late predecessor, and by whom, which I often remember unto you, that is by the great King of Great Britain, whose great wisdom and royal virtues and religious care, for the weal of his subjects, and the due administration of justice, can never be forgotten, but will remain admirable to all posterity. Endeavour to serve him, and the Crown (...)* ». F. Moore, *Cases collect and report*, Londres, G. Paulet, 1688, pp. 828-829.

Conclusion du Chapitre 1

164. Durant la période qui précède l'adoption de l'Acte d'Etablissement, les monarques britanniques justifient, en s'appuyant, sur l'idée de *fons justitiae*, l'exercice de la justice en lieu et place des juges, les pressions exercées sur l'activité juridictionnelle, et les destitutions selon le bon plaisir. Ce faisant, ils réussissent – en dépit de la délégation de la justice – à conserver la maîtrise de l'exercice de la justice. Il s'agit aussi, par là, d'un moyen pour affirmer toujours plus fortement le pouvoir royal. Pour autant, la période qui précède le début du XVIII^e siècle ne se résume pas à la dépendance de la justice. Elle se caractérise également par un mouvement en sens opposé : l'apologie de l'indépendance de la justice. Certains acteurs s'efforcent de combattre la dépendance des juges par rapport à la Couronne et de penser l'indépendance de la justice.

Chapitre 2 : Les premières ébauches de conceptualisation de l'indépendance de la justice avant 1701

165. L'indépendance de la justice possède des racines historiques très anciennes en Angleterre. Au vu de nos lectures et à titre de synthèse de celles-ci, nous estimons que *trois éléments* permettent de l'attester : d'abord, déjà avant l'adoption de l'Acte d'Etablissement de 1701, quelques dispositions législatives sont adoptées en vue de protéger l'indépendance de la justice. Ensuite, certains auteurs anciens prennent également position en faveur de l'indépendance. Enfin, plusieurs juges s'opposent, dans l'exercice de leurs fonctions, à la dépendance.

166. Les textes, les auteurs et les juges, qui défendent l'indépendance, contribuent en même temps à offrir les premières formulations de l'idée d'indépendance. Surtout, les savants et praticiens produisent aussi les premières justifications au soutien de l'indépendance. *C'est là, un basculement fondamental par rapport au paradigme de la dépendance de la justice.* Il s'agit, en effet, de fournir les premiers éléments de réponse à la question de savoir d'une part, qu'est-ce que l'indépendance de la justice ; et, d'autre part, pourquoi les juges devraient être indépendants, autrement dit, pourquoi il faudrait aller à l'encontre de la tradition du roi, *fons justitiae*.

167. Le présent chapitre a vocation à s'intéresser de manière plus précise à cette rupture du paradigme en mettant en lumière les premiers balbutiements conceptuels autour de l'indépendance de la justice. Il s'agit, dans un premier temps, d'examiner les premières formulations de l'indépendance dans les dispositions textuelles (section 1). Il faut, dans un second temps, envisager l'esquisse des premières conceptualisations de l'indépendance dans les discours des auteurs (section 2), sans oublier, dans un troisième temps, dans ceux des juges (section 3).

Section 1 : Les premières formulations de l'idée d'indépendance dans les dispositions textuelles

168. Sans prétendre à l'exhaustivité, au moins cinq textes garantissent l'indépendance de la justice avant 1701. Ces cinq dispositions textuelles sont relativement éparpillées et même

ignorées dans la littérature⁴¹⁴. Dans l'ordre chronologique, il s'agit de la loi de Northampton de 1328 (§1), de la loi de 1340 (§2), du serment des juges de 1344 (§3), de la loi de 1346 (§4) et de la loi de 1387 (§5). Quatre de ces textes sont adoptés durant le règne d'Edouard III (1327-1377), qui correspond à « *une période de changement (...) dans le système judiciaire* »⁴¹⁵. A chaque fois, c'est le même concept de l'indépendance de la justice qui est consacré : le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors (concept I A (1) dans la typologie). Ce sont, en particulier, les pressions en provenance du souverain qui sont visées par les textes. Le serment des juges de 1344 et la loi de 1346 abordent aussi les influences des parties sur l'activité juridictionnelle.

169. D'emblée, il faut signaler que le plan adopté dans cette section est différent du plan pour les sections deux et trois qui suivent. Tandis que dans les sections deux et trois la subdivision s'organise autour des concepts et des fondements justificatifs découverts, dans la présente section, il a été fait le choix de consacrer chacun des cinq paragraphes à une disposition textuelle. Cette organisation se justifie par la présence d'*un seul* concept dans les textes, qui rend, dès lors, impossible une subdivision autour des différents concepts.

§1. La loi de Northampton, 1328⁴¹⁶

170. La loi de Northampton de 1328 (*Statute of Northampton*) est adoptée par Edouard III la seconde année de son règne⁴¹⁷. Elle a pour but de rétablir, après une période de troubles,

⁴¹⁴ Si l'ouvrage de Lysander Spooner consacré au jugement par le jury (*An Essay on the Trial by Jury*, Boston, John P. Jewett and Company, 1852) les recense toutes les cinq, c'est dans des développements consacrés non pas à l'indépendance, mais aux serments des juges. L'ouvrage de Spooner est disponible en ligne sur le site « The Online Library of Liberty » : <http://oll.libertyfund.org/title/2181/202905> (date de consultation : 24/11/15). V. aussi pour quelques éléments: S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on trial: the independence and accountability of the English judiciary*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 27-29.

⁴¹⁵ A. Verduyn, « The Commons and the early Justices of the Peace under Edward III », in P. Fleming (dir.), *Regionalism and revision: The crown and its provinces in England 1200-1650*, Londres, Hambledon Press, 1998, p. 87. L'auteur nous dit : « *Le milieu du quatorzième siècle était également une période de changement dans l'administration des comtés, en particulier en matière d'administration judiciaire* ». Il évoque aussi de « *fréquents changements dans l'administration de la justice* » sous le règne d'Edouard III. *Id.*, p. 89.

⁴¹⁶ 2 Edw. III, Statute of Northampton, 1328. Il est, notamment, fait mention du *Statute of Northampton* dans les ouvrages de Hearn et de Plucknett : W. E. Hearn, *The Government of England: its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 80 ; T. F. T. Plucknett, *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund, 2010 (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), p. 158. V. aussi : T. F. T. Plucknett, *Statutes & their interpretation in the first half of the fourteenth century*, Cambridge, The University Press, 1922, pp. 142-143.

⁴¹⁷ Le *Statute of Northampton* est adopté durant la période de la régence. Roger Mortimer et Isabelle, la reine, sont les régents d'Edouard III jusqu'en 1330, date à laquelle le jeune roi mène un coup d'état pour débiter son règne personnel.

l'ordre et la sécurité dans le Royaume⁴¹⁸. Si elle concerne, d'une manière générale, l'administration de la justice en matière pénale, son objet principal est surtout de mettre en place des commissions (*commissions of oyer and terminer*), dirigées par des juges royaux chevronnés, chargées de se rendre dans les comtés pour entendre et juger les plaintes à l'égard des présumés criminels retenus dans les prisons locales⁴¹⁹. Plus particulièrement, c'est le chapitre 8 de la loi, intitulée « *Aucun commandement sous le Sceau du roi ne doit troubler ou retarder le cours de la justice* », qui appréhende l'un des aspects de l'indépendance de la justice. Il dispose qu' « *il ne doit pas être ordonné ni par le grand Sceau ni par le petit Sceau de troubler ou de retarder le Droit commun ; et qu'au cas où de pareils commandements sont donnés, les Juges ne doivent pas les prendre en considération* »⁴²⁰. De manière explicite, le chapitre huit du *Statute of Northampton* saisit donc le concept au terme duquel le juge doit se méfier des empiètements du monarque dans l'exercice de son activité juridictionnelle. Dans un article consacré au président de la Cour des plaids communs Geoffrey le Scrope (vers 1285-1340), Edward L. G. Stones indique qu'il est probable que le juge est participé à la préparation du *Statute of Northampton*⁴²¹. La contribution du président de la Cour des plaids communs constitue probablement l'une des raisons de l'adoption du chapitre huit. Juge de profession, Geoffrey le Scrope a vraisemblablement encouragé l'écriture du chapitre huit relatif à l'indépendance.

⁴¹⁸ Pour de plus amples renseignements, voir : A. Verduyn, « The Politics of Law and Order during the Early Years of Edward III », *The English Historical Review*, Vol. 108, n° 429, oct. 1993, p. 849.

⁴¹⁹ W. M. Ormrod, *Edward III*, New Haven, Yale University Press, 2011, p. 73. V. aussi : A. Verduyn, « The Politics of Law and Order during the Early Years of Edward III », *The English Historical Review*, Vol. 108, n° 429, oct. 1993, p. 844.

⁴²⁰ « *Item it is accorded and established, That it shall not be commanded by the great Seal nor the little Seal to disturb or delay common Right ; and though such Commandments do come, the Justices shall not therefore leave to do Right in any point* ». 2 Edw. III, ch. 8, Statute of Northampton 1328.

⁴²¹ E. L. G. Stones, « Sir Geoffrey le Scrope (c. 1285-1340), Chief Justice of the King's Bench », *The English Historical Review*, vol. 69, n° 270, 1954, p. 3. *Id.*, p. 10. A cet égard, il convient toutefois de signaler deux observations faites par Antony Verduyn. D'abord, l'auteur estime que la présence de Geoffrey le Scrope ne peut être prouvée (A. Verduyn, « The Politics of Law and Order during the Early Years of Edward III », *The English Historical Review*, Vol. 108, n° 429, oct. 1993, p. 850). Ensuite, il fait aussi valoir que la Chambre des Communes a largement influencé certaines parties du *Statute of Northampton*. Voir sur ce dernier point : *Id.*, p. 844. *Id.*, p. 848.

§2. La loi de 1340⁴²²

171. Adoptée par Edouard III en 1340, la loi prévoit, à titre essentiel, des réformes en matière de procédure légale et d'administration de la justice⁴²³. Le chapitre quatorze est, plus spécifiquement, relatif à l'indépendance de la justice. Il reprend quasiment mot pour mot les termes du chapitre huit du *Statute of Northampton*, en ce qu'il dispose : « *Que par le commandement du grand sceau, ou du sceau privé, aucune disposition de cette loi ne doit être retardée ; les juges d'où qu'ils soient ne doivent pas être sommés de rendre la common law, par un commandement, qui leur vient du grand sceau ou, ou du sceau privé* »⁴²⁴. Du reste, à l'instar du *Statute of Northampton*, il est possible que le juge Geoffrey le Scrope ait influencé la rédaction de la loi de 1340⁴²⁵, et sans doute, en particulier son chapitre quatorze.

§3. Le serment des juges de 1344⁴²⁶

172. Le serment que les juges royaux doivent prêter lors de leur entrée en fonction depuis 1344 est surtout consacré au principe d'impartialité. En effet, il dispose que le juge doit « *rendre la justice et exécuter le droit pour l'ensemble de ses sujets [les sujets du roi], riches ou pauvres, sans tenir compte de personne* »⁴²⁷. De là, deux incidences pratiques sont induites : premièrement, les juges ne doivent « *pas prendre ni par eux-mêmes ni par l'intermédiaire d'autrui, en privé ou en public, de cadeaux ou de récompenses en or ou en argent, ou tout autre chose dont ils pourraient tirer profit, à l'exception de viande ou de boisson, de petite valeur, offert par un homme qui a une plainte ou une procédure en cours*

⁴²² 14 Edward III, st. 1, 1340. Il est, notamment, fait mention de la loi de 1340 dans la section V (The Oaths of Judges) du Chapitre III de l'ouvrage de Lysander Spooner consacré au jugement par le jury (*An Essay on the Trial by Jury*, Boston, John P. Jewett and Company, 1852). L'ouvrage est disponible en ligne sur le site « The Online Library of Liberty » : <http://oll.libertyfund.org/title/2181/202905> (date de consultation : 24/11/15).

⁴²³ E. L. G. Stones, *op. cit.*, p. 10.

⁴²⁴ « *That by commandment of the great seal, or privy seal, no point of this statute shall be put in delay ; nor that the justices of whatsoever place it be shall let to do the common law, by commandment, which shall come to them under the great seal, or the privy seal* ». 14 Edward III, st. 1, ch. 14, 1340.

⁴²⁵ E. L. G. Stones, *op. cit.*, p. 10.

⁴²⁶ 18 Edw. III, stat. 4, The oath of the justices, 1344. Il est, notamment, fait mention du serment des juges de 1344 dans l'ouvrage de Hearn : W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 80. D'emblée, il convient de préciser qu'à l'inverse des autres dispositions légales citées, le serment n'est pas subdivisé en chapitre.

⁴²⁷ « *we shall do equal Law, and Execution of Right to all his Subjects, rich and poor, without having Regard to any Person* ».

*devant eux (...) »*⁴²⁸. Deuxièmement, les juges ne doivent accepter « *ni honoraire ni robes, tant qu'ils sont juges, d'aucun homme petit ou grand à l'exception du roi lui-même »*⁴²⁹.

173. Si le serment traite, à titre principal, du principe d'impartialité, il consacre, toutefois, également sommairement l'indépendance vis-à-vis des parties. C'est précisément lorsqu'est abordé le principe d'impartialité qu'apparaît aussi le concept selon lequel le juge doit faire fi des influences juridictionnelles en provenance des parties. Pour reprendre les termes du serment, les juges doivent « *rendre la justice et exécuter le droit pour l'ensemble de ses sujets (...) sans tenir compte de personne »*⁴³⁰. Surtout, à l'image du *Statute of Northampton* et de la loi de 1340, le serment des juges contient encore une disposition relative à l'interdiction des pressions royales sur l'activité juridictionnelle. Elle prévoit qu'« *au cas où ils reçoivent des lettres contraires au droit »*, les juges « *ignorent de pareilles lettres et certifie au roi qu'ils procèdent à l'exécution du droit, sans prendre en considération ces lettres »*⁴³¹.

§4. La loi de 1346⁴³²

174. Deux ans après le serment, une autre mesure, destinée notamment à protéger l'indépendance de la justice, est adoptée. Dans l'introduction qui précède le chapitre un de la loi, Edward III précise les raisons de faits qui justifient l'adoption du nouveau texte. Le souverain évoque des réclamations reçues de justiciables, qui se plaignent, entre autres, de la corruption du personnel judiciaire. Davantage, il fait valoir que « *le droit du pays, que nous sommes tenus par notre serment de préserver, n'est pas bien garanti »*⁴³³.

⁴²⁸ « *And that we take not by yourself, or by other, privily nor apertly, Gift nor Reward of Gold nor Silver, nor of any other Thing which may turn to your Profit, unless it be Meat or Drink, and that of small value, of any man that shall have any plea or process hanging before you »*.

⁴²⁹ « *And that we take no Fee, as long as we shall be Justice, nor Robes of any Man great or small, but of the King himself »*.

⁴³⁰ « *we shall do equal Law, and Execution of Right to all his Subjects (...) without having Regard to any Person* ». (Nous soulignons).

⁴³¹ « *And in case any letters come to you contrary to the law, that we do nothing by such letters, but certify the King thereof, and proceed to execute the Law, notwithstanding the same letters »*.

⁴³² 20 Edw. III, 1346. Il est, notamment, fait mention de la loi de 1346 dans la section V (The Oaths of Judges) du Chapitre III de l'ouvrage de Lysander Spooner consacré au jugement par le jury (*An Essay on the Trial by Jury*, Boston, John P. Jewett and Company, 1852). L'ouvrage est disponible en ligne sur le site « The Online Library of Liberty » : <http://oll.libertyfund.org/title/2181/202905> (date de consultation : 24/11/15).

⁴³³ Les termes exacts de l'introduction sont les suivants : « *Because that by divers complaints made to us, we have perceived that the Law of the Land, which we by our oath are bound to maintain, is the less well kept, and the execution of the same disturbed many times by maintenance and procurement as well in the court as in the country »*.

175. C'est le chapitre un de la loi de 1346 qui mérite, pour ce qui nous intéresse, l'attention. Dans ce chapitre, hormis l'augmentation des honoraires des juges⁴³⁴, la loi de 1346 n'ajoute, en soi, presque rien au serment de 1344. Ainsi et par exemple, la définition de l'impartialité est, mot pour mot, reprise⁴³⁵. Comme dans le serment, lorsque la définition de l'impartialité apparaît, il est fait succinctement référence aux pressions des parties par l'expression « *sans tenir compte de personne* ». Certaines dispositions sont, toutefois, très légèrement précisées. Tel est le cas des dispositions relatives au concept au terme duquel le juge ne doit pas tenir compte des instructions en provenance de la Couronne. Les termes du serment sont les suivants : « *Si des lettres ou des commandements, en désaccord avec le droit ou l'exécution du droit ou le droit des parties, parviennent aux juges, ou à d'autres chargés de rendre la justice et le droit conformément aux coutumes du royaume, ceux-ci doivent trancher les litiges en cours devant eux, comme si aucune lettre ou commandement ne leur était parvenu* »⁴³⁶.

176. La loi de 1346 n'a été formellement abrogée qu'en 1871 par le *Promissory Oaths Act*⁴³⁷. En pratique, toutefois, le *Promissory Oaths Act 1868* (31 & 32 Vic. ch. 72, 1868), entré en vigueur quelques années plus tôt, avait, néanmoins, déjà, rendu obsolète la loi d'Edouard III⁴³⁸.

§5. La loi de 1387⁴³⁹

177. Le dernier texte sauvegardant l'indépendance de la justice est une loi adoptée sous le règne de Richard II en 1387. Sur le modèle des dispositions précédentes, la loi consacre dans son chapitre dix l'interdiction des pressions royales sur l'activité juridictionnelle. Précisément, elle prévoit qu'aucune lettre au nom du roi « *qui porte préjudice au Royaume ou*

⁴³⁴ La fin du chapitre un prévoit : « *for this cause we have increased the fees of the same, our justices, in such manner as it ought reasonably to suffice them* ». 20 Edw. III, ch. 1, 1346.

⁴³⁵ « *we have commanded all our justices, that they shall from henceforth do equal law and execution of right to all our subjects, rich and poor without having regard to any person* ». 20 Edw. III, ch. 1, 1346. De la même manière, les deux conséquences pratiques, qui figurent déjà dans le serment, sont reproduites.

⁴³⁶ « *And if that any letters, writs, or commandments come to the justices, or to other deputed to do law and right according to the usage of the realm, in disturbance of the law, or of the execution of the same, or of right to the parties, the justices and other aforesaid shall proceed and hold their courts and processes, where the pleas and matters be depending before them, as if no such letters, writs of commandments were come to them ; and they shall certify us and our council of such commandments which be contrary to the law as afore said* ». 20 Edw. III, ch. 1, 1346.

⁴³⁷ 34 & 35 Vict., ch. 48, 1871.

⁴³⁸ Pour de plus amples détails, voir : E. Campbell, « Oaths and Affirmations of Public Office under English Law: An Historical Retrospect », *The Journal of Legal History*, vol. 21, n° 3, 2000, p. 5. *Id.*, p. 25.

⁴³⁹ 11 R. II, 1387. Il est, notamment, fait mention de la loi de 1387 dans l'ouvrage de Hearn : W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 80.

trouble le droit ne doit dorénavant être envoyée »⁴⁴⁰. Pour expliquer l'adoption du chapitre dix de la loi, William Hearn évoque – sans plus de précision – « *le mauvais comportement de Richard II* »⁴⁴¹.

178. Finalement, les lois ci-dessus n'abordent donc qu'une définition de l'indépendance : le juge ne doit pas tenir compte des pressions sur son activité juridictionnelle, et en particulier des pressions en provenance des parties, et plus encore des pressions en provenance du souverain (concept I A (1) dans la typologie). Dans la pratique, les dispositions textuelles n'ont, pourtant, pas réellement de portée. Ainsi, à propos du *Statute of Northampton*, Theodore F. T. Plucknett écrit : « *Les lettres qui entravent le cours normal de la justice semblent avoir été aussi fréquentes après qu'avant la loi* »⁴⁴². Ces lois participent, néanmoins, à l'affermissement de l'idée d'indépendance et à l'émergence des premières sens de l'indépendance. Tel est aussi le cas des ouvrages de quelques auteurs.

Section 2 : Les premières formulations de l'idée d'indépendance dans les discours de la doctrine

179. Au terme d'une étude de Montesquieu, de Blackstone et de Bentham, John Allison constate, dans son ouvrage *A continental distinction in the Common Law*, que chacun des trois auteurs a « *contribué de manière différente à renforcer l'indépendance de la justice exigé par l'accord révolutionnaire du dix-septième siècle : Montesquieu, en conférant aux juges un rôle mécanique; Blackstone, en insistant sur l'importance de l'inamovibilité ; et Bentham, en mettant l'accent sur les procédures contradictoires* »⁴⁴³. Par cette citation, l'auteur témoigne du foisonnement intellectuel autour de l'indépendance de la justice dans les travaux rédigés au cours du XVIIIe siècle. A n'en pas douter, ce serait essentiellement dans les ouvrages écrits après 1701 que les premières luttes doctrinales en faveur de l'indépendance se manifesteraient.

⁴⁴⁰ « *Also it is ordained and established, that letters of the Signet, nor of the King's Privy Seal, shall not from henceforth be sent in damage or prejudice of the Realm, nor in Disturbance of the Law* ». 11 R. II, ch. 10, 1387.

⁴⁴¹ W. E. Hearn, *op. cit.*, p. 80.

⁴⁴² T. F. T. Plucknett, *Statutes & their interpretation in the first half of the fourteenth century*, Cambridge, The University Press, 1922, p. 142.

⁴⁴³ J. W. F. Allison, *A Continental Distinction in the Common Law: A Historical and Comparative Perspective on English Public Law*, Oxford, Oxford Univ. Press, 2000, p. 157.

180. En réalité, il est pourtant possible en Grande-Bretagne de rechercher par-delà le XVIII^e siècle des travaux qui font valoir l'indépendance de la justice. Précisément, les premiers soutiens à l'idée d'indépendance se montrent déjà dans certaines productions doctrinales publiées avant 1701. Bien qu'ils ne raisonnent pas toujours librement, des auteurs s'engagent – au côté des juges – dans la protection de l'indépendance. En usant des subtilités du langage en vue de contourner la censure, ils défendent dans leurs travaux l'indépendance de la justice.

181. En s'associant à la défense de l'indépendance, la doctrine anglaise en fournit aussi les toutes premières définitions. Dit différemment, les auteurs, qui prennent part à la sauvegarde de l'indépendance, contribuent à en appréhender les sens originels. Plus particulièrement, les premiers concepts de l'indépendance anglaise peuvent être découvertes dès le XV^e siècle, soit trois siècles avant l'adoption de *l'Act of Settlement*. C'est le constat auquel parviennent, en des termes très généraux, les professeurs William B. Gwyn et Maurice J. C. Vile dans leurs ouvrages respectifs *The meaning of the separation of powers*⁴⁴⁴ et *Constitutionalism and the separation of powers*⁴⁴⁵. Pour reprendre les termes de Vile, « *la notion d'un "pouvoir judiciaire" indépendant, en tous les cas au sens de l'indépendance des juges remonte au delà du dix-septième siècle (...)* »⁴⁴⁶.

182. Dans leurs deux livres, Gwyn et Vile citent – sans approfondir l'analyse – divers travaux consacrant les premiers concepts de l'indépendance de la justice. Ces références constituent le point de départ de notre quête des appréhensions doctrinales de l'indépendance. Ainsi, Gwyn⁴⁴⁷ fait brièvement mention de l'ouvrage *De laudibus legum Angliae* de John Fortescue, écrit approximativement en 1470⁴⁴⁸, du manuscrit *Discourse Concerning the Prerogative of the Crown* de William Camden, écrit approximativement entre 1614 et 1623⁴⁴⁹ et de l'ouvrage *Discourses Concerning Government* d'Algernon Sidney, publié pour la première fois en 1698⁴⁵⁰. Pour sa part, Vile⁴⁵¹ signale, pour ce qui est du XVI^e siècle, les

⁴⁴⁴ W. B. Gwyn, *The meaning of the separation of powers : an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*, New Orleans, Tulane University, 1965, 159 p.

⁴⁴⁵ M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon press, 1967, 359 p.

⁴⁴⁶ M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon press, 1967, p. 30.

⁴⁴⁷ W. B. Gwyn, *op. cit.*, pp. 5-7.

⁴⁴⁸ J. Fortescue, *De laudibus legum Anglie*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1949, 235 p.

⁴⁴⁹ S. Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, pp. 204-215.

⁴⁵⁰ A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, 462 p. (Réimpression de l'édition de 1698 éditée par the booksellers of London and Westminster). "Sidney" est parfois orthographié "Sydney".

⁴⁵¹ M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 30.

travaux de George Buchanan (*De Jure Regni Apud Scotos*, publié pour la première fois en 1579)⁴⁵² et de Richard Hooker (*Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, 8 volumes, 1593-1648)⁴⁵³. Pour ce qui intéresse le XVIIe siècle, il fait ressortir l'importance des travaux de Philip Hunton (*A treatise of Monarchy*, publié pour la première fois en 1643)⁴⁵⁴ et, à l'instar de Gwyn, de Sidney. A cette première liste de six auteurs doivent être encore ajoutés deux noms : John Lilburne (notamment pour sa postface de *A Defiance to tyrants*, publié en 1648)⁴⁵⁵ et Charles Dallison (*The Royalist's Defence*, publié en 1648)⁴⁵⁶. Ils sont aussi mentionnés dans les travaux de Gwyn et de Vile. Toutefois, il convient de remarquer qu'ils ne sont pas référencés au titre des ouvrages dans lesquels apparaissent les premiers concepts de l'indépendance de la justice. Par contre, ils sont évoqués, dans la mesure où ils consacrent les premières formulations de la théorie de la séparation des pouvoirs. En réalité, les écrits de Lilburne et de Dallison renferment aussi les premières définitions de l'indépendance de la justice. En définitive, ce sont donc dans pas moins de huit ouvrages que se manifestent les premiers concepts de l'indépendance de la justice avant 1701.

183. L'examen des travaux sur les premiers concepts de l'indépendance de la justice ne prétend pas à l'exhaustivité. A n'en pas douter, une étude plus approfondie pourrait, d'abord, permettre de mettre au jour les premiers sens de l'indépendance dans d'autres ouvrages que ceux étudiés. A titre d'illustration, il suffit de mentionner le *Right of the Kingdom* de John Sadler, publié en 1649. La lecture de l'ouvrage conduit à constater que l'auteur y évoque très succinctement l'indépendance de la justice⁴⁵⁷. *L'Oceana* de John Harrington, publié en

⁴⁵² G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, 133 p. Pour une édition plus moderne, voir: G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, 210 p.

⁴⁵³ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 247 p. (édition A. S. McGrade).

⁴⁵⁴ P. Hunton, *A treatise of monarchy : containing two parts 1. Concerning monarchy in general. 2. Concerning this particular monarchy. Wherein all the main questions occurrent in both, are stated, disputed, and determined. Done by an earnest desirer of his countries peace*, Londres, 1680, 112 p.

⁴⁵⁵ J. Lilburne, *A defiance to tyrants Or The Araigment of two illegall committees*, Londres, s.n., 1648.

⁴⁵⁶ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s.n., 1648, 142 p.

⁴⁵⁷ Voir, par exemple : J. Sadler, *Rights of the kingdom, or, Customs of our ancestors : touching the duty, power, election, or succession of our Kings and Parliaments, our true liberty, due allegiance, three estates, their legislative power, original, judicial, and executive, with the militia freely discussed through the British, Saxon, Norman laws and histories, with an occasional discourse of great changes yet expected in the world*, Londres, Impr. pour J. Kidgell, 1682, p. 20 ; Id., p. 89.

1656⁴⁵⁸ et les *Two Treatises of Government* de John Locke, publié en 1690⁴⁵⁹, contiennent aussi quelques appréhensions particulièrement brèves de l'indépendance. C'est, cependant, l'extrême pauvreté des développements sur l'indépendance dans ces trois travaux qui a conduit à les écarter de l'analyse. Ensuite, un examen plus détaillé de la littérature pourrait probablement offrir l'occasion de découvrir des contradictions dans le discours d'un même auteur, qui n'ont pas été décelées. En des termes très généraux, l'analyse entreprise a pour objectif de présenter un premier compte rendu des appréhensions doctrinales de l'indépendance de la justice avant l'adoption de l'*Act of Settlement*. A notre connaissance, jamais un pareil examen de la littérature ancienne⁴⁶⁰ n'a été entrepris. Par exemple, Gwyn et Vile n'examinent qu'à titre très accessoire la mobilisation par la doctrine des premiers concepts de l'indépendance. A l'inverse, ils s'intéressent aux origines et aux sens de la théorie de la séparation des pouvoirs.

184. En s'aventurant dans la « jungle » de huit travaux doctrinaux publiés avant 1701, il s'agit, donc de rendre compte, au moyen d'une synthèse générale, de la manière dont les auteurs anglais défendent, mais surtout énoncent, définissent et justifient l'idée d'indépendance. A cette fin, l'analyse doctrinale de l'indépendance de la justice avant 1701 suppose, tout d'abord, d'identifier et d'examiner les premières conceptualisations de l'indépendance de la justice (§1). Il faut, ensuite, envisager les justifications fournies à ces concepts (§2).

§1. A la recherche des premières traces de conceptualisations doctrinales en matière d'indépendance de la justice

185. D'emblée, il faut préciser que les premières appréhensions doctrinales de l'indépendance ne prennent jamais la forme de définitions longues, complexes ou

⁴⁵⁸ V. en particulier : J. Harrington, *The Oceana and his other works*, Dublin, Smith and Bruce, 1737, pp. 510 et s.

⁴⁵⁹ V. en particulier : J. Locke, *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, p. 351 (§ 125 du Second Traité). *Id.*, p. 353 (§ 131 du Second Traité). De manière plus générale, tandis que Locke distingue le pouvoir législatif, exécutif et fédératif (qui consiste en la conduite des relations internationales), il ignore le pouvoir judiciaire dans sa classification. Les chapitres XI (*On the Extent of the Legislative Power*), XII (*Of the Legislative, Executive, and Federative Power of the Commonwealth*) et XIII (*Of the Subordination of the Powers of the Commonwealth*) concernent le pouvoir législatif, exécutif ou fédératif. Aucun chapitre spécifique ne traite de la justice.

⁴⁶⁰ Dans la plupart des cas, nous avons consulté des éditions datées du XVII^e siècle. Pour les citations qui seront faites dans ce chapitre, nous avons parfois modernisé l'orthographe originelle, transformant, par exemple, les f en s, les i en j, et les v en u en conformité avec l'écriture du XXI^e siècle. Certains des écrits étudiés – par exemple, les travaux de Fortescue - ont été rédigés par leur auteur en langue latine. Dans ces cas, ce sont les traductions anglaises qui ont été consultées.

sophistiquées. Davantage, les saisissements de l'indépendance apparaissent comme des « bricolages » modestes. D'un point de vue quantitatif, la justice occupe une place très réduite dans les travaux étudiés. En particulier, les développements sur l'indépendance ne représentent, la plupart du temps, que quelques lignes voire quelques paragraphes dans un ouvrage. C'est particulièrement le cas, par exemple, dans les travaux de Hooker, de Camden et de Hunton. En outre, aucun des auteurs n'emploie le mot *independence*. Il résulte, de cela, que pour recueillir les définitions de l'indépendance, il faut procéder un minutieux travail d'« extraction ». L'entreprise est rendue d'autant plus difficile que l'argumentation des auteurs est souvent peu structurée⁴⁶¹.

186. En pratique, l'examen détaillé de la littérature permet, en fait, de dégager dans l'imbroglio, trois concepts généraux. Parmi les trois concepts, c'est celui qui s'articule autour de l'idée selon laquelle « le roi ne doit pas trancher les différends » (concept II A (1) a dans la typologie) qui est central. Il apparaît dans six des huit ouvrages compulsés et fait l'objet, à chaque reprise, de développements relativement approfondis, en comparaison de ceux dont sont l'objet les deux autres concepts (A). Dans la hiérarchie des trois concepts, « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (concept I A (1) dans la typologie) est celui qui arrive en seconde position. Il apparaît dans les travaux de cinq des huit auteurs étudiés, mais est traité de manière moins détaillée que le premier concept (B). Aux deux concepts s'ajoute encore un troisième et dernier: il prévoit que « le parlement ne peut trancher les différends » (concept II A (1) a dans la typologie) et n'apparaît que dans deux ouvrages (C).

A. Premier concept : « Le roi ne doit pas trancher les différends »

187. Pour ce qui concerne le premier concept, il convient d'opérer une distinction : tandis que la quasi totalité des six auteurs revendiquent que le roi ne peut trancher *de manière générale* aucun différend (2), un auteur – Camden – estime que l'interdiction faite au souverain ne vaut que *dans des cas particuliers* (1).

⁴⁶¹ Tel est, par exemple, le cas lorsque Sidney appréhende le concept « le roi ne doit pas trancher les différends ». Tel est, à titre d'illustration, aussi le cas lorsque Buchanan énonce le concept « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors ».

- (1) Le roi ne doit pas trancher les différends dans des cas particuliers : William Camden, *Discourse Concerning the Prerogative of the Crown* (vers fin 1615-début 1616)⁴⁶²

188. D'emblée, quatre précisions préliminaires doivent être apportées sur le *Discourse Concerning the Prerogative of the Crown*, dans lequel se manifeste le concept qui nous intéresse. D'abord, il s'agit d'un texte très bref reproduit sur environ dix pages⁴⁶³, qui ne contient aucune subdivision formelle et qui a été édité pour la première fois en 1957 par l'historien Franck Smith Fussner. Ensuite, il faut souligner que le *Discourse* a été « attribué » à l'historien Camden (1551-1623). Toutefois, la paternité du manuscrit au titulaire d'une chaire d'histoire civile (*civil history*) à Oxford suscite quelques questions⁴⁶⁴. Ajouté à cela, il faut préciser que, malgré sa publication relativement récente, le manuscrit demeure très peu étudié par la doctrine. En cela, il se distingue des deux ouvrages majeurs de Camden *The Britannia*⁴⁶⁵ et *The Annales, or the History of Elizabeth*⁴⁶⁶, qui sont bien connus et qui ont fait l'objet d'analyses plus approfondies. Pour terminer, une dernière précision s'impose. Elle porte sur le contenu du *Discourse*. En des termes généraux, le manuscrit retrace la prérogative royale depuis ses débuts, tout en fixant ses limites. « *Le "Discourse" de Camden (...) est aussi une défense du droit contre la volonté arbitraire du roi* »⁴⁶⁷, affirme Fussner. Précisément, l'ouvrage fait ressortir les droits indéniables de la couronne, mais aussi les obligations royales. A titre d'illustration, l'historien Camden explique que la modification des

⁴⁶² Il s'agit des dates probables d'écriture du manuscrit d'après les estimations de Fussner. Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, pp. 204-205.

⁴⁶³ Il s'agit des pages 205 à 215 dans l'édition de Fussner. Dans la page 204 et une partie de la page 205, Fussner propose une brève introduction au manuscrit. Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, pp. 204-215.

⁴⁶⁴ V. en ce sens : G. R. Elton, *The Parliament of England, 1559-1581*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, p. 24 (note n° 25).

⁴⁶⁵ *Britannia* (W. Camden, *Britannia : or, A chorographical description of Britain and Ireland together with the adjacent islands*, Londres, Imprimé pour R. Ware, J. and P. Knapton (...), 1753, 2 vol.) est une description géographique et historique de la Grande Bretagne publiée pour la première fois en latin en 1586 et rééditée à de multiples reprises. Pour de plus amples informations, voir, par exemple: W. H. Herendeen, « Camden, William (1551-1623) » in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁴⁶⁶ Les *Annales* sont une biographie de la vie d'Elisabeth commandée par son fils Jacques I. Pour une édition récente des *Annales*, voir : W. Camden, *The history of the most renowned and victorious Princess Elizabeth, late Queen of England*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, 351 p. Pour de plus amples informations sur les *Annales*, voir, par exemple: W. H. Herendeen, « Camden, William (1551-1623) » in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁴⁶⁷ F. S. Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 205 : « *Camden's "Discourse" (...) is also a defense of law against the king's arbitrary will* ».

lois appartient non seulement au roi, mais encore au parlement. Selon ses propres termes, « *même s'il [le roi] n'a pas prêté un tel serment, il ne pourrait les modifier [les lois] selon son plaisir, parce qu'il ne peut seul les faire sans le consentement de ses gens au parlement* »⁴⁶⁸. Dans le fond, étant donné que le manuscrit définit les contours de la prérogative royale, il contient, par conséquent, quelques développements déplaisants pour le régime en place. Sans être une critique directe du pouvoir royal, le *Discourse* exprime des opinions qui « *ne sont pas particulièrement favorables aux idées exprimées par le roi Jacques Ier* »⁴⁶⁹. C'est, au demeurant, sans doute la teneur des propos de Camden qui explique l'absence de publication du manuscrit du vivant de son auteur. « *Que Camden se soit abstenu de publier son "Discourse" n'est pas surprenant : il aurait très certainement déplu à Jacques* »⁴⁷⁰, précise encore Fussner.

189. S'agissant du concept « le roi ne doit pas trancher les différends dans des cas particuliers », c'est dans une très brève note de bas de page qu'il peut être découvert. La note de bas de page en question est insérée après une phrase relative à « l'exécution des lois ». D'emblée, il doit être précisé que l'expression doit être envisagée dans un sens plus large que sa signification contemporaine et englobe les fonctions judiciaires. Pour reprendre les termes de Gwyn, « *ce que nous appelons aujourd'hui les fonctions exécutive et judiciaire étaient appelées à ce moment simplement "pouvoir exécutif"* »⁴⁷¹. L'absence de reconnaissance d'un pouvoir judiciaire distinct n'empêche, pourtant, pas la reconnaissance d'une justice indépendante. Sur ce point, Gwyn observe que tandis que les auteurs consacrent une division en deux pouvoirs, ils affirment dans le même temps que « *la fonction judiciaire devait être exercée indépendamment des autres organes, y compris du roi lui-même* »⁴⁷². Dans le corps du texte, Camden explique, que l'exécution des lois « *dépend entièrement du monarque,*

⁴⁶⁸ F. S. Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 211 : « *though he took no such oath he could not alter them at his pleasure, because he alone did not make them without the consent of his people in parliament* ».

⁴⁶⁹ F. J. Levy, « Tudor Historical Thought », *History and Theory*, Vol. 8, n° 3, 1969, p. 384 (note n° 44).

⁴⁷⁰ F. S. Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 204 : « *That Camden refrained from publishing his "Discourse" is not surprising : it would almost certainly have displeased James* ».

⁴⁷¹ W. B. Gwyn, *op. cit.*, p. 5 : « *What we now call executive and judicial functions were known then usually as simply "executive power"* ».

⁴⁷² *Ibidem*: « *This does not mean, however, that (...) they did not insist that the judicial function be carried on independently of those other officials including the king himself* ». V. aussi en ce sens: M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 28.

aucun homme n'ayant aucun pouvoir pour mettre à exécution sauf ses lieutenants »⁴⁷³. Il ajoute encore « *tout pouvoir vient de lui [du roi]* »⁴⁷⁴.

190. Si le propos relatif à la suprématie royale en matière d'exécution des lois est clair, Camden souhaite, néanmoins, y apporter une précision au moyen de l'appel de note. L'explication fournie à la note de bas de page numéro 33 est très concise⁴⁷⁵. Elle concerne les situations particulières dans lesquelles le roi est une des parties au litige. Dans ces cas précis, indique brièvement Camden, le roi ne doit pas prononcer le jugement. « *Il doit être observé que le règlement des affaires dans lesquelles le roi est une partie, bien qu'il relève de son autorité et que ses lieutenants en décident, cependant il [le roi] ne pourrait pas le faire par lui-même* »⁴⁷⁶, affirme Camden. A partir de là, l'historien opère dans la suite de la note de bas de page une distinction pratique. Il différencie d'une part, les litiges tranchés à la Cour du Banc du roi, qui concernent les affaires criminelles sérieuses ; et d'autre part, ceux relevant de la Cour des Plaids Communs, qui sont relatifs à la propriété et à la possession de terres⁴⁷⁷. Concrètement, attendu que pour les différends à la Cour du Banc du Roi le roi est une partie, Camden refuse que le monarque y siège. Au contraire, considérant que le roi n'est pas une partie lorsque les différends ont cours devant la Cour des Plaids Communs, l'auteur permet au monarque d'y juger. Selon les termes de Camden, « *il [le roi] ne peut siéger et juger à la Cour du Roi, mais seulement à la Cour des Plaids Communs* »⁴⁷⁸.

⁴⁷³ Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 213 : the execution of the laws « *wholly dependeth upon the king, no man having any authority to put any thing into execution but as his deputy* ».

⁴⁷⁴ Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 213 : « *all authority comes from him* ».

⁴⁷⁵ Dans son intégralité, le texte de la note de bas de page est le suivant : « *Here should have been observed that the determining of causes wherein the king is a party, though it be done by his authority, and his deputy decideth it, yet could not he do it himself ; therefore cannot he sit and judge matters in the king's bench, but only in the common pleas, though the king's bench followed the court longer than the common pleas* ». Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 213 (note n° 33).

⁴⁷⁶ Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 213 (note n° 33) : « *Here should have been observed that the determination of causes wherein the king is party, though it be done by his authority, and his deputy decideth it, yet could not he do it himself* ».

⁴⁷⁷ Pour des renseignements très succincts sur les compétences respectives des trois Cours, voir : R. David, *Major legal systems in the world today : an introduction to the comparative study of law* (Les grands systèmes de droit contemporain), 3 éd., Londres, Stevens, 1985, pp. 313-314. David précise que progressivement la répartition des compétences entre les trois Cours va disparaître et qu'au final, chacune des Cours pourra trancher n°importe quel différend.

⁴⁷⁸ Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 213 (suite de la note n° 33) : « *therefore cannot he sit and judge matters in the king's bench, but only in the common pleas* ». A titre de remarque, il est permis de constater que Camden ne prend aucune position pour la Cour de l'Echiquier, compétente en matière de finances royales ainsi que pour les autres Cours inférieures : faut-il alors considérer, en s'appuyant sur le

191. Au final, le raisonnement de Camden se limite donc à interdire au roi de prononcer les jugements *dans les cas spécifiques*, où il est une partie au litige. A l'exception de ces situations particulières, Camden admet que le roi puisse trancher les différends. A la différence de Camden, d'autres auteurs réclament, au contraire, que le roi ne tranche les litiges *dans aucun cas*. Ils soutiennent que la fonction consistant à régler les différends ne doit *jamais* revenir au monarque.

(2) Le roi ne doit trancher les différends dans aucun cas

192. Ce concept apparaît, déjà, au XVe siècle dans les travaux de Fortescue (a). Ensuite, dans l'ordre chronologique, il est également possible de l'appréhender dans les écrits de Buchanan (b), de Hooker (c), de Dallison (d) et dans une certaine mesure de Sidney (e).

a. John Fortescue, *De laudibus legum Angliae* (vers 1470)⁴⁷⁹

193. Parmi les trois travaux majeurs de Fortescue – *De Natura Legis Naturae*, *De Laudibus Legum Angliae*, et *On the Laws and Governance of England* – c'est, à titre essentiel, dans le second qu'il est possible de découvrir le concept en question. *De Laudibus legum Angliae* ou *In Praise of the Laws of England*⁴⁸⁰ est un dialogue entre un jeune prince et un vieux Chancelier. Ce traité, destiné à l'éducation du jeune prince de Galles, décrit les devoirs d'un prince et vante les mérites de la *common law* anglaise et du jury anglais⁴⁸¹. Il contient aussi une description précise des *Inns of Court* et de la profession judiciaire⁴⁸².

194. Le dialogue débute par une proposition du Chancelier au Prince : de la même manière que le Prince s'entraîne aux exercices militaires, le Chancelier l'encourage à étudier le droit. Dans le chapitre I, il lui dit : « *Je souhaite vous voir vous adonner à l'étude du droit avec le même zèle que celui que vous vouez aux armes, car si les batailles se résolvent par les armes,*

raisonnement de Camden, que l'historien permet au roi de siéger à la Cour de l'Echiquier voire dans les Cours inférieures, car dans ces litiges, le roi ne serait pas une partie ?

⁴⁷⁹ Il s'agit de la date probable d'écriture de l'ouvrage. *De laudibus legum Angliae* a été imprimé pour la première fois en 1545-1546.

⁴⁸⁰ J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, 235 p.

⁴⁸¹ Sur Fortescue et le jury, Chrimes écrit : « *Fortescue a été le premier défenseur de cette autre institution, (...) le jury. Il a été le premier à chanter les louanges d'un procès devant jury, bien qu'il considère avant tout le jury comme un mode de preuve* ». S. B. Chrimes, « Introduction », in J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. cii.

⁴⁸² Voir, sur ce point : E. W. Ives, « Fortescue, Sir John (c. 1397-1479) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

les jugements le sont par les lois »⁴⁸³. D'après le Chancelier, la connaissance des lois constitue donc un point de départ pour juger. Si le Prince s'applique à l'étude du droit, il atteindra la véritable félicité⁴⁸⁴.

195. Convaincu par la nécessité d'étudier le droit, le Prince exprime, néanmoins, quelques craintes dans le chapitre VII intitulé « *Maintenant le Prince cède à l'étude des lois, bien qu'il demande des informations sur quelques points précis* »⁴⁸⁵. Parmi les craintes du Prince figure la peur de consacrer trop de temps à l'étude des règles de droit. Le prince explique : « *J'éprouve deux difficultés quant à l'exercice, de la même façon qu'un bateau dans des eaux troubles ne sait pas comment orienter sa proue. L'une des difficultés est que lorsque je me souviens du nombre d'années que les étudiants en droit consacrent à leur étude avant qu'ils n'atteignent une expertise adéquate, je crains que je ne passe moi-même les années de ma jeunesse de la même façon* »⁴⁸⁶. Sur ce point, le Chancelier tient à rassurer le Prince. Dans le chapitre VIII, il lui indique qu'une connaissance sommaire des lois est suffisante pour l'exercice des fonctions d'un Prince : il est inutile pour le Prince d'apprendre le droit dans les détails. Pour reprendre les termes du Chancelier, « *Ainsi, vous, Prince, n'avez pas besoin d'étudier les mystères du droit anglais sous tous leurs aspects par de longues études ; il suffit pour vous de faire des progrès en droit comme vous en faites en grammaire. Vous n'avez certes pas complètement acquis la perfection en grammaire, qui découle de l'étymologie, de l'orthographe, de la prosodie, et de la syntaxe, comme de quatre courants, cependant vous avez acquis des compétences suffisantes en grammaire pour être à juste titre nommé grammairien. De la même façon, vous mériterez d'être appelé érudit en droit, si vous avez appris, en tant qu'étudiant, les principes et les causes du droit, tout comme les éléments* »⁴⁸⁷.

⁴⁸³ J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 3 et p. 5 : « *I wish that I observed you to be devoted to the study of the laws with the same zeal as you are to that of arms, since, as battles are determined by arms, so judgements are by laws* » (Chap. I). A titre de remarque, dans la forme, l'ouvrage utilisé comprend une version latine et une version anglaise. A chaque fois, la traduction anglaise est proposée en face de sa version latine. En l'espèce, aux pages 2 et 4 figurent les versions latines des pages 3 et 5.

⁴⁸⁴ Voir en particulier le chapitre IV, dont le titre est « *Herein the chancellor proves that the prince can become happy and blessed through the laws* ». *Id.*, pp. 11-15.

⁴⁸⁵ *Id.*, p. 19 : « *Now the prince surrenders himself to the study of the laws, although he enquires further into certain precise points* ».

⁴⁸⁶ *Id.*, p. 19 et p. 21 : « *Nevertheless, my mind is in two difficulties in the matter, just as a boat in troubled waters knows not whither to direct its bows. One difficulty is that when I recollect how many years students in the curricula of the law devote to their study before they attain to an adequate expertness therein, I fear lest I myself spend the years of my youth in the same way* ».

⁴⁸⁷ *Idem*, p. 23 : « *Thus you, prince, do not need to explore the mysteries of the law of England by long study ; it is sufficient for you to progress in the laws as you have in grammar. Perfection, indeed, in grammar, which flows out of etymology, orthography, prosody, and syntax, as out of four streams, you have not completely acquired, yet you are sufficiently learned in grammar to be deservedly called a grammarian. Similarly, you will*

196. Au soutien de son propos, le Chancelier apporte une précision : il fournit la raison essentielle pour laquelle le Prince ne doit pas s'adonner à l'étude exhaustive de la législation. Il explique – et c'est, à cette occasion, qu'apparaît le concept – que le Prince n'a pas besoin d'étudier les points les plus précis du droit, puisqu'il n'est pas celui qui doit en Grande Bretagne assumer les fonctions judiciaires. Il indique : « *vous rendrez mieux les jugements grâce à d'autres que par vous-même* »⁴⁸⁸ et ajoute encore : « *aucun des rois d'Angleterre n'est connu pour prononcer les jugements de ses propres lèvres* »⁴⁸⁹. Du reste, les mêmes arguments sont aussi reproduits dans le chapitre conclusif, dans lequel le Prince résume ses devoirs. Paraphrasant le Chancelier, le Prince reconnaît qu'il lui suffit « *de connaître [les lois] dans les grandes lignes ou en général, laissant aux juges la compétence détaillée et finale ainsi que la connaissance des plus hautes branches* »⁴⁹⁰. Au final, de l'ensemble de ces citations, il faut déduire que Fortescue désigne non pas le roi, mais les juges pour rendre la justice.

197. A n'en pas douter, si Fortescue (vers 1397-vers 1479) refuse au roi le pouvoir de trancher les différends, et le confie aux juges, c'est parce que lui-même exerce des fonctions judiciaires. Il est, notamment, Président de la Cour du Banc du Roi de 1442 à 1461. Au cours de sa carrière, il sert aussi comme juge de paix (*justice of the peace*) dans douze contés et dans des douzaines de commissions judiciaires⁴⁹¹.

b. George Buchanan, *De jure regni apud Scotos* (1579)

198. A l'instar de Fortescue, c'est dans un dialogue *De jure regni apud Scotos* que Buchanan fait valoir le roi ne doit trancher les différends dans aucun cas. L'ouvrage doit à la fois justifier l'abdication de Marie Ière d'Ecosse, intervenue en juillet 1567, et légitimer la régence de son demi-frère et successeur James Stewart, comte de Moray⁴⁹². « *Moray et ses*

deserve to be called learned in the law, if you have learned, in the rôle of student, the principles and causes of the law as far as the elements ».

⁴⁸⁸ *Ibid.* : « *you will render judgements better through others than by yourself* ».

⁴⁸⁹ *Ibid.* : « *none of the kings of England is seen to give judgement by his own lips* ».

⁴⁹⁰ *Id.*, p. 137 : « *it suffices for a prince to know [the laws] broadly or in general terms, leaving to his judges the detailed and definitive skill and knowledge of the higher branches* ».

⁴⁹¹ V. sur ce point : S. D. Gerber, *A distinct judicial power: The Origins of an Independent Judiciary 1606-1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 15. Pour de plus amples renseignements biographiques sur Fortescue, voir : E. W. Ives, « Fortescue, Sir John (c. 1397-1479) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁴⁹² Pour de plus amples renseignements sur le contexte politique qui entoure la rédaction de *De jure regni apud Scotos*, voir : R. A. Mason, « Introduction », in G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of*

associés dans la régence du gouvernement d'Écosse avaient besoin d'un défenseur pour leur politique »⁴⁹³, explique l'historien John Hearsey McMillan Salmon. Il ajoute encore : « Ils en trouvèrent un en la personne de George Buchanan, un intellectuel brillant et humaniste, qui avait passé l'essentiel de sa carrière sur le continent, surtout en France, avec une brève intervalle au Portugal, et qui était récemment retourné dans son Écosse native »⁴⁹⁴.

199. Comme *De Laudibus legum Angliae, De jure regni apud Scotos* porte sur la description d'un prince idéal⁴⁹⁵. Plus particulièrement, l'ouvrage de Buchanan traite, pour l'essentiel, de la question de la légalité de la résistance populaire face à la tyrannie. Il met en scène deux personnages : Buchanan lui-même, qui présente les arguments centraux, et Thomas Maitland, diplomate écossais, qui incarne un homme parfois ingénu⁴⁹⁶. Le thème principal de leur discussion est la différence entre un bon roi et un tyran : tandis qu'un bon roi doit notamment gouverner en obtenant le soutien populaire, en se conformant au droit et pour le bénéfice de ses sujets, un tyran, au contraire, s'empare du pouvoir unilatéralement, crée les lois qu'il désire et règne en ne tenant compte que de ses intérêts personnels⁴⁹⁷.

200. C'est dans une subdivision consacrée à « la nécessité de soumettre les dirigeants à l'autorité du droit »⁴⁹⁸ que Buchanan traite de l'indépendance de la justice. Buchanan y interroge Maitland sur l'étendu du rôle des rois. Entre autres choses, il lui demande si, de son point de vue, le roi est compétent pour « les affaires qui sont résolues par conjectures ou

kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus, Edinbourg, Saltire Society, 2006, pp. 4 et s. ; J. H. M. Salmon, « Catholic resistance theory, Ultramontanism, and the royalist response, 1580-1620 », in J. H. Burns (éd.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 214 et s.

⁴⁹³ J. H. M. Salmon, « Catholic resistance theory, Ultramontanism, and the royalist response, 1580-1620 », in J. H. Burns (éd.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, p. 215 : « Moray and his associates in the regency government of Scotland needed a defender of their policy ».

⁴⁹⁴ *Id.*, p. 215 : « They found one in George Buchanan, a brilliant humanist intellectual who had spent much of his career on the continent, primarily in France, with a brief interlude in Portugal, and who had recently returned to his native Scotland ».

⁴⁹⁵ R. A. Mason, *op. cit.*, p. 10.

⁴⁹⁶ J. H. M. Salmon, *op. cit.*, pp. 216-217.

⁴⁹⁷ *Id.*, p. 212. Pour d'autres informations sur les principaux arguments de Buchanan et le contenu de *De jure regni apud Scotos*, voir : R. A. Mason, *op. cit.*, pp. 12 et s.

⁴⁹⁸ C'est l'intitulé de la subdivision telle qu'il est formulé par Roger A. Mason dans sa « note aux lecteurs » figurant dans l'édition de 2006 (G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, p. 34) Il ne s'agit donc pas du titre de la section donné par Buchanan. En effet, l'ouvrage écrit par Buchanan ne contient formellement aucune subdivision. Il est rédigé en un bloc continu du début à la fin. V. en ce sens l'édition de 1680 : G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, 133 p.

présentées par des témoins, comme l'homicide, l'adultère ou la sorcellerie »⁴⁹⁹. D'instinct, Maitland répond à l'humaniste écossais : « je vois qu'elles sont pour la plupart laissées à l'appréciation des juges »⁵⁰⁰. Satisfait par la réponse de son interlocuteur, Buchanan précise que la fonction de trancher les litiges doit « sans doute » revenir « à très juste titre » au juge⁵⁰¹. Se faisant, il interdit donc implicitement aux rois l'exercice des fonctions judiciaires.

c. Richard Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity* (1593-1648)

201. Si Hooker (1554-1600) est relativement ignoré de la doctrine française⁵⁰², il est, en revanche, l'objet de nombreuses études outre-Manche et outre-Atlantique⁵⁰³. De fait, sa biographie est bien connue⁵⁰⁴. En 1581, il est ordonné prêtre. En 1585, il accède à la position de *Master of the Temple Church* à Londres (c'est-à-dire ministre ou pasteur de l'Eglise du

⁴⁹⁹ G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due privilege of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, p. 32: «What say you of those things which by conjectures are found out, and made out by witnesses, such as are the crime of murder, adultery and witchcraft? ». Dans l'édition de 2006, voir : G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, p. 66.

⁵⁰⁰ G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due privilege of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, p. 32: «I find to be for the most part left to the judgment of judges». Dans l'édition de 2006, voir: G. Buchanan, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁰¹ *Ibidem* : « And perhaps very right ». Dans l'édition de 2006, voir: G. Buchanan, *op. cit.*, p. 66.

⁵⁰² Il convient, néanmoins, de relativiser le propos en citant, d'abord, la thèse de doctorat d'Olivier Loyer consacré à Richard Hooker et rédigé en langue française (O. Loyer, *L'anglicanisme de Richard Hooker*, thèse, Lille, Atelier de reproduction des thèses, 1979, 2 vol). Il faut, ensuite, y ajouter l'article de Paulette Carrive consacré à Richard Hooker (P. Carrive, « Richard Hooker 1554?-1600 : Théologie et politique », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 3- 31) et l'article – en langue anglaise - du professeur montpelliérain Pierre Lurbe sur le théologie-politique chez Richard Hooker et Thomas Hobbes (P. Lurbe, « Theologico-political Issues in Richard Hooker's *Laws of Ecclesiastical Polity* and Thomas Hobbes's *Leviathan* », *Revue LISA/LISA*, Vol. IX, n° 1, 2011, pp. 8-19. Disponible en ligne : <http://lisa.revues.org/4050> - consultation le 24/11/2015). V. aussi pour des développements très brefs sur Hooker l'article d'Hasso Jaeger et l'ouvrage de Simone Goyard-Frabre : H. Jaeger, « Introduction aux rapports de la pensée juridique et de l'histoire des idées en Angleterre, depuis la Réforme jusqu'au XVIII siècle », *Archives de Philosophie du Droit*, n° 15, 1970, pp. 33-37 ; S. Goyard-Fabre, *John Locke et la raison raisonnable*, Paris, J. Vrin, 1986, pp. 52-55.

⁵⁰³ Voir, par exemple : R. R. Eccleshall, « Richard Hooker and the peculiarities of the English: the reception of the "Ecclesiastical polity" in the seventeenth and eighteenth centuries », *History of Political Thought*, vol. 2, 1981, pp. 63–117 ; P. Lake, « Business as usual ? The immediate reception of Hooker's *Ecclesiastical polity* », *Journal of Ecclesiastical History*, vol. 52, n° 3, 2001, pp. 456–486 ; M. Percy, *Introducing Richard Hooker and the laws of ecclesiastical polity*, Londres, Darton Longman & Todd, 1999, 56 p. ; W. J. T Kirby, *Richard Hooker's doctrine of the royal supremacy*, New York, E. J. Brill, 1990, 136 p. ; A. S. McGrade, *Richard Hooker and the construction of Christian community*, Tempe, AZ, Medieval & Renaissance Texts & Studies, 1997, 418 p.

⁵⁰⁴ Pour un aperçu de la vie de Hooker en langue anglaise, voir : A. S. McGrade, « Hooker, Richard (1554-1600) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne) ; A. S. McGrade, « Introduction », in R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. xiii-xxx ; En langue française, voir : O. Loyer, *L'anglicanisme de Richard Hooker*, vol. I, *op. cit.*, pp. 3 et s ; P. Carrive, « Richard Hooker 1554?-1600 : Théologie et politique », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 3 et s.

Temple de Londres)⁵⁰⁵, tandis que son principal concurrent, Walter Travers, défenseur de la doctrine calviniste, est évincé. Le différend opposant Hooker et Travers est, d'ailleurs, aux origines du traité religieux en huit volumes de Hooker. En effet, l'armature des *Laws of Ecclesiastical Polity* s'est, d'abord, construite à partir des sermons qu'Hooker prononce en réponse à Travers jusqu'en mars 1586, date à laquelle Travers est finalement interdit de prêcher. Hooker nourrit, ensuite, l'esquisse des *Laws of Ecclesiastical Polity* à partir de 1591, tandis qu'il occupe les fonctions de recteur de Boscombe (Wiltshire), puis de Bishopsbourne (Kent).

202. De manière générale, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity* représente l'apologie de l'Eglise anglicane contre ses détracteurs puritains⁵⁰⁶. Au moment où l'Angleterre est déchirée par une querelle opposant d'une part, la nouvelle Eglise d'Angleterre et d'autre part, les puritains, influencés par l'orthodoxie calviniste⁵⁰⁷, Hooker défend vigoureusement la première dans son traité religieux. Selon les propres termes de l'auteur, « *si nous maintenons les choses qui sont établies... nous rendons service au temps et nous plaidons en faveur de la situation actuelle, parce que de cette façon nous conservons ou recherchons la grandeur* »⁵⁰⁸. D'un point de vue temporel, tandis que les quatre premiers et le cinquième livre ont été publiés respectivement en 1593 et 1597⁵⁰⁹, c'est-à-dire du vivant de l'auteur, les trois derniers livres ont été publiés à titre posthume⁵¹⁰.

203. Pour ce qui nous intéresse, Hooker s'intéresse à l'indépendance de la justice au sein du livre VIII des *Laws of Ecclesiastical Polity*. Si le livre VIII est publié dès 1648, il demeure au terme de ses premières éditions très incomplet, car il ne contient que des fragments des écrits de Hooker. Il faut attendre la redécouverte de notes de travail de Hooker en 1974 dans les documents de l'archevêque Ussher à *Trinity College* à Dublin pour obtenir une meilleure

⁵⁰⁵ O. Loyer nous explique : « *Le Master était le ministre desservant cette sorte de paroisse universitaire et corporative que constituait l'Eglise du Temple* ». O. Loyer, *L'anglicanisme de Richard Hooker*, vol. I, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁰⁶ S. Goyard-Fabre, *John Locke et la raison raisonnable*, Paris, J. Vrin, 1986, p. 53.

⁵⁰⁷ Pour de plus amples informations sur le contexte dans lequel *Of the Laws of Ecclesiastical Polity* a été rédigé, voir : A. S. McGrade, « Introduction », in R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. xv-xvi ; P. Carrive, « Richard Hooker 1554?-1600 : Théologie et politique », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, p. 4. V. *Idem*, pp. 6-7.

⁵⁰⁸ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 52 : « *if we maintain things that are established (...) we serve the time, and speak in favour of the present state, because thereby we either hold or seek preferment* ».

⁵⁰⁹ A. S. McGrade, « Introduction », in R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. xiii.

⁵¹⁰ *Id.*, p. xiv. Les livres VI et VIII sont publiés pour la première fois en 1648, le livre VII en 1661.

version du livre VIII⁵¹¹. En des termes très généraux, l'objet du livre VIII est la suprématie royale : Hooker défend l'idée selon laquelle l'Eglise et l'Etat constituent un seul corps, qui doit être dotée d'une seule tête⁵¹². Ainsi, le monarque doit détenir tant le pouvoir religieux que le pouvoir séculier. « *Il résulte nécessairement que les rois doivent disposer du pouvoir suprême non seulement dans les affaires civiles mais aussi dans les affaires ecclésiastiques* »⁵¹³, fait valoir Hooker. Concernant la suprématie royale, il faut, toutefois et en dernier lieu, remarquer qu'Hooker y admet au moins trois « exceptions » : le pouvoir royal est limité par Dieu, les lois humaines et la société⁵¹⁴.

204. Plus particulièrement, c'est au sein d'un chapitre huit intitulé « Du pouvoir des jugements ecclésiastiques » qu'Hooker évoque l'un des concepts de l'indépendance de la justice⁵¹⁵. Le chapitre concerne le pouvoir détenu par le roi sur les cours ecclésiastiques. A cette occasion, Hooker aborde aussi, de manière brève, la question de la justice séculière. Son raisonnement peut être décomposé en trois temps⁵¹⁶ : dans un premier temps, Hooker observe que, de toute évidence, l'exercice de la justice appartient au roi. Pour reprendre l'expression consacrée, le monarque est *fons justitiae*⁵¹⁷. « *Rien ne touche davantage soit au devoir du roi, soit ne semble mieux être la majesté des Rois que d'administrer personnellement la justice à*

⁵¹¹ A titre principal, nous utilisons l'édition d'Arthur Stephen McGrade (R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 247 p.), qui s'est appuyée sur l'édition de la *Folger Library*, datée de 1981. L'édition de McGrade est destinée à permettre un accès large à l'ouvrage de Hooker. Elle ne comprend que la préface, le livre un et le livre huit. Elle est accompagnée d'une large introduction, présentant l'œuvre de Hooker et plus spécifiquement, les livres un et huit. En complément, nous renverrons, à l'occasion, à l'édition de 1793 du traité religieux de Hooker, afin que le lecteur connaisse aussi les références dans une édition plus ancienne.

⁵¹² Voir en ce sens : R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 130.

⁵¹³ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 148 : « *it followeth necessarily that Kings may have supreme power not only in civil but also in Ecclesiastical affairs* ».

⁵¹⁴ Voir sur ce point : A. S. McGrade, « Introduction », in R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. xxvi.

⁵¹⁵ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 208. A titre de remarque, les développements sur l'indépendance figure dans l'édition de 1793 dans une subdivision intitulée « De l'autorité de faire les lois ». Voir, plus précisément : Hooker R., *The works of that learned and judicious divine Mr Richard Hooker: containing eight books of the Laws of ecclesiastical polity and several other treatises. To which is prefixed the life of the author by Isaac Walton*, vol. III, Oxford, the Clarendon Press, 1793, p. 358.

⁵¹⁶ Dans son intégralité, le passage relatif au concept « le roi ne doit trancher les différends dans aucun cas » est le suivant : « *where nothing doth either more concern the duty, or better beseem the Majesty of Kings, than personally to administer justice unto their People, as most famous Princes have done; yet if it be in case of felony or treason, the learned in the laws of this Realm do plainly affirm, that well may the King commit his authority unto another to judge between him and the offender ; but the King being himself here a party, he cannot personally sit to give judgment. As therefore the person of the King may, for just considerations, even where the cause is Civil, be notwithstanding withdraw from occupying the seat of judgment, and others under his authority be fit, he unfit himself to judge* ». R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 213-214.

⁵¹⁷ Pour de plus amples renseignements sur l'idée de *fons justitiae*, voir : *Supra*, n° 104 et s.

leur peuple, comme l'ont fait la plupart des Princes »⁵¹⁸, explique-t-il. Dans un second temps, le théologien anglais tempère, toutefois, nettement son propos. Immédiatement, il admet des limites aux pouvoirs judiciaires du roi. Selon Hooker, le roi ne peut être à la fois juge et partie à l'occasion d'un litige. Pour reprendre ses propres termes, dans les cas où le roi est une partie, « *il n'est pas apte pour personnellement rendre un jugement* »⁵¹⁹. Pour illustrer son propos, Hooker fait référence aux cas de félonie et de trahison, dans lesquels le souverain est une des parties au litige : « *dans le cas de félonie ou de trahison, ceux qui possèdent la connaissance des lois de ce royaume soutiennent qu'il est bon que le roi confie son autorité à un autre pour trancher le litige entre lui et le contrevenant* »⁵²⁰. Jusque là, à l'instar de Camden, Hooker semble défendre le concept selon lequel le roi ne doit pas trancher des différends dans des cas particuliers. Pour le dire différemment, le raisonnement de Hooker semble s'en tenir à interdire l'exercice des fonctions judiciaires par le roi, dans les seuls cas où le roi est partie au litige. Pourtant, dans un troisième temps, Hooker se différencie nettement de Camden. De suite, après avoir signalé que lorsque le roi est lui-même une partie, « *il n'est pas apte pour personnellement rendre un jugement* »⁵²¹, Hooker bascule vers le concept au terme duquel le roi ne doit trancher les différends dans aucun cas. Sans fournir d'explication, il généralise son propos. Il souligne que ce n'est pas simplement dans les situations dans lesquels le roi est partie au procès qu'il ne doit pas juger. Davantage, il fait valoir que le souverain ne doit *jamais* rendre la justice. Il indique que « *même lorsque le litige est de nature civile, la personne du roi peut, pour des considérations justes, être malgré tout interdite d'occuper le trône du jugement, d'autres sous son autorité sont aptes, [tandis qu'] il est inapte à rendre le jugement* »⁵²².

⁵¹⁸ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. 213-214 : « *where nothing doth either more concern the duty, or better beseem the Majesty of Kings, than personally to administer justice unto their People, as most famous Princes have done* ».

⁵¹⁹ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 214 : « *but the King being himself here a party he cannot personally sit to give judgment* ».

⁵²⁰ *Ibidem* : « *yet if it be in case of felony or treason the learned of the laws of this Realm do plainly affirm, that well may the King commit his authority unto another to judge between him and the offender* ».

⁵²¹ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 214.

⁵²² *Ibidem* : « *the person of the King may, for just considerations, even where the cause is Civil, be notwithstanding withdraw from occupying the seat of judgment, and others under his authority be fit, he unfit himself to judge* ».

d. Charles Dallison, *The Royalist's Defence* (1648)

205. Pour Dallison (?-1669)⁵²³ qui est royaliste, le monarque est le détenteur de l'autorité suprême du royaume et ses sujets lui doivent allégeance. « *La conviction profonde de Dallison est que la souveraineté en Angleterre réside (ou au moins a résidé) dans la personne du roi* »⁵²⁴, constate John Sanderson. Aussi, son ouvrage *The Royalist's Defence* – écrit au cours de la seconde guerre civile opposant la monarchie et les Parlementaires – accorde un rôle essentiel au souverain. Plus particulièrement, *The Royalist's Defence* défend le rétablissement de l'autorité du monarque, qui a été usurpée par le Parlement. « *Tant que le roi n'a pas été restauré dans ses droits* », les individus ne peuvent espérer rien d'autre que « *la misère* »⁵²⁵, écrit l'auteur. En même temps, Dallison, qui est aussi le *Recorder* (juge) de Lincoln, réserve aussi dans son livre une place particulière à l'indépendance de la justice. Tel est le constat, déjà, dressé par Vile. Dans son livre *Constitutionalism and the separation of powers*, il indique que Dallison « *avait une idée claire de l'indépendance des juges, qui exerçaient une fonction bien distincte du gouvernement* »⁵²⁶. De la même manière, John Sanderson reconnaît que Dallison « *a attiré l'attention sur le rôle indépendant que remplit depuis longtemps le pouvoir judiciaire dans l'interprétation du droit et la détermination de sa validité* »⁵²⁷.

206. Pour montrer la place centrale de l'indépendance de la justice dans *The Royalist's Defence*, il faut étudier de manière plus approfondie l'épître aux lecteurs, qui précède les quinze chapitres de l'ouvrage. Dès cette introduction, Dallison aborde la question de l'indépendance des juges. Dans les premières lignes de l'Épître, il opère une distinction entre trois régimes⁵²⁸. Le premier est un régime dans lequel le roi détient la souveraineté et a le

⁵²³ La date de naissance de Dallison ne semble pas être connue. A titre de remarque, il faut noter que Dallison est parmi les huit auteurs étudiés le seul qui ne possède pas d'entrée dans l'*Oxford Dictionary of National Biography*. La date du décès de Dallison nous est donnée par David L. Smith. Voir : D. L. Smith, *Constitutional Royalism and the Search for Settlement, c. 1640-1649*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, p. 229.

⁵²⁴ J. Sanderson, « Charles Dallison and the Rule of Law », *The Journal of Legal History*, vol. 11, n° 2, 1990, p. 239.

⁵²⁵ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s.n., 1648, p. B2 (Épître aux lecteurs) : « *until the King be restored unto his just rights, the known Law set on foot, and a submission to the true Judge thereof, the people are not to hope for other, then increase of misery* ».

⁵²⁶ M. J. C. Vile, *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon press, 1967, p. 47.

⁵²⁷ J. Sanderson, *op. cit.*, p. 242.

⁵²⁸ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the*

pouvoir de déterminer le droit applicable. Appréciant ce régime, Dallison estime que l'autorité du roi y est arbitraire⁵²⁹ : « Il [le roi] peut retirer la vie, ou confisquer les biens de ceux qu'il souhaite déposséder et pour ce qu'il juge approprié »⁵³⁰. Le second régime se caractérise par le partage de la souveraineté entre plusieurs personnes, « peu importe quel est leur nombre et qui elles sont »⁵³¹. Ensemble, elles détiennent aussi le pouvoir de déterminer le droit. A l'instar de la première forme de gouvernement, Dallison considère que le second régime est arbitraire : « S'ils ont aussi le pouvoir de déterminer le droit applicable par lequel ils gouvernent, le reste des gens est esclave de leur volonté »⁵³². Dans le troisième régime, la souveraineté réside dans le roi seul, mais, à la différence de la première situation, le roi n'a pas le pouvoir de déterminer le droit applicable. Contrairement aux deux premiers systèmes de gouvernement, un pareil régime conduit, selon Dallison, au bonheur du peuple. Selon ses propres termes, si « les juges du royaume déclarent par quel droit le roi gouverne »⁵³³, les sujets forment « un peuple bien plus heureux »⁵³⁴. Dans les faits, précise Dallison, ce régime, dans lequel le « roi possède de manière inhérente le pouvoir souverain du gouvernement, mais n'a pas le pouvoir de déterminer le droit »⁵³⁵, est celui de l'Angleterre.

207. Par la suite, Dallison poursuit encore son raisonnement. D'abord, il qualifie tantôt de « règle »⁵³⁶, tantôt de « principe »⁵³⁷ l'attribution du pouvoir judiciaire aux juges. Il fait également référence aux juges en tant que « club »⁵³⁸. Surtout, plus fermement qu'aucun autre auteur, Dallison affirme qu'aucune exception ne doit être admise à l'autorité des juges. Dans l'ensemble des cas et de manière exclusive, les juges doivent trancher les différends et interpréter le sens des lois. Admettre des réserves à l'exercice de la justice par les juges minerait leur autorité : « Si l'on refuse leur décision dans n'importe quelle affaire particulière

knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery, Londres, s. n., 1648, p. A2 (Epître aux lecteurs).

⁵²⁹ *Ibidem*. « his authority is Arbitrary ».

⁵³⁰ *Ibidem*. « He may then take the life, or confiscate the estate of whom he pleases, and for what he thinks fit ».

⁵³¹ *Ibidem*. « And the same it is, when the sovereign power is in several persons, whatever their number be, and however composed ». (Nous soulignons)

⁵³² *Ibidem*. « if they have also authority to judge the Law by which they govern, the rest of the People are enslaved to their will ».

⁵³³ *Ibidem* : « The Judges of the Realm declare by what Law the King governs ».

⁵³⁴ *Ibidem* : « the subjects (of England) are a most happy people ».

⁵³⁵ *Ibidem* : the « king has inherently in his person the sovereign power of government, but he has not authority to judge the Law ».

⁵³⁶ *Ibidem*.

⁵³⁷ *Ibidem*.

⁵³⁸ *Ibidem* : « no means but the Club to decide any controversies concerning meum & tuum ». (Nous soulignons)

(sous prétexte que l'affaire est facile à comprendre), alors on prive (en pratique) le juge de tout pouvoir »⁵³⁹.

208. Pour terminer sur l'appréhension du concept qui nous intéresse, il convient de remarquer que le sens n'apparaît pas seulement dans l'Épître aux lecteurs. Il se manifeste, en outre, brièvement dans le chapitre VII. A cette occasion, Dallison rappelle, en effet, que « *le gouvernement est dicté par un droit connu, droit pour lequel le roi n'est pas juge* »⁵⁴⁰.

209. Au final, il résulte de l'étude des travaux de Dallison que l'auteur consacre un pouvoir judiciaire fort et indépendant. En pratique, il envisage même que les juges disposent du pouvoir de contrôler la conformité des lois. Selon ses propres termes, « *il revient intrinsèquement aux juges du royaume de déterminer quelles normes adoptées par le Parlement ont force de lois, lesquelles sont nulles, et d'expliquer le sens de chaque norme* »⁵⁴¹.

e. Algernon Sidney, *Discourses Concerning Government* (1698)

210. Elu au parlement en 1646, Algernon Sidney (1623-1683)⁵⁴² est contraint à l'exil par Charles II en 1660 pour son rôle sous la république. Après plus de vingt années sur le continent, il revient en Grande-Bretagne en 1677. La rédaction des *Discourses concerning Government* débute en 1681, soit deux années avant l'arrestation et l'exécution de Sidney pour avoir pris part au complot de *Rye House* contre Charles II.

⁵³⁹ *Ibidem* : « Give way (upon pretence that the thing in dispute is easy to be understood) to decline their sentence in any one particular case, and (in effect) the whole power of the Judge is divested ».

⁵⁴⁰ *Id.*, p. 80 : « Government is directed by a known Law, of which Law the King is not Judge ».

⁵⁴¹ *Id.*, p. 39. Dallison défend l'exercice par les juges du pouvoir du judicial review à au moins deux autres reprises. Voir, d'abord : *Id.*, p. 41 : « the people were not thereby so well secured from the tyranny of an arbitrary power, as when the Judges determine which Acts of Parliament are binding, and which void ». Voir, ensuite : *Id.*, p. 46 : « The validity of every statute, and the exposition thereof, at the will of every person concerned, may regularly be brought before the Judges of the Law, but cannot judicially depend before the Parliament ».

⁵⁴² Pour de plus amples renseignements biographiques sur Sidney, voir : J. Scott, « Algernon Sidney (1623-1683) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne) ; Voir surtout l'article publié en langue française sur Sidney par Paulette Carrive, « La vie et la pensée politique d'Algernon Sidney », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 249-256 ; et celui de Pierre Lurbe, « Le républicanisme béliciste d'Algernon Sidney », *Cercles*, n° 11, 2004, pp. 32-44. Disponible en ligne : <http://www.cercles.com/n11/lurbe.pdf> (consultation le 24/11/15).

211. A priori, tant la date – plus tardive – d'écriture des *Discourses* que l'une de ses thèses⁵⁴³ – la défense du droit de rébellion – laissent à penser que le concept « le roi ne doit trancher les différends dans aucun cas » pourrait être affirmé fermement par son auteur. Au moins trois occurrences du concept confirment, d'ailleurs, cette intuition. La première intervient dans la section 22 du Chapitre III de l'ouvrage⁵⁴⁴ : « *Il [le roi] n'avait pas à être entendu, que ce soit dans des affaires générales ou particulières, autrement que lorsqu'il s'exprime dans le cours normal de la justice, grâce aux tribunaux établis par la loi* »⁵⁴⁵. Les deux autres se manifestent dans la section 26 du Chapitre III du *Discourses Concerning Government*. Sidney indique « *qu'aucun roi en tant que roi n'a le pouvoir de prononcer des jugements* »⁵⁴⁶. Il ajoute que même dans l'hypothèse où le roi serait intelligent, bon et raisonnable, le pouvoir de délivrer la justice ne doit pas lui être confié. Selon ses propres termes, « *le pouvoir de juger ne peut appartenir (...) à aucun en tant que roi* »⁵⁴⁷.

212. En réalité, l'hypothèse de départ, selon laquelle Sidney défendrait sans conteste que les litiges ne peuvent être résolus que par les juges, doit pourtant être fortement tempérée. Sidney semble, en effet, admettre des exceptions au principe dans la section 26 du Chapitre III. En l'absence de justification, il permet l'exercice de la justice par le roi dans trois situations : pour éviter les fraudes, pour vérifier la bonne exécution des lois, voire éventuellement pour contrôler le comportement des juges. Il explique : « *si je devais permettre que le roi puisse personnellement aider aux jugements, sa tâche consisterait uniquement à empêcher les fraudes, et en conseillant les juges à constater que les lois sont dûment exécutées, ou*

⁵⁴³ Pour une analyse plus approfondie des différentes thèses de Sidney, voir notamment : Paulette Carrive, « La vie et la pensée politique d'Algernon Sidney », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 256-268. Parmi les concepts fondamentaux posés par Sidney, P. Carrive évoque le consentement des nations, l'équilibre et la division des pouvoirs, la représentation du peuple et la responsabilité des grands magistrats. Elle indique : « *l'influence de Sidney est loin d'être négligeables (...) ses idées ont une force d'appel incontestable, par-delà sa condamnation, et en partie grâce à elle* ». *Id.*, pp. 267-268.

⁵⁴⁴ Les *Discourses* sont divisés en trois livres (ou trois chapitres, selon la terminologie de Sidney), comprenant 98 sections au total. Citant Jonathan Scott (*Algernon Sidney and the English Republic, 1629-1677*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 258 p.), Pierre Lurbe décrit la structure de l'ouvrage : « *la réfutation du patriarcalisme de Filmer et de son attaque contre la théorie du droit naturel occupe l'ensemble du chapitre I, les sections 1-10, 16, 20 et 31 du chapitre II, la section 33 du chapitre III ; la typologie des républiques, et la démonstration de leur supériorité sur les régimes monarchiques, occupent les sections 11-29 du chapitre II ; la réfutation de l'absolutisme et l'appel à la résistance sont abordés de la section 30 du chapitre II à la section 14 du chapitre III ; enfin, l'histoire constitutionnelle des Anglo-Saxons, qui vise à démontrer la souveraineté absolue du Parlement, forme la matière des sections 15 à 45 du chapitre III* ». (Pierre Lurbe, « Le républicanisme béliciste d'Algernon Sidney », *Cercles*, n° 11, 2004, p. 34 (note n° 8)).

⁵⁴⁵ A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, p. 355. (Réimpression de l'édition de 1698 éditée par the booksellers of London and Westminster): « *He [the King] was not at all to be heard, in general or particular matters, otherwise than as he speaks in the common course of Justice, by the Courts legally established* ».

⁵⁴⁶ *Id.*, p. 372 : « *no king as king, has a power of judging* ».

⁵⁴⁷ *Id.*, p. 373 : « *this Power of judging cannot belong (...) to any as King* ».

éventuellement à contrôler le comportement des juges »⁵⁴⁸. Surtout, Sidney semble aussi estimer que d'autres exceptions supplémentaires pourraient être admises, en sus des trois qu'il mentionne. Dans un propos particulièrement vague, il indique que le roi « *pourrait détenir plus que cela en raison de sa capacité politique, au nom de laquelle il est admis qu'il soit toujours présent dans les principaux tribunaux, où la justice est administrée* »⁵⁴⁹.

213. Une analyse approfondie de la pensée de Sidney permet, par conséquent, de comprendre que l'auteur ne tient pas un discours clair et évident en matière d'indépendance. Au contraire, le concept d'indépendance de Sidney est sibyllin. Pour expliquer l'obscurité du concept, il faut peut-être rappeler que l'ouvrage *Discourses Concerning Government* est, au départ, écrit en réponse aux arguments développés par Sir Robert Filmer dans son *Patriarcha* (1680)⁵⁵⁰. D'une façon générale, Sidney mentionne à plusieurs reprises le nom de son adversaire dans son ouvrage. Pour ce qui concerne plus particulièrement les développements relatifs à l'exercice de la justice, le patronyme apparaît également quelques fois⁵⁵¹. Finalement, en cherchant très souvent à réfuter les propos de Filmer et en proposant en retour de nouvelles thèses, il est probable que Sidney ait parfois perdu en clarté. En ce sens, le professeur montpelliérain Pierre Lurbe – qui a consacré un article en français au lien entre la république et la guerre dans la pensée politique de Sidney – regrette déjà que « *l'ouvrage énorme (près de 580 pages dans sa réédition de 1990), prolixe et répétitif, à la fois touffu et diffus, encombré d'un fatras d'exemples (...) [soit] d'un accès malaisé* »⁵⁵².

B. Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »

214. D'emblée, il faut rappeler que le second concept (concept I A (1) dans la typologie) a fait l'objet d'une consécration en droit positif. Précisément, en vertu des dispositions textuelles, les juges sont tenus de ne pas tenir compte des pressions en provenance de

⁵⁴⁸ *Id.*, p. 371 : « *if I should grant that the king might personally assist in judgments, his work could only be to prevent frauds, and by the advice of the judges to see that the laws be duly executed, or perhaps to inspect their behaviour* ».

⁵⁴⁹ *Ibidem* : « *If he [the king] has more than this, it must be by virtue of his politick capacity, in which he is understood to be always present in the principal courts, where justice is always done (...)* ».

⁵⁵⁰ Voir sur ce point : J. Scott, « Algernon Sidney (1623-1683) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁵⁵¹ V. par exemple : A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, p. 372.

⁵⁵² Pierre Lurbe, « Le républicanisme béliciste d'Algernon Sidney », *Cercles*, n° 11, 2004, p. 34. Disponible en ligne : <http://www.cercles.com/n11/lurbe.pdf> (consultation le 24/11/15).

l'extérieur. Les textes concernent les influences externes en provenance des parties et celles en provenance du monarque⁵⁵³. De cela, il s'ensuit que la quasi-totalité des auteurs qui appréhendent le concept s'inspirent largement des lois (1). Seul Dallison s'écarte un peu des dispositions légales. En plus des parties et surtout, du souverain auxquels il est fait référence dans les textes, Dallison estime que le Parlement pourrait influencer le juge dans l'exercice de son activité juridictionnelle (2).

(1) Un renvoi aux termes des dispositions textuelles

215. Renvoyant implicitement à tout ou partie des lois, Fortescue (a), Buchanan (b), Hunton (c) – qui sera examiné pour la première fois – et Sidney (d)⁵⁵⁴ consacrent des développements relativement concis au concept en question. A l'instar du droit positif, ils visent, à titre essentiel, deux « ennemis » pouvant faire pression sur le juge dans le cadre de son activité juridictionnelle : il s'agit, d'abord, des parties ; il s'agit, ensuite et surtout, du roi.

a. John Fortescue, *De laudibus legum Angliae* (vers 1470)⁵⁵⁵

216. Dans le chapitre LI de son dialogue, bien qu'il ne renvoie pas dans un appel de note aux lois⁵⁵⁶, Fortescue – par l'intermédiaire du vieux Chancelier – reproduit quasiment mot pour mot les termes du serment de 1344 et de la loi de 1346 qui le précise. Il évoque, d'abord, les pressions externes qui pourraient émaner des parties et appréhende, plus particulièrement, le concept d'impartialité : « *Vous devez savoir, prince, que le juge doit jurer entre autres choses qu'il doit rendre la justice de la même façon, à tous les hommes qui plaident devant lui, qu'ils soient amis ou ennemis* »⁵⁵⁷. Il aborde, ensuite, la question des influences qui proviendraient de la Couronne : « *le juge doit jurer (...) qu'il ne retardera pas l'exercice son activité juridictionnelle, quand bien même le roi lui ordonnerait le contraire par ses lettres ou par la*

⁵⁵³ Pour de plus amples informations sur les dispositions textuelles qui consacrent l'indépendance avant 1701, V. *Supra*, n° 168 et s.

⁵⁵⁴ Comme pour le premier concept, le critère qui détermine l'ordre dans lequel sont examinés les auteurs est un critère chronologique.

⁵⁵⁵ A nouveau, il s'agit de la date probable d'écriture de l'ouvrage. *De laudibus legum Angliae* a été imprimé pour la première fois en 1545-1546.

⁵⁵⁶ Sur ce point, il faut, toutefois, préciser que les travaux consultés comportent, en général, peu voire pas du tout de note de bas de page.

⁵⁵⁷ J. Fortescue, *De laudibus legum Anglie*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1949, p. 127 : « *you must know, prince, that the justice shall swear among other things that he will do favour, to all men pleading before him, friends and foes alike* ».

parole »⁵⁵⁸. Entrant dans les détails pratiques, il paraphrase encore les dispositions légales de 1344 et de 1346 en expliquant qu' « il [le juge] doit également jurer qu'il ne recevra de personne ni honoraires ou autre pension ou livrée, à l'exception du roi, ni de cadeaux des parties, à l'exception de nourriture ou de boisson de petite valeur »⁵⁵⁹.

b. George Buchanan, *De jure regni apud Scotos* (1579)

217. Au détour de sa conversation avec Maitland, dans une subdivision consacrée au « développement des principes de droit naturel qui légitiment la résistance et le tyrannicide et sur lesquels on dit que la constitution écossaise repose »⁵⁶⁰, Buchanan traduit en des termes plus concrets une partie des dispositions du serment et de la loi de 1346 : celles relatives aux pressions que les parties pourraient porter à l'activité juridictionnelle du juge. Considérant que le juge qui décide dans le cadre d'un litige ne doit pas se laisser influencer par les parties au procès, il affirme la nécessité pour le juge d'être impartial : « Il [le juge] doit faire abstraction des personnes qui pourraient compromettre la décision »⁵⁶¹. Il ajoute encore que pour prononcer la sanction, le juge ne doit tenir compte que du seul délit commis par la partie au procès. Il doit faire fi de l'ensemble des contraintes extérieures émanant des parties : « Un juge dans un procès ne doit reconnaître qu'un seul nom, à savoir le crime ou la culpabilité, duquel l'adversaire ou le demandeur accuse la partie ou le défendeur »⁵⁶².

⁵⁵⁸ *Ibidem*. « the justice shall swear (...) that he will not delay to do so even though the king should command him by his letters or by word of mouth to the contrary ».

⁵⁵⁹ *Ibidem*. « He shall swear also that he will not receive from anyone except the king any fee or other pension, or livery, nor take any gift from any pleaders before him, except food and drink of no great price ».

⁵⁶⁰ A nouveau, c'est l'intitulé de la subdivision telle qu'il est formulé par Roger A. Mason dans sa « note aux lecteurs » figurant dans l'édition de 2006 (G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, p. 34).

⁵⁶¹ G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, p. 124 : « a judge lay aside such persons as may prejudice the sentence ». Dans l'édition de 2006, Voir : G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, p. 138.

⁵⁶² *Id.*, pp. 124-125: « A judge then in judgement must acknowledge but one name, to wit, of the Crime or guilt, whereof the Adversary or plaintiff does accuse his party or defendant to be guilty ». Dans l'édition de 2006, Voir : G. Buchanan, *op. cit.*, p. 139.

c. Philip Hunton, *A treatise of monarchy* (1643)

218. Décrit par Paulette Carrive comme un « *défenseur du Parlement* » et un « *théologien puritain* »⁵⁶³, Hunton est un adversaire des monarchies absolues. Dans son ouvrage *A treatise of monarchy* composé de deux parties « De la monarchie en général » et « De cette monarchie particulière » (consacré à la monarchie anglaise)⁵⁶⁴, il marque sa préférence pour une monarchie limitée ou un gouvernement mixte, faisant, entre autres, valoir que le pouvoir monarchique est limité par les lois. Le texte d'Hunton donne lieu en 1648 à une réponse critique de Filmer, dont l'intitulé est *Anarchy of a Limited and Mixed Monarchy*⁵⁶⁵.

219. Pour ce qui nous concerne plus particulièrement, contrairement à Buchanan, Hunton renvoie aux termes des textes relatifs aux influences en provenance du monarque. Plus particulièrement, il enjoint au juge de ne pas tenir compte des décrets royaux privés qui interviennent à l'occasion de l'exercice de son activité juridictionnelle. En lieu et place des mots « *notwithstanding* » (sans prendre en considération) et « *the letters* » (les lettres) qui figurent notamment dans le serment de 1344, Hunton parle de « *take no notice* » (ne pas tenir compte) et de « *private Warrant* » (décret privé). Selon ses propres termes, « *un décret privé enjoignant à agir illégalement est sa volonté privé [celle du roi] et n'a pas d'autorité. Et pour cette raison, le juge ne doit pas tenir compte de ce décret, mais agir à l'égard du contrevenant comme à l'égard de n'importe quel homme privé* »⁵⁶⁶.

d. Algernon Sidney, *Discourses Concerning Government* (1698)

220. Comme Hunton, Sidney fait référence, à titre principal, aux dispositions textuelles qui concernent les pressions qui émanent du roi. Reprenant les mots des lois, il indique que les juges ne doivent pas « *se détourner du cours régulier de la justice par la crainte ou la faveur,*

⁵⁶³ P. Carrive, « La pensée politique de Sir Robert Filmer », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, p. 41.

⁵⁶⁴ Pour une analyse d'*A treatise of Monarchy*, Voir : C. H. McIlwain, « A forgotten Worthy, Philip Hunton, and the sovereignty of king in Parliament », in C. H. McIlwain, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 196-243.

⁵⁶⁵ P. Carrive, « La pensée politique de Sir Robert Filmer », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, p. 41.

⁵⁶⁶ P. Hunton, *A treatise of monarchy : containing two parts 1. Concerning monarchy in general. 2. Concerning this particular monarchy. Wherein all the main questions occurrent in both, are stated, disputed, and determined. Done by an earnest desirer of his countries peace*, Londres, s.n., 1680, p. 80: « *but a private Warrant to do an unlawful act, is his private and unauthoritative Will : wherefore the Judge ought to take no notice of such Warrant, but to deal with the Offender as no other then a private man* ».

les espoirs ou la récompense, en particulier par un ordre en provenance du roi »⁵⁶⁷. Du reste, il convient de remarquer que Sidney cite expressément dans la section 22 du Chapitre III de son ouvrage la loi de 1346 adoptée par Edouard III deux ans après le serment, qui en précise les termes⁵⁶⁸.

(2) L'ajout de Dallison : la désignation du Parlement au titre des ennemis de l'indépendance

221. Si Dallison fait référence aux textes en rappelant que le juge doit faire fi des pressions qui émanent du souverain, il va également au delà des termes des lois. En généralisant les ennemis de l'indépendance jusqu'à inclure les membres du Parlement, voire n'importe quelle personne, l'auteur complète la liste de ceux qui peuvent influencer le juge dans l'exercice de son activité juridictionnelle. Il indique : « *le droit en vigueur dans le pays est leur autorité pour trancher chaque litige pendant devant eux, (...) peu importe les ordres du roi, des membres [du Parlement], ou de n'importe quelle personne* »⁵⁶⁹. A n'en pas douter la mention expresse par Dallison des Parlementaires trouve son explication dans son soutien affiché à la royauté. Pour rappel, selon Dallison, ce n'est pas le souverain – dont le pouvoir doit être restauré – que le juge doit craindre. Le juge doit plutôt se méfier des membres de la *House of Lords* et de la *House of Commons*.

C. Troisième concept : « Le Parlement ne doit pas trancher les différends »

222. Le troisième concept (concept II A (1) a dans la typologie) est présent dans les écrits du royaliste Dallison (1). Il se manifeste également dans les travaux d'un auteur qui n'a pas encore été étudié et que tout oppose au premier : le démocrate Lilburne (2).

⁵⁶⁷ A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, p. 372: « *not to be diverted from the due course of justice by fear or favour, hopes or reward, particularly by any command from the King* ».

⁵⁶⁸ Sidney écrit : « *Edward the third, about the twentieth year of his reign, acknowledged his own in Parliament, and as well for the ease of his Conscience, as the satisfaction of his People, promoted an Act, Commanding all Judges to do Justice, notwithstanding any writs, Letters or Commands from himself, and forbidding those that belonged to the King, Queen and Prince, to intermeddle in those matters* ». *Id.*, p. 355. Pour des renseignements sur l'ordonnance 20 Edw. III, ch. 1, 1346, voir, *Supra*, n° 174 et s.

⁵⁶⁹ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s. n., 1648, p. 68: « *the known Law of the Land is their rule to determine every question depending before them, (...) notwithstanding any command of the King, the Members, or any persons whatsoever* ».

(1) Charles Dallison, *The Royalist's Defence* (1648)

223. Dans le chapitre V intitulé « *Que les juges de la Cour du Banc du roi, de la Cour des Plaids Communs, et de la Cour de l'Echiquier, sont les juges du Royaume, auquel les individus sont tenus en dernier lieu, de se soumettre pour les questions de droit* »⁵⁷⁰, Dallison fait par deux fois au moins valoir le concept selon lequel le Parlement ne doit pas trancher les différends. Première manifestation, « *ni le Parlement, ni les deux Chambres réunis, ni même aucune d'elles séparément, ne peut trancher judiciairement ou de façon définitive aucun point du droit* »⁵⁷¹. Deuxième manifestation, « *(non pas les Membres) mais les juges du royaume sont ceux auxquels tous les individus doivent se soumettre pour les affaires qui intéressent le droit* »⁵⁷².

224. En sus de ces deux manifestations, le concept apparaît au moins à une autre reprise dans les travaux de Dallison. Dans le chapitre IV consacré au bien-fondé de confier le pouvoir de déterminer le droit applicable aux juges et non au parlement⁵⁷³, l'auteur écrit: « *Il apparaît que lorsque les deux Chambres ont fait d'un projet de loi une loi du Parlement, et que celle-ci a reçu la sanction royale, le Pouvoir du Parlement se termine, et qu'ensuite débute celui des Juges du Royaume, dont la tâche est (l'affaire étant été légalement portée devant eux) premièrement de déterminer si la norme est correcte et si elle est contraignante, deuxièmement de déclarer le sens des mots de la loi* »⁵⁷⁴. Par ces propos, Dallison assigne à chacun des organes que sont le Parlement, le Roi et les juges une tâche différente. Ainsi, la séparation des pouvoirs implique que le Parlement ne peut résoudre les litiges.

⁵⁷⁰ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s. n., 1648, p. 49: « *That the Judges of the Kings Bench, of the Common Pleas, and the Barons of the Exchequer, are the Judges of the Realm, unto whom the people are bound lastly and finally, to submit themselves for matter of Law* ».

⁵⁷¹ *Id.*, p. 50 : « *neither the Parliament, nor the two Houses jointly, nor either of them singly, can judicially, or finally determine any point of the Law* ».

⁵⁷² *Id.*, p. 62 : « *Hereupon, doubtless the people would have concluded, that (not the Members) the Judges of the Realm were the men, unto whom all persons were obliged to submit for matter of Law* ».

⁵⁷³ Le titre complet du chapitre est : « *That the King, the Lords House, and the Commons House concurring, have not an unlimited power to make Laws, it being in the brest of the Judges of the Realme, to determine which Acts of Parliament are binding, and which void ; and to expound the meaning of every Act. Wherein it is shewed, that by referring this unto the Judges of the Realme, the people are better secured from an arbitrary power, then by attributing it to the Parliament : therefore much more is the arrogancy of the Members to claime that unlimited authority without the King* ».

⁵⁷⁴ *Id.*, p. 48 : « *By this it appears, that when the two Houses have passed a Bill for an Act of Parliament, and to it the Kings Royall Assent is had, the Parliaments power ends, and then begins the authority of the Judges of the Realm, whose office is (the case being regularly brought before them) first to judge, whether the Act itself be good, and if binding, then to declare the meaning of the words thereof*».

225. Au demeurant, il convient encore de remarquer que d'un point de vue quantitatif, les développements qui portent sur le concept selon lequel le Parlement ne doit pas trancher les différends sont plus importants dans les écrits de Dallison que ceux relatifs au concept « le roi ne doit pas résoudre les litiges », qu'il énonce par ailleurs. Tandis que Dallison ne défend que par deux fois l'idée selon laquelle le roi ne doit pas trancher les différends, il martèle à trois reprises la facette au terme de laquelle le Parlement ne peut rendre la justice. Surtout, ainsi que nous le verrons, Dallison s'attache à produire des fondements justificatifs plus nombreux pour le troisième concept. Pour expliquer cet écart, il faut, à nouveau, rappeler que Dallison est référencé parmi les fervents royalistes. Dans le fond, il est naturel que Dallison allègue plus fermement le concept « le parlement ne doit pas rendre la justice » plutôt que le premier concept, puisqu'il prône un rétablissement des pouvoirs de la Couronne.

(2) John Lilburne, *A Defiance to Tyrants* (1648)

226. A l'instar de *The Royalist's Defence, A Defiance to Tyrants* a été écrit durant la première révolution anglaise. Son auteur, Lilburne (1615?-1657), appartient au groupe appelé les *Levellers* (les « Niveleurs » en langue française). L'appellation de *Levellers* fait référence à un groupe d'individus partisans de la liberté d'expression et d'une démocratie réelle et radicale. Dans un article consacré au mouvement, l'historien français Olivier Lutaud décrit les Niveleurs comme « *agissant soit à l'intérieur de l'armée révolutionnaire (...), soit en dehors ou en tangente (pétitions, réunions, journaux – et surtout la série d'élaborations constitutionnelles connues sous le nom d' "Agreement of the People")* »⁵⁷⁵. Il indique également que le mouvement aurait duré « *deux ans, plus les prémices et les séquelles* »⁵⁷⁶. Il précise encore que « *les Levellers réclament une première démocratie fondée surtout sur les droits naturels, la tolérance, l'égalité politique* »⁵⁷⁷. Parmi les combats des Levellers figure, aussi et pour ce qui nous intéresse, la résistance à la tyrannie du Parlement. Au soutien de cette lutte, les Levellers font valoir la théorie de la séparation des pouvoirs. Sur ce point, Gwyn explique : « *pour Lilburne et les Levellers, la doctrine de la séparation des pouvoirs*

⁵⁷⁵ O. Lutaud, « Le parti politique "Niveleur" et la première Révolution anglaise » (1^{re} partie), *Revue historique*, t. 227, Fasc. 1, 1962, p. 78.

⁵⁷⁶ *Id.*, p. 80.

⁵⁷⁷ *Id.*, p. 78.

était devenue l'une des armes idéologiques les plus puissantes pour combattre ce qu'ils considéraient comme la tyrannie parlementaire »⁵⁷⁸.

227. C'est, précisément, en défendant la théorie de la séparation des pouvoirs⁵⁷⁹ que Lilburne dégage le concept selon lequel le Parlement ne doit pas trancher les différends. Dans la postface de la seconde édition de son ouvrage *A Defiance to Tyrants*, rédigé tandis qu'il a été fait prisonnier par le Parlement pour trahison⁵⁸⁰, Lilburne explique que la fonction du Parlement consiste, entre autres, à abroger les vieilles lois et en adopter d'autres, à faire disparaître d'anciens tribunaux et en installer de nouveaux, à faire la paix et la guerre et à lever des fonds⁵⁸¹. Par contre, elle ne consiste pas à rendre la justice. La postface précise qu'« il est déshonorant et inférieur à la grandeur des législateurs, ils doivent cesser d'être les exécuteurs de la loi »⁵⁸². D'ores et déjà, il a été indiqué que le mot « exécutif » tel qu'il est employé par les auteurs n'a pas le sens que nous lui connaissons aujourd'hui et qu'il comprend, entre autres, la fonction de trancher les litiges.

228. A présent que les trois concepts présents dans les travaux de la doctrine étudiée ont été analysés, il faut approfondir les fondements esquissés par les auteurs à l'appui de ces concepts.

§2. En quête des justifications fournies au soutien des concepts embryonnaires d'indépendance de la justice

229. A l'image des premiers balbutiements conceptuels de l'indépendance, les premières justifications doctrinales de l'indépendance sont difficiles à appréhender. Seul un travail de fouille permet de reconstituer et de mettre au jour les fondements produits au soutien des trois

⁵⁷⁸ W. B. Gwyn, *The meaning of the separation of powers; an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*, New Orleans, Tulane University, 1965, p. 41.

⁵⁷⁹ Gwyn consacre de longs développements à la défense de la séparation des pouvoirs par Lilburne. *Id.*, pp. 37 et s.

⁵⁸⁰ A. Sharp, « Lilburne, John (1615?-1657) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁵⁸¹ J. Lilburne, *A defiance to tyrants Or The Araignment of two illegall committees*, Londres, s.n., 1648, p. B1 (postface) : « The Parliaments worke is to repeale old Laws and to make new ones, to pull down old courts of justice and erect new ones, to make warre and conclude peace, to raise money and see it rightly and providently disposed of (but themselves are not in the least to finger it) it being their proper work to punish those that imbezle and wast it ».

⁵⁸² *Ibidem*. « and most dishonourable it is, and below the greatness of Legislators to stoop to be executors of the Law ».

concepts. Il y a au moins deux raisons à cela : premièrement, jamais les auteurs ne présentent aucun de leurs propos comme constituant en soit des fondements de l'indépendance. Ce n'est qu'implicitement qu'ils justifient l'indépendance. Deuxièmement, lorsqu'ils fournissent des justifications, les auteurs demeurent extrêmement concis.

230. L'étude des travaux compulsés permet, toutefois, de faire ressortir de cet imbroglio sept fondements de l'indépendance de la justice : A/ La soumission au droit B/ Le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie C/ L'absence de voies de recours D/ L'absence de connaissance du droit E/ La tradition historique F/ Les problèmes d'agenda G/ La nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès. A ce stade, quatre précisions préliminaires peuvent déjà être apportées. D'abord, parmi les trois concepts d'indépendance, c'est le premier qui fait l'objet du plus grand nombre de justifications. Au moins cinq fondements (B, D, E F et G) sont utilisés pour le défendre, tandis que seul deux fondements sont employés au service du deuxième concept (A et D) et trois au soutien du troisième (C, D et E). Ensuite, un auteur peut recourir à plusieurs fondements différents au service d'un même concept. C'est le cas, par exemple, de Buchanan qui développe au moins deux justifications (B et F) pour défendre l'interdiction pour le roi de rendre la justice. Ajouté à cela, un même fondement peut être utilisé au service de deux voire des trois concepts. C'est, à titre d'illustration, le cas des justifications E et D. Tandis que la première justifie deux concepts (le roi ne doit pas trancher les différends et le parlement ne doit pas trancher les différends), la seconde est employé à l'appui des trois concepts. Enfin, toutes les justifications n'ont pas le même poids : alors que quelques unes apparaissent, d'un point de vue prescriptif, fortes, d'autres fondements se montrent faibles, car aisément attaquables. Parmi l'ensemble des justifications, il faut aussi signaler que l'une présente une singularité : elle est « inclassable », en ce qu'elle se montre d'un point de vue prescriptif tantôt forte, tantôt faible – en fonction du concept au service duquel elle est employée.

231. D'un point de vue formel, l'ordre de présentation des fondements choisi suppose d'abord, d'étudier les fondements les plus forts (A), avant de s'intéresser aux fondements les plus faibles (B), sans oublier, enfin, le fondement « inclassable » (C).

A. Les fondements forts

232. Trois fondements apparaissent forts. Il s'agit, premièrement, de la soumission au droit (1) ; deuxièmement, du rejet de l'arbitraire et de la tyrannie (2) ; troisièmement, de l'absence de voies de recours (3).

(1) La soumission au droit

233. Déjà présent dans les dispositions textuelles⁵⁸³, le fondement de la soumission au droit est affirmé plus fermement par trois auteurs comme point d'appui du deuxième concept. Tel est, d'abord, le cas chez Hunton. Précisément, si l'auteur enjoit au juge de ne pas prendre en compte les décrets privés du roi (second concept), c'est parce que « *le juge doit agir à son encontre (à l'encontre du malfaiteur) conformément au droit* »⁵⁸⁴. Hunton ajoute encore que « *le droit est la volonté publique du roi et fait autorité* »⁵⁸⁵. De la même manière, Dallison reconnaît au soutien du second concept que les juges doivent échapper aux influences en provenance de l'extérieur, dans la mesure où « *le droit en vigueur dans le pays est leur autorité pour trancher chaque litige pendant devant eux* »⁵⁸⁶. Enfin, et pour ne citer qu'un dernier exemple, Sidney fonde également le deuxième concept sur la dépendance du juge à la loi. Tout particulièrement, il parle du serment prêté par les juges « *de rendre la justice conformément aux lois, sans tenir compte des paroles, des lettres ou des ordres du roi* »⁵⁸⁷. Il évoque, en outre, l'obligation pour les magistrats d'agir « *en conformité avec une règle établie, de laquelle ils ne peuvent s'affranchir peu importe l'ordre qu'ils reçoivent* »⁵⁸⁸. Il fait,

⁵⁸³ A titre d'illustration, le serment de 1344 dispose : « *And in case any letters come to you contrary to the law, that we do nothing by such letters, but certify the King thereof, and proceed to execute the Law, notwithstanding the same letters* ». (Nous soulignons). Pour une analyse plus approfondie des termes du serment, voir : *Supra*, n° 172 et s.

⁵⁸⁴ P. Hunton, *A treatise of monarchy : containing two parts 1. Concerning monarchy in general. 2. Concerning this particular monarchy. Wherein all the main questions occurrent in both, are stated, disputed, and determined. Done by an earnest desirer of his countries peace*, Londres, s.n., 1680, p. 80 : « *the Judge must proceed against him according to Law* ».

⁵⁸⁵ *Id.*, pp. 80-81 : « *the Law is the Kings publick and authoritative Will* ». A l'opposé, - comme il a déjà été indiqué - Hunton observe qu' « *un décret privé enjoignant à agir illégalement est sa volonté privé (celle du roi) et n'a pas d'autorité* ».

⁵⁸⁶ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s. n., 1648, p. 68 : « *the known Law of the Land is their rule to determine every question depending before them* ».

⁵⁸⁷ *Id.*, p. 370 : « *the judges are sworn to do justice according to the laws, without any regard to the king's words, letters or commands* ».

⁵⁸⁸ *Ibidem* : « *they are therefore to act according to a set rule, from which they may not depart what command soever they receive* ».

enfin, valoir que le droit représente une norme supérieure au roi et aux juges eux-mêmes : les juges doivent régler les litiges non pas « *en vertu d'un pouvoir qui vient de lui [du roi], mais en vertu d'un pouvoir qui est au dessus des deux [du roi et du juge]* »⁵⁸⁹. Au demeurant, Sidney précise que si les juges transgressent leur devoir de se soumettre au droit, ils sont passibles de sanctions. Elles consistent à priver les juges « *de leurs corps, de leurs terres et de leurs biens, comme dans les cas de trahison* »⁵⁹⁰. Ayant ainsi rendu compte des peines dont les juges sont passibles, Sidney révèle encore que la responsabilité des juges n'est pas seulement théorique. En pratique, les juges sont fréquemment condamnés, dès lors qu'ils méconnaissent leur assujettissement au droit : « *Ces lois ont été si souvent et si sévèrement exécutées, qu'il revient à tous les juges de les prendre en considération* »⁵⁹¹, nous dit l'auteur.

(2) Le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie

234. Pour justifier le premier concept, Buchanan parle du risque d'abus de pouvoir par le monarque, déjà titulaire du pouvoir exécutif. Plus particulièrement, l'humaniste écossais suggère le danger que le souverain, qui tranche lui-même les litiges, utilise le droit à son propre profit, sans rechercher l'intention du législateur ou l'intérêt général. La menace d'un pouvoir arbitraire et tyrannique est décrite en ces termes : « *si vous accordez à un roi l'interprétation des lois, vous lui délivrez une telle autorisation que la loi n'a plus à exprimer l'intention du législateur ou ce qui est bon ou égal pour tous en général, mais plutôt ce qui est dans l'intérêt de l'interprète, ainsi il pourrait l'adapter dans chaque affaire pour son propre bénéfice ou avantage, comme la règle lesbienne* »⁵⁹². Sur ce point, il convient de préciser que

⁵⁸⁹ *Ibidem* : « *they do not act by a power from him, but by one that is above both* ».

⁵⁹⁰ A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, p. 355. (Réimpression de l'édition de 1698 éditée par the booksellers of London and Westminster): « *in default thereof they are to forfeit their bodies, lands and goods, as in cases of Treason* ».

⁵⁹¹ *Ibidem* : « *These Laws have bin so often, and so severely executed, that it concerns all Judges well to consider them* ». Par la suite, Sidney cite les noms de Tresilian et Empson et indique qu'ils ont été « inculpés de trahison pour avoir porté atteinte aux lois du pays et exécutés comme traitres ». *Ibidem*. Suivant l'*Oxford Dictionary of National Biography*, il n'apparaît pas que Tresilian et Empson aient été condamnés pour avoir en tant que juge méconnu leur obligation de se soumettre au droit. Dans le fond, ce sont d'autres éléments qui expliquent, au contraire, leur condamnation pour trahison. Au final, Sidney ne fournit donc pas des exemples de juges ayant été sanctionnés pour ne pas avoir respecté le serment. Il donne, plus simplement, des illustrations d'individus ayant été condamnés pour trahison. Pour des renseignements sur Tresilian, Empson et Dudley, voir : M. M. Condon, « Empson, Sir Richard (c.1450-1510) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne) ; J. L. Leland, « Tresilian, Sir Robert (d. 1388) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 ; S. J. Gunn, « Dudley, Edmund (c. 1462-1510) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁵⁹² G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, p. 44: « *When you grant the interpretation of Laws to a King, you grant him such a licence, as the law does not tell what the Lawgiver means, or what is good or equal for all in general, but what may make for the Interpreters benefit, so that he*

l'image de la règle Lesbienne est développée dans l'*Ethique à Nicomaque*. Elle renvoie à « l'idée de la règle de plomb, qui s'adapte au contour des pierres, quelque soit leur forme, afin de les mesurer »⁵⁹³. Pour ce qui est du fondement « rejet de l'arbitraire et de la tyrannie », Buchanan ajoute encore plus loin : « si nous permettons un jour cela, il serait vain d'adopter de bonnes lois (...) En fait, pour le dire plus clairement, il serait préférable de ne pas avoir de lois du tout plutôt que de leur permettre de jouir d'une liberté volée et même de l'honneur sous couvert du droit »⁵⁹⁴.

235. Dans la lignée de Buchanan, Dallison présente l'interdiction pour le roi de trancher les différends comme un rempart contre l'arbitraire et la tyrannie. Il explique que le roi-juge risque d'exercer son pouvoir de manière autoritaire : « ils [les sujets] sont soit abandonnés sans loi et gouvernement, soit assujettis à un pouvoir arbitraire »⁵⁹⁵. Au contraire, Dallison indique expressément que si les juges déterminent le droit applicable, « chacun est protégé tant dans sa personne que dans sa propriété »⁵⁹⁶.

236. Sur la justification « rejet de l'arbitraire et de la tyrannie », une dernière précision s'impose encore : de manière plus globale, l'argument s'inscrit dans la lutte pour le règne du droit⁵⁹⁷. Surtout, il fait écho aux premiers mouvements en faveur d'une division des pouvoirs. Pour ce qui concerne la division des pouvoirs, avant l'émergence d'une division en trois pouvoirs, c'est surtout une division en deux pouvoirs (pour l'essentiel, pouvoir législatif/exécutif) qui s'est imposée dans les discours⁵⁹⁸. « Il a fallu un siècle, depuis la

may bend it to all actions for his own benefit or advantage, as the Lesbian rule». Dans l'édition de 2006, voir : G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots: De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, p. 76.

⁵⁹³ V. Hayaert, *Mens Emblematica et Humanisme Juridique*, Paris, Droz, 2008, p. 252.

⁵⁹⁴ G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, p. 44: « If we shall once admit this, it will be to no purpose to make good Laws for teaching a good prince his duty; and hemme in an ill King. Yea, let me tell you more plainly, it would be better to have no Laws at all, than that freedom to steal should be tolerate, and also honoured under pretext of Law ». Dans l'édition de 2006, voir : G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots: De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, p. 76.

⁵⁹⁵ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s.n., 1648, p. A2 (Epître aux lecteurs) : « they [the subjects] are thereby either left without law and government, or else enslaved to an Arbitrary power ».

⁵⁹⁶ *Ibidem* : « Now whilst the rule is observed, everyone is protected in person and estate ». (Nous soulignons).

⁵⁹⁷ Pour de plus amples renseignements, voir : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, 739 p. ; spéc., pp. 42-43 ; pp. 333-334.

⁵⁹⁸ Cf. M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 28 : « (...) the dominant view of the division of government functions remained a twofold division (...) ».

première Révolution anglaise jusqu'au milieu du XVIIIe siècle, pour qu'une division en trois pouvoirs se consolide et remplace la précédente division en deux pouvoirs »⁵⁹⁹, explique Vile. L'absence de reconnaissance d'un pouvoir judiciaire distinct n'empêche, pourtant, pas la reconnaissance d'une justice indépendante. Sur ce point, Gwyn observe que tandis que les auteurs consacrent une division en deux pouvoirs, ils affirment dans le même temps que « *la fonction judiciaire devait être exercée indépendamment des autres organes, y compris du roi lui-même* »⁶⁰⁰. Parmi les auteurs, c'est sans doute Dallison qui fait le plus clairement le lien entre le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie et la division des pouvoirs. Il observe que lorsqu'un pouvoir trop important est placé entre les mains d'une même personne, il y a un risque d'arbitraire et de tyrannie. Pour reprendre les termes de Dallison, « *tant que la suprématie, le pouvoir de déterminer le droit applicable, et l'autorité de faire de nouvelles lois, sont confiés à plusieurs personnes, le droit en vigueur est préservé, mais réunis [dans les mains d'une seule personne], le droit disparaît de suite, et un pouvoir arbitraire et tyrannique est introduit* »⁶⁰¹. Finalement, la distribution des pouvoirs apparaît donc comme l'une des protections les plus sûres contre un gouvernement arbitraire et tyrannique.

(3) L'absence de voies de recours

237. C'est au service de l'un de ses combats essentiels – l'interdiction de l'exercice de la justice par le Parlement (troisième concept) – que Dallison emploie l'argument « absence de voies de recours ». Tenant pour acquis que le Parlement est le juge d'appel, l'auteur fait allusion à l'organe législatif dans sa fonction *de juge de première instance*. Il suggère que le Parlement, qui a déjà condamné une partie en première instance, n'est pas susceptible d'infirmer son jugement initial en appel. A partir de là, l'individu est, de fait, privé d'un recours en appel valable, dans le cas où le Parlement résout les litiges (en première instance). Pour expliciter son propos, Dallison évoque, d'abord, la situation concrète d'un individu reconnu coupable par le Parlement en première instance : « *par exemple, les Membres*

⁵⁹⁹ M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 30 : « *It took a century, from the English Civil War until the mid eighteenth century, for a threefold division to emerge fully and to take over from the earlier twofold division* ».

⁶⁰⁰ W. B. Gwyn, *op. cit.*, p. 5 : « *This does not mean, however, that (...) they did not insist that the judicial function be carried on independently of those other officials including the king himself* ». V. aussi en ce sens: M. J. C. Vile, *op. cit.*, p. 28.

⁶⁰¹ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s. n., 1648, p. 80 : « *Now whilst the Supremacy, the Power to judge the Law, and authority to make new Laws, are kept in several hands, the Known Law is preserved, but united, it is vanished, instantly thereupon, and Arbitrary and Tyrannical power is introduced* ».

condamnent un individu à mort, ils confisquent sa propriété pour leur propre usage, et (sans appel) ont le pouvoir de déterminer le droit applicable »⁶⁰². Il poursuit, ensuite, en indiquant que cet individu ne peut espérer une révision en appel de la décision prise : « *Il est vain pour cette personne condamnée (bien qu'innocente) de faire valoir son innocence, ou de contester le droit, auprès de ceux qu'ils l'ont condamnée* »⁶⁰³. Il précise surtout que si le Parlement juge en première instance les litiges, le mécanisme d'appel fait défaut : « *il n'y a personne d'autre auprès de qui faire appel* »⁶⁰⁴. Finalement, Dallison estime donc que l'indépendance de la justice exige un double degré de juridiction. En l'absence de voies de recours, le Parlement peut en première instance juger comme il l'entend, car il n'y a, de toute façon, aucun mécanisme de contrôle en dehors de celui qu'il pourrait lui-même fournir : « *Nos excellentes lois sont détruites par eux [les membres du Parlement], et engendrent leur propre pouvoir arbitraire* »⁶⁰⁵, indique Dallison.

238. Le raisonnement tenu par Dallison peut être rapproché de celui de Lilburne. De la même façon que le royaliste, Lilburne fait seulement référence au Parlement dans sa capacité de juge de première instance. Comme pour Dallison, c'est uniquement en tant que juridiction du premier degré – et non en tant que juridiction de second degré – que l'exercice de la justice par le Parlement est problématique. A nouveau, c'est l'absence de voies de recours qui justifie que le Parlement ne peut pas trancher les différends. Dans la postface de la seconde édition de son ouvrage, Lilburne explique que dans les cas où le Parlement est juge de première instance, l'individu n'a pas de voies de recours : « *s'ils [les membres du Parlement] me font du tort, je suis dépouillé d'un remède, et n'ai nulle part où pouvoir faire appel* »⁶⁰⁶.

239. En dehors de la postface de son livre, Lilburne réitère la même analyse à l'occasion de son propre procès le 28 mars 1649 devant le *Council of State*, qui est le bras exécutif du Parlement : il n'existe pas de voies de recours, lorsque l'organe législatif juge en première instance. Il dit : « *Si le Parlement devait rendre la justice, il pourrait commettre des injustices manifestes, et la dispenser mal, et ainsi les individus seraient privés de leur avantage d'appel*

⁶⁰² *Id.*, p. 80 : « *For example, the Members condemne a Subject to die, they confiscate his estate to their own use, and (without appeal) have power to Judge the Law thereupon* ».

⁶⁰³ *Ibidem* : « *It were fruitless for that condemned person (although guiltless) to urge his innocency of the Fact, or to dispute the Law upon that Fact, with them who have condemned him* ».

⁶⁰⁴ *Ibidem* : « *there is none else to appeal unto* ».

⁶⁰⁵ *Ibidem* : « *Our excellent Laws are by them destroyed, and turned into their own arbitrary power* ».

⁶⁰⁶ J. Lilburne, *A defiance to tyrants Or The Araignment of two illegall committees*, Londres, s.n., 1648, p. B1 (postface) : « *for if they doe me injustice I am rob'd and deprived of my remedy, and my appeale it being no where to be* ».

*qui est prévu et extraordinaire ; car dans ces cas, ils devraient s'adresser au Parlement contre lui-même ou contre une partie de lui-même »*⁶⁰⁷. Le plaidoyer de Lilburne s'achève par cette question rhétorique : « *peut-on jamais imaginer qu'ils [les membres du Parlement] se condamneront eux mêmes, ou se puniront eux mêmes ?* »⁶⁰⁸.

B. Les fondements faibles

240. Trois fondements se montrent faibles. Il s'agit de l'absence de connaissance du droit (1), de la tradition historique (2) et des problèmes d'agenda (3).

(1) L'absence de connaissance du droit

241. Implicitement, le fondement est déjà allégué par Fortescue. Dans son dialogue, l'auteur explique que si le roi ne doit jamais trancher les différends (premier concept), c'est parce qu'il « *rendr[a] mieux les jugements grâce à d'autres que par [lui] -même* »⁶⁰⁹. Par là, Fortescue soutient probablement que les juges sont en meilleure position de rendre la justice, car, à la différence du roi, ils ont étudié le droit dans ses détails.

242. De manière plus explicite, l'argument est aussi utilisé par Sidney pour interdire les interférences des personnes extérieures dans le cadre de l'activité juridictionnelle du juge (second concept). D'entrée, l'auteur indique que les juges doivent être choisis « *pour leur intégrité et leur connaissance du droit* »⁶¹⁰ et qu'« *il ne saurait être imaginé que le roi trahirait la confiance en choisissant des juges qui ne sont pas intègres et ne connaissent pas les lois* »⁶¹¹. Il souligne également que « *nombreux rois ont tous les défauts d'âge et de personne qui rendent les hommes pour la plus grande partie incapables et inaptes à prononcer aucune condamnation* »⁶¹². Par la suite, Sidney poursuit encore sa démonstration

⁶⁰⁷ Cité par W. B. Gwyn, *op. cit.*, p. 42 : « *If a Parliament should execute the Law they might doe palpable injustice, and male administer it, and so the people would be rob'd of their intended and extraordinary benefit of appeales ; for in such cases they must appeale to Parliament either against it self, or part of itself* ».

⁶⁰⁸ *Ibidem*. « *and can it ever be imagined they will ever condemme themselves, or punish themselves?* ».

⁶⁰⁹ J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 23 : « *you will render judgements better through others than by yourself* ».

⁶¹⁰ A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, p. 370. (Réimpression de l'édition de 1698 éditée par the booksellers of London and Westminster): « *for their integrity and knowledge in the law* ».

⁶¹¹ *Ibidem* : « *it ought not to be imagined that the King will break his trust by chusing such as are not so* ».

⁶¹² *Id.*, p. 372 : « *many kings have all the defects of age and person that render men most unable and unfit to give any sentence* ».

en recourant à une métaphore. Il compare la personne qui désire influencer le juge dans son activité juridictionnelle à un aveugle, tandis que les juges sont les voyants, qui ont les meilleurs yeux. Pour reprendre les termes de Sidney, « *mais que celui qui peut être un enfant, vieux, ou encore ignorant et incapable puisse donner des ordres aux juges est tout aussi absurde que pour un aveugle d'être le guide de ceux qui ont les meilleurs yeux* »⁶¹³. Au final, Sidney estime que lorsque le juge se préoccupe des pressions en provenance des « ennemis de l'indépendance » qui n'ont pas étudié les lois, c'est « *odieux d'après le sens du droit* »⁶¹⁴.

243. La justification est enfin employée par Dallison pour s'opposer à l'exercice de la justice par le parlement (troisième concept). L'auteur indique que si l'organe législatif ne doit pas résoudre les litiges, c'est notamment parce que « *ni les membres de la Chambre des Lords, ni de la Chambre des Communes ne sont qualifiés pour être les juges du droit ; ils ne disposent ni conjointement ni séparément d'une mission pour cela* »⁶¹⁵.

244. Utilisée au service de trois concepts par trois auteurs, la première justification se montre comme un fondement central dans les discours des auteurs. Une appréciation globale de son poids conduit, pourtant, à estimer que l'argument souffre d'une faiblesse essentielle et pourrait être renversé assez aisément. Il suffirait que le roi, le parlement ou de manière plus générale les « ennemis de l'indépendance » apprennent le droit, pour qu'ils puissent trancher les litiges (premier et troisième concept d'indépendance) ou influencer le juge (deuxième concept d'indépendance).

(2) La tradition historique

245. C'est, d'abord dans l'ordre chronologique, Fortescue qui invoque la tradition historique. Pour refuser l'exercice de la justice par le roi (premier concept), le juge fait valoir l'autorité

⁶¹³ A. Sidney, *op. cit.*, p. 370 : « *But that he who may be a child, over aged, or otherwise ignorant and incapable, should instruct the judges, is equally absurd, as for a blind man to be a guide to those who have the best eyes* ».

⁶¹⁴ *Ibidem* : « *abhorrent from the meaning of the law* ».

⁶¹⁵ C. Dallison, *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s. n., 1648, p. 56 : « *neither the Members of the Lords house, nor of the Commons house are qualified to be judges of the Law, nor have they either jointly, or severally Commission for that purpose* ».

du passé : « *aucun des rois d'Angleterre n'est connu pour prononcer les jugements de ses propres lèvres* »⁶¹⁶.

246. C'est, ensuite, Lilburne qui allègue la même justification. En vue de s'opposer à l'exercice de la justice par le Parlement (troisième concept), le démocrate affirme au cours de son procès devant le *Council of State* : « *Le Parlement n'a jamais (ni maintenant, ni par le passé) été chargé d'un pouvoir d'exécution des lois, mais seulement d'un pouvoir de faire les lois* »⁶¹⁷.

247. A priori, la référence à la tradition historique permet de défendre fermement les premier et troisième concept. Utilisée sous les apparences d'une proposition scientifique, la tradition valorise la représentation d'une continuité dans le temps. Permettre au roi (premier concept) ou au parlement (troisième concept) de trancher les différends serait, dès lors, une rupture du statu quo. Dans les faits, la tradition évoquée par Fortescue et Lilburne n'est, pourtant, pas conforme avec la tradition pratiquée. Pour le dire plus concrètement, les deux auteurs ont recours à une tradition fallacieuse, dès lors qu'ils allèguent que le Roi ou le Parlement n'ont jamais résolu les litiges. Contrairement aux affirmations, les organes exécutif⁶¹⁸ et législatif⁶¹⁹ ont, par le passé, rendu voire rendent toujours la justice, au moment où Fortescue et Lilburne écrivent. Tel qu'employé par les deux auteurs, l'argument de la tradition historique comme justification peut donc, finalement, apparaître, d'un point de vue prescriptif, faible.

(3) Les problèmes d'agenda

248. Pour épauler le premier concept, Buchanan rend compte des nombreuses tâches que le roi doit accomplir. Selon l'humaniste écossais, il résulte de l'importante quantité des obligations royales un emploi du temps surchargé, qui ne permet pas au souverain de se consacrer à la justice : « *Si un roi devait entendre les affaires privés de chacun de ses sujets, quand aurait-il le temps de s'occuper de la paix et de la guerre, et de ses affaires qui*

⁶¹⁶J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 23 : « *none of the kings of England is seen to give judgement by his own lips* ».

⁶¹⁷ Cité par W. B. Gwyn, *op. cit.*, p. 42 : « *Parliament "was never (neither now, nor in any age before) betruisted with a law executing power, but only with a law-making power"(...)* ».

⁶¹⁸ V. sur ce point : *Supra*, n° 117 et s.

⁶¹⁹ V. sur ce point : *Supra*, n° 98 et s.

maintiennent et préservent la sécurité du commonwealth ? »⁶²⁰. Davantage, Buchanan ajoute que si le roi doit, en sus de ses devoirs, trancher les différends, il n'aura plus de temps pour se reposer⁶²¹.

249. Au soutien du même concept, Sidney reproduit plus ou moins une justification identique. Il fait ressortir des difficultés organisationnelles d'emploi du temps. Il constate qu'il est, en pratique, impossible pour le roi d'être présent dans l'ensemble des tribunaux, car ils « *siègent en même temps (...), dans des lieux différents éloignés les uns des autres* »⁶²².

250. D'un point de vue général, un examen – même superficiel – du fondement « problèmes d'agenda » conduit à constater qu'il peut être assez facilement réfuté. Pour pouvoir exercer la justice, le roi pourrait, par exemple, déléguer certaines de ces obligations. En outre, une planification effective du temps de travail pourrait permettre au souverain de trancher un maximum de différends, à défaut de pouvoir les trancher tous.

C. Le fondement « inclassable » : la nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès

251. Si deux auteurs – Camden et Hooker - font valoir la justification dont il est question pour interdire au roi de trancher les différends (premier concept), ils se différencient nettement en ce que le premier utilise le fondement au service d'une prohibition *limitée* de l'exercice de la justice par le souverain, tandis que le second y recourt au soutien d'une prohibition *totale*. Tandis que tel qu'employé par Camden la justification se révèle, d'un point prescriptif, forte, tel qu'employé par Hooker elle se montre, *a contrario*, faible.

252. Dans son ouvrage, Camden constate que la nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès implique que le roi ne peut prononcer de jugement dans les situations

⁶²⁰G. Buchanan, *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., 1680, p. 33 : « *if a King would needs be at the private causes of each subject, when shall he have time to think upon peace & war, and those affaires which maintain and preserve the safety of the commonwealth?* ». Dans l'édition de 2006, voir : G. Buchanan, *op. cit.*, p. 66.

⁶²¹*Ibidem* : « *And lastly when shall he get leave to rest?* ». Dans l'édition de 2006, voir: G. Buchanan, *op. cit.*, p. 66.

⁶²²A. Sidney, *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press, 1979, p. 372. (Réimpression de l'édition de 1698 éditée par the booksellers of London and Westminster): « *there being many Courts sitting at the same time of equal Authority, in several places distant from each other ; impossible for the King to be present in all* ».

particulières, où il est une partie au litige. Pour mémoire, l'historien indique : « *Il doit être observé que le règlement des affaires dans lesquelles le roi est une partie, bien qu'il relève de son autorité et que ses lieutenants en décident, cependant il [le roi] ne pourrait pas le faire par lui-même* »⁶²³. D'entrée, ce raisonnement apparaît très cohérent. Plus particulièrement, le fondement utilisé par Camden pour justifier l'interdiction pour le roi de rendre la justice dans les cas spécifiques, où il est une partie au procès, apparaît logique.

253. A l'inverse, le même fondement, tel qu'employé par Hooker pour prohiber l'exercice de la justice par le monarque *dans tous les cas*, apparaît fragile. Pour rappel, Hooker explique : « *dans le cas de félonie ou de trahison, ceux qui possèdent la connaissance des lois de ce royaume soutiennent qu'il est bon que le roi confie son autorité à un autre pour trancher le litige entre lui et le contrevenant ; le roi étant ici lui-même une partie, il n'est pas apte pour personnellement rendre un jugement. Et ainsi même lorsque le litige est de nature civile, la personne du roi peut, pour des considérations justes, être malgré tout interdite d'occuper le trône du jugement, d'autres sous son autorité sont aptes, [tandis qu'] il est inapte à rendre le jugement* »⁶²⁴. En déduisant de la nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès, non seulement que le souverain ne doit pas trancher les litiges *dans lesquels il est partie* (deuxième partie du raisonnement), mais de manière plus générale, que le monarque ne peut trancher *aucun* litige (troisième partie du raisonnement)⁶²⁵, Hooker rompt le lien logique. Précisément, si l'impératif d'une tierce personne justifie que le roi ne doit pas trancher les différends *dans des cas particuliers*, il ne permet pas de s'opposer *de manière absolue* à l'exercice de la justice par le souverain. Pour soutenir plus fermement son propos, l'auteur aurait dû (mais le pouvait-il ?) ajouter une autre justification susceptible de créer le lien entre la deuxième et la troisième partie de son raisonnement. Sans l'ajout de ce fondement, sa démonstration se montre – contrairement à celle de Camden – dépourvue de base solide. Utilisé par Hooker, l'argument « nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès » apparaît, d'un point de vue prescriptif, faible.

⁶²³ Fussner (ed.) « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, Vol. 101, n° 2, Avril 1957, p. 213 (note n° 33).

⁶²⁴ R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, p. 214. (Nous soulignons).

⁶²⁵ Dans les développements antérieurs, le raisonnement de Hooker a déjà été décomposé en trois temps. Voir *Supra*, n° 204.

254. Rencontré dans six ouvrages, le principal concept « le roi ne doit pas trancher les différends » admet cinq justifications – le rejet de l’arbitraire et de la tyrannie, l’absence de connaissance du droit, la tradition historique, les problèmes d’agenda, la nécessité d’une troisième partie distincte des parties au procès – parmi lesquelles une seule (le rejet de l’arbitraire et de la tyrannie) est absolument inattaquable. Pour ce qui est de la nécessité d’une troisième partie distincte des parties au procès, elle présente la particularité de ne justifier efficacement le premier concept *que* dans sa dimension « le roi ne doit pas trancher les différends *dans des cas particuliers* ». A l’inverse, à l’instar des trois autres justifications, ce fondement est, d’un point de vue prescriptif, faible, lorsqu’il est utilisé au soutien du concept selon lequel « le roi ne doit trancher les différends *dans aucun cas* ». Présent dans cinq travaux, le second concept « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » est justifié par deux fondements – la soumission au droit et l’absence de connaissance des lois – dont seule la première est totalement irréfutable. A l’image des deux premiers concepts, le troisième concept, qui se manifeste chez deux auteurs, souffre aussi de justifications faibles. Parmi ses trois justifications, seule une ne peut être contestée : tandis que « l’absence de connaissance des lois » et « la tradition historique » sont des fondements normativement faibles, « l’absence de voies de recours » est un fondement, d’un point de vue prescriptif, fort.

Section 3 : Les premières formulations de l’idée d’indépendance dans les discours des juges

255. Avant 1701, quelques juges s’érigent en défenseur de l’indépendance de la justice. C’est le constat dressé tant par William Holdsworth que par John Baker. Tandis que le premier indique : « *bien que les juges étaient peu disposés à s’immiscer dans des affaires de nature politique, ils ne se sont pas dérobés pour défendre l’indépendance et la majesté de la loi* »⁶²⁶, le second explique : « *les year-books [livres dans lesquels sont retranscrites les affaires judiciaires tranchées par les tribunaux anglais] montrent souvent que les juges se prononcent contre la Couronne, et un esprit d’indépendance générale est revendiqué* »⁶²⁷.

256. Parmi les précurseurs de la défense de l’indépendance de la justice, figure, à n’en pas douter, Sir Edward Coke. Edward Foss fait valoir que Coke « *s’est affranchi de toute*

⁶²⁶ W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. II, 3 éd., Londres, Methuen, 1923, p. 561.

⁶²⁷ J. H. Baker, *An introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 166.

apparence d'asservissement »⁶²⁸. Davantage, Ann Lyon le présente comme un avant-gardiste en matière d'indépendance⁶²⁹. Véritable héros de l'indépendance de la justice, Coke a contribué à accélérer le foisonnement intellectuel autour de l'indépendance en fixant au cours d'affaires célèbres les premiers sens de l'indépendance de la justice. Sir Henri Brooke, qui est l'ancien vice-président de la Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles en matière civile, dit de Coke qu'il a permis que les juges ne soient plus les lions sous le trône (« *an unlionlike posture* »)⁶³⁰. Si Coke soutient l'indépendance de la justice dans de nombreuses affaires, il n'est, en réalité, pas un exemple si singulier. D'autres juges, abstraction faite de Coke, ont affirmé l'indépendance. Au titre des juges qui ont défendu l'indépendance avant Coke, il y a, ainsi et par exemple, William Huse. Pour ceux qui ont défendu l'indépendance après Coke, il y a, à titre d'illustration, Thomas Jones ou Mathew Hale.

257. En soutenant l'indépendance de la justice, les juges sauvegardent leurs intérêts personnels. En effet, ils sont les premiers destinataires de l'indépendance de la justice. En même temps, lorsqu'ils défendent l'indépendance, les juges prennent également part au foisonnement intellectuel autour de l'indépendance. Ils participent à l'esquisse des premières conceptualisations sur l'indépendance.

258. L'examen des premières formulations de l'idée d'indépendance dans les discours des juges est complexe. Trois difficultés ont, en particulier, été rencontrées : la première est liée à la pauvreté des sources. A notre connaissance, aucun ouvrage ou article ne fait un état des lieux des affaires dans lesquelles les juges affirment et définissent l'indépendance avant 1701. C'est donc, fortuitement, en consultant principalement des biographies de juges, des ouvrages d'histoire du droit ou de droit constitutionnel ou des anciens rapports (*Reports*) rédigés par des juges que les affaires dans lesquelles les juges appréhendent les concepts originels de l'indépendance ont été mises au jour. Le second problème est relatif à la véracité des récits rapportés. En effet, il est relativement fréquent qu'un ou plusieurs auteurs émettent des doutes

⁶²⁸ E. Foss, *The Judges of England: with sketches of their lives and, miscellaneous notices connected with the courts at Westminster from the conquest to the present time*, vol. VI, Londres, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1857, p. 114.

⁶²⁹ « *His views on the importance of a judiciary independent from the Crown were in advance of his time and were not shared by the majority of his fellow judges* ». A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 200.

⁶³⁰ H. Brooke, « *Judicial independence – Its history in England and Wales* », in H. Cunningham, *Fragile bastion : judicial independence in the nineties and beyond*, Sydney, Judicial Commission of New South Wales, 1997, p. 96.

sur l'authenticité des paroles prononcées par un juge à l'occasion d'une affaire. Tel est, par exemple, le cas pour les propos tenus par Thomas Jones en 1686. Dans l'article consacré à Thomas Jones dans l'*Oxford Dictionary of National Biography*, D. E. C. Yale estime que la réponse qu'aurait fournie le Président de la Cour des plaids au roi est sujette à caution⁶³¹. La dernière difficulté concerne le manque de détails de certaines affaires. D'une manière générale, à l'exception des affaires dans lesquelles Coke est impliqué⁶³², les histoires relatées sont relativement courtes et contiennent peu de précisions. A titre d'illustration, aucune date exacte n'a été trouvée pour les deux affaires dans lesquelles Mathew Hale énonce l'idée de l'indépendance des juges vis-à-vis des parties au procès⁶³³. Parfois, pour les récits rapportés, le nom des juges n'est pas connu. Celui qui rapporte l'histoire se contente, sans plus de précision, d'évoquer « des juges », qui soutiennent l'indépendance de la justice. C'est, notamment, le cas pour l'affaire Throgmorton de 1557⁶³⁴.

259. En dépit des difficultés intrinsèques à cette recherche, l'analyse entreprise a pour ambition de présenter un premier exposé des appréhensions par les juges de l'indépendance de la justice avant l'adoption de l'*Act of Settlement*. Sans prétendre à l'exhaustivité, il s'agit donc d'essayer de rendre compte, au moyen d'une synthèse générale, de la manière dont les juges affirment, énoncent et justifient l'idée d'indépendance. A cette fin, l'étude de l'indépendance de la justice dans les discours des juges implique, tout d'abord, d'identifier et d'analyser les premières conceptualisations de l'indépendance de la justice (§1). Il faut, ensuite, s'intéresser aux justifications fournies à l'appui de ces concepts (§2).

§1. A la recherche des premières traces de conceptualisations en matière d'indépendance de la justice dans les discours des juges

260. A l'image des premières appréhensions *doctrinales* de l'indépendance de la justice, les premiers balbutiements de l'indépendance *dans les discours des juges* ne sont pas des

⁶³¹ D. E. C. Yale, « Jones, Sir Thomas (1614-1692) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Pour de plus amples renseignements sur l'affaire de 1686 dans laquelle Thomas Jones soutient l'indépendance des juges, voir : *Infra*, n° 274-275.

⁶³² Si le récit des affaires dans lesquelles Coke est impliqué est plus précis, c'est surtout parce Coke a rapporté ces histoires dans les *Rapports* qu'il a lui-même rédigés. Des informations sur les affaires dans lesquelles Coke est juge peuvent également être trouvées dans les travaux de Francis Bacon – qui a notamment exercé les fonctions de procureur général (*Attorney General*) sous le règne de Jacques Ier – ou dans les *Rapports* du Président de la Cour des plaids communs Hobart.

⁶³³ Pour de plus amples renseignements sur les deux affaires dans lesquelles Mathew Hale soutient l'indépendance des juges, voir : *Infra*, n° 279.

⁶³⁴ Pour de plus amples renseignements sur l'affaire Throgmorton de 1557, voir : *Infra*, n° 266.

définitions longues, complexes ou sophistiquées. Davantage, les premières traces de conceptualisations se montrent comme des « bricolages » modestes. A l'instar des auteurs, les juges n'emploient jamais le mot *independence*. De cela, il découle que pour saisir les premiers concepts de l'indépendance de la justice dans les discours des juges, il faut, à nouveau, les « extirper » de l'imbroglie dans lequel ils se trouvent⁶³⁵.

261. Dans les faits, l'analyse approfondie des premières facettes de l'indépendance chez les juges permet de révéler au moins deux concepts généraux. Le premier s'articule autour de l'idée selon laquelle « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (concept I A (1) dans la typologie). Déjà présent – en deuxième position chez les auteurs –, ce concept est central chez les juges : il est martelé par cinq auteurs dans huit affaires différentes (A). L'autre concept prévoit que « le roi ne doit pas trancher les différends » (concept II A (1) a dans la typologie). Tandis qu'il est le premier concept chez les auteurs, il est le second chez les juges. Il est énoncé par Coke et se manifeste dans une seule affaire (B).

A. Premier concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »

262. Lorsque les juges énoncent ce concept, ils visent, essentiellement, deux « ennemis » de l'indépendance. Il s'agit, d'abord et avant tout, du roi (1). Il s'agit, ensuite, des parties au procès (2).

(1) Premier « ennemi » : le roi

263. A titre principal, trois juges affirment la prohibition des pressions royales. Dans l'ordre chronologique, ces juges sont William Huse (a), Edward Coke (c) et Thomas Jones (d). Entre Huse et Coke, quelques juges – dont les noms sont ignorés – vont également affirmer l'indépendance des juges vis-à-vis du roi à l'occasion de l'affaire Throgmorton de 1557 (b).

⁶³⁵ En ce sens et pour plus de précisions, voir, déjà, les remarques préliminaires faites lors de la recherche des premières traces de conceptualisations *doctrinales* en matière d'indépendance : *Supra*, n° 185.

a. William Huse (?-1495)⁶³⁶

264. La biographie de William Huse est relativement connue grâce notamment aux informations fournies par Norman Doe dans son article consacré à Huse dans l'*Oxford Dictionary of National Biography*. L'historien le présente comme « un juge influent et à l'esprit indépendant »⁶³⁷. C'est, en 1481, que William Huse est nommé président de la Cour du banc du roi.

265. L'affaire dans laquelle Huse saisit l'un des concepts de l'indépendance de la justice est l'affaire *Stafford* de 1486. Elle nous est, par exemple, rapportée par John Baker dans son *Introduction to English Legal History*. Elle concerne la question des opinions extra-judiciaires⁶³⁸. Précisément, il apparaît que Huse indique au monarque Henri VII, qui souhaite un avis avant le procès, que l'affaire « se présentera dans le cadre d'une instance juridictionnelle devant la Cour du banc du roi, et ensuite ils [les juges] feront ce que de droit il est approprié qu'ils fassent »⁶³⁹. Par la suite, une formule très similaire est reprise par Coke à l'occasion de l'affaire des *Commendes*⁶⁴⁰.

b. L'affaire Throgmorton (1557)

266. Pour rappel, seul le nom de l'affaire est, en l'espèce, établie. *A contrario*, le nom des juges, qui se sont érigés contre les instructions royales, n'est pas connu. A nouveau, la présente affaire est rapportée par John Baker. C'est dans le volume six de l'*Oxford History of the laws of England* qu'il raconte l'affaire *Throgmorton*. L'historien de Cambridge fonde son récit sur les *Rapports* de Christopher Yelverton, juge à la Cour du Banc du roi de 1443 à 1471⁶⁴¹. Ces *Rapports* nous apprennent que les juges refusent de céder aux pressions en provenance de la reine Marie (1553-1558). Ce faisant, ils appréhendent donc aussi le premier

⁶³⁶ L'*Oxford Dictionary of National Biography* n'indique pas la date de naissance de William Huse. Huse peut également s'orthographier Hussey. N. Doe, « Hussey, Sir William (d. 1495) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press. (Disponible en ligne).

⁶³⁷ N. Doe, « Hussey, Sir William (d. 1495) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press. (Disponible en ligne).

⁶³⁸ La question des opinions extra-judiciaires a déjà été étudiée. Voir : *Supra*, n° 135 et s.

⁶³⁹ « it would come before the King's Bench judicially, and then they would do what by right they ought to do ». J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p.167.

⁶⁴⁰ Voir: *Infra*, n° 269 et s.

⁶⁴¹ Pour de plus amples renseignements sur Sir Christopher Yelverton, v. : D. Ibbetson, « Yelverton, Sir Christopher (1536/7-1612) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004. (Disponible en ligne). A titre de remarque, il convient de préciser que les *Reports* de Christopher Yelverton ne doivent pas être confondus avec ceux beaucoup plus connus de son fils Henri Yelverton.

concept. Les termes des *Rapports* de Christopher Yelverton sont les suivants : « *M Gerrarde, qui est maintenant procureur auprès de la reine, et était conseiller auprès de M Throgmorton mais n'a pas plaidé, m'a récemment expliqué dans son cabinet que la Reine Marie avait envoyé sa bague et un cadeau aux juges afin qu'ils se prononcent dans l'affaire en sa faveur, mais ils ne le firent pas, dans la mesure où le droit était contre la reine* »⁶⁴².

c. Edward Coke (1552-1634)

267. Edward Coke est Président de la Cour des plaids communs de 1606 à 1613, puis Président de la Cour du banc du roi de 1613 à 1616, date à laquelle il est démis par le roi Jacques Ier de ses fonctions. C'est, à titre principal, à l'occasion de deux affaires qu'Edward Coke énonce le concept selon lequel le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du souverain.

268. La première affaire est l'affaire *Peacham* de 1614⁶⁴³. Elle a déjà été étudiée dans le cadre de l'analyse des opinions extra-judiciaires⁶⁴⁴. Pour rappel, dans cette affaire, sur les recommandations de Bacon, le monarque Jacques Ier sollicite l'avis séparé des juges sur le cas d'Edmund Peacham avant le déroulement de son procès. A titre incident, l'affaire peut également illustrer la défense par Coke du concept selon lequel le souverain ne doit pas interférer dans l'exercice de l'activité juridictionnelle. En effet, il est possible de considérer qu'en requérant l'opinion individuelle des juges sur la culpabilité d'Edmund Peacham, le roi désire s'assurer de la condamnation du pasteur lors de l'instance juridictionnelle. Pour le dire autrement, le monarque entend influencer l'issue du procès au moyen des opinions extra-juridictionnelles séparées. En admettant que cette présomption soit retenue, alors l'objection de Coke selon laquelle « *les juges n'ont pas à fournir des opinions de manière fractionnée,*

⁶⁴² « *Mr Gerrarde, now the queen's attorney, who was of counsel with Mr Throgmorton but did not argue, recently told me in his chamber that Queen Mary sent her ring and token to the justices to give judgement in the case for her, but they would not, inasmuch as the law was against the queen* ». Cité par J. H. Baker, *The Oxford History of the laws of England*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 419.

⁶⁴³ Voir chap. IV, in J. Spedding, *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 90 et s. (Le volume XII des *travaux de Francis Bacon* est également référencée sous le volume V des *Lettres et de la vie de Francis Bacon*) ; S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, pp. 272-283 ; H. Hallam, *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, vol. I, Londres, J. Murray, 1827, pp. 369-370 ; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 270 ; G. Hewart, *The new despotism*, Londres, Benn, 1929, pp. 110-111 ; S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords: The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 136-137. Pour des renseignements sur l'affaire Peacham en langue française, voir notamment : J. Beauté, *Sir Edward Coke 1552-1634 : Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1975, pp. 104-105.

⁶⁴⁴ Voir : *Supra*, n° 140.

mais en conformité au vote sur lequel ils s'entendent lors d'une consultation; et que cette prise d'opinions orales individuelles est nouvelle et dangereuse »⁶⁴⁵ peut être interprétée à un double titre : non seulement elle révèle la résistance de Coke aux opinions extra-judiciaires séparées, mais elle montre encore que le Président de la Cour du banc du roi s'oppose aux empiètements du roi dans l'exercice de la fonction juridictionnelle.

269. Plus explicitement que dans l'affaire *Peacham*, c'est à l'occasion de l'affaire des *Commendes*⁶⁴⁶ que Coke appréhende le premier concept. L'affaire des *Commendes* est encore référencée sous le titre d'affaire *Colt and Clover* du nom des deux requérants à l'initiative de la procédure judiciaire engagée à l'encontre de Richard Neile, évêque de Lichfield et de Coventry. Les deux demandeurs contestent, devant la Cour de l'Echiquier, le bénéfice donné en commende (*in commendam*) par le roi Jacques Ier à l'évêque. La commende désigne une autorisation spéciale du roi permettant à l'ecclésiastique de recevoir, de manière temporaire, les revenus d'un évêché, sans devoir s'occuper de sa gestion ou devoir y résider. Indirectement, c'est donc la prérogative royale de donner des bénéfices ecclésiastiques en commende qui est mise en cause. En raison de la sensibilité de la question, l'affaire est renvoyée devant les douze juges des trois cours de la common law réunies. Informé qu'une affaire le concernant est pendante devant les Cours de la common law, le souverain Jacques Ier requiert, par l'intermédiaire de son *Attorney-General*, Bacon, l'interruption des procédures en cours. En pratique, Bacon produit, par conséquent, un *writ*, appelé *de non procedendo rege inconsulto*. Il écrit, en outre, à chacun des douze juges, le 26 avril 1616, pour leur enjoindre d'ajourner leur audience, jusqu'à ce qu'ils aient parlé au roi. A

⁶⁴⁵ « *Judges were not to give opinions by fractions, but entirely according to the vote whereupon they should settle upon conference; and that this auricular taking of opinions, single and apart, was new and dangerous* ». Les propos de Coke sont reproduits dans une des lettres adressées par Francis Bacon à Jacques I à l'occasion de cette affaire. « Lettre de Francis Bacon à Jacques I en date du 31 janvier 1614 », in J. Spedding, *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 107. (Le volume XII des travaux de Francis Bacon est également référencé sous le volume V des Lettres et de la vie de Francis Bacon).

⁶⁴⁶ H. Hobart, *The reports of that reverend and learned judge, the Right Honourable Sir Henry Hobart Knight and baronet, Lord Chief Justice of His Majesty's Court of Common Pleas*, Londres, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1724, pp. 140-165 (Pour information, Hobart est le Président de la Cour des plaids communs en 1616) ; J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 356-371 (Le volume XII des travaux de Francis Bacon est également référencé sous le volume V des Lettres et de la vie de Francis Bacon). (Les pages citées sont un rapport circonstancié produit par Bacon et adressé au roi sur l'affaire) ; H. Hallam, *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, vol. I, Londres, J. Murray, 1827, pp. 373-375 ; S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, pp. 13-19 ; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 270-271 ; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, pp. 439-440 ; G. Hewart, *The New despotism*, Londres, Benn, 1929, pp. 111-112 ; S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords: The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 135-136.

partir de là, débute une succession d'échanges écrits, puis oraux entre le monarque et les juges, qui donne l'opportunité à Coke d'évoquer à plusieurs occasions l'un des concepts de l'indépendance.

270. Précisément, en réponse aux lettres individuelles envoyées par Bacon, les juges – vraisemblablement sous l'influence de Coke – fournissent une réponse collective⁶⁴⁷, qui fait office de « véritable plaidoyer en faveur de l'indépendance de la justice »⁶⁴⁸. Le 27 avril, ils écrivent au roi, d'abord : « *Nous considérons comme notre devoir de rappeler à sa Majesté que notre serment est le suivant : qu'au cas où nous recevons des lettres contraires au droit, nous devons ignorer de pareilles lettres et certifier au roi que nous procéderons à l'exécution du droit, sans prendre en considération ces lettres* »⁶⁴⁹. Ils ajoutent, ensuite, que d'un commun accord, ils estiment la lettre de l'*Attorney-General* contraire au droit⁶⁵⁰. Enfin, ils concluent en indiquant qu'ils ne la prendront pas en compte⁶⁵¹ et statueront sur l'affaire. Cette lettre des juges donne lieu à une réponse du roi lui-même⁶⁵². Depuis Newmarket où il se trouve en visite, il explique, par écrit, aux juges que s'il n'a jamais eu l'intention d'interférer dans aucune affaire relative aux intérêts privés, il ne peut, *a contrario*, se priver d'intervenir dans une affaire, dans laquelle la prérogative royale est atteinte⁶⁵³. A nouveau, il ordonne aux juges de suspendre les procédures, tant qu'il ne leur aura pas directement fait connaître ses volontés. Pour reprendre les termes de Jacques Ier, « *notre volonté est, par conséquent, en tant que nous sommes chef et fontaine de justice (...) que vous vous absteniez de continuer à vous ingérer dans le litige jusqu'à notre retour en ville* »⁶⁵⁴. Le souverain précise encore que les juges « *doivent entendre de notre propre bouche notre bon plaisir dans cette affaire* »⁶⁵⁵.

⁶⁴⁷ La lettre est reproduite dans son intégralité dans : J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 359-360.

⁶⁴⁸ J. Beauté, *Sir Edward Coke 1552-1634 : Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1975, p. 102.

⁶⁴⁹ « *We hold it our duties to inform your Majesty, that our oath is in these express words : That in case any letters come unto us contrary to law, that we do nothing by such letters but certify your Majesty thereof, and go forth to do the law, notwithstanding the same letters* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 360.

⁶⁵⁰ « *We have advisedly considered of the said letter of Mr. Attorney, and with one consent do hold the same to be contrary to law* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 360.

⁶⁵¹ La formule exacte est « *we could not yield to the same by our oath* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 360.

⁶⁵² La lettre est reproduite dans son intégralité dans : J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 361-363.

⁶⁵³ « *We are therefore to inform you hereby, that we are far from crossing or delaying any thing which may belong to the interest of any private parties in this case; But we cannot be contented to suffer the prerogative royal of our crown to be wounded through the sides of a private person* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 361.

⁶⁵⁴ « *Our pleasure therefore is, who are the head and fountain of justice under God in our dominions, and we out of our absolute power and authority royal do command you, that you forbear to meddle any further in this plea*

271. Au retour du séjour du roi, le 6 juin, les douze juges sont convoqués devant le Conseil Privé en présence du roi. A cette occasion, le monarque réitère les arguments développés dans sa lettre et réfute la démonstration des juges⁶⁵⁶. Face au roi, plutôt que de continuer à résister, les juges tombent à genoux et demandent pardon pour leur erreur. A l'instar des onze autres juges, Coke sollicite également le pardon du souverain⁶⁵⁷. Toutefois, à la différence de ses pairs, il défend également la substance de la lettre, en maintenant que l'ajournement est contraire au droit et à leur serment et que l'affaire concerne des intérêts privés et non la prérogative royale⁶⁵⁸.

272. Au cours de la même réunion, devant l'entêtement de Coke, une question est encore posée aux juges, de manière individuelle, afin de s'assurer de leur soumission à l'avenir. Il leur est demandé « *si, à un quelconque moment, dans une affaire dans laquelle les juges doivent statuer* » ils acceptent de suspendre la procédure et de sursoir à statuer, dès lors que « *sa Majesté considère que l'affaire la concerne dans son pouvoir ou dans ses ressources et a besoin de consulter les juges* »⁶⁵⁹. A la question, onze des juges déclarent qu'ils agiront, si un tel cas se présente, conformément aux désirs du roi. Le Président de la Cour des plaids communs, Henri Hobart, ajoute même qu'« *il ferait toujours confiance à la justesse des ordres donnés par sa Majesté* »⁶⁶⁰. Pourtant, à nouveau, Coke s'écarte des réponses fournies par les autres juges. Contrairement à ses pairs, il déclare que dans de telles circonstances, « *il ferait ce qu'il est approprié qu'un juge fasse* »⁶⁶¹.

till our coming to town ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 362.

⁶⁵⁵ « *that out of our own mouth you may hear our pleasure in this business* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 362.

⁶⁵⁶ J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 363-365.

⁶⁵⁷ « *After this his Majesty's declaration, all the Judges fell down upon their knees, and acknowledged their error for matter of form, humbly craving his Majesty's gracious favour and pardon for the same* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 365.

⁶⁵⁸ Pour ce qui concerne les arguments de Coke, Bacon rapporte les éléments suivants : « *The Lord Chief Justice of the King's Bench entered into a defence thereof ; the effect whereof was, that the stay required by his Majesty was a delay of justice, and therefore contrary to law and the Judge's oath ; and that the Judges knew well amongst themselves, that the case (as they meant to handle it) did not concern his Majesty's prerogative of grant of Commendams ; (...)* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 365.

⁶⁵⁹ « *whether if, at any time, in a case depending before the judges, which His Majesty conceived it to concern him either in power or profit, and thereupon required to consult with them, and that they should stay proceedings in the meantime, they ought not to stay accordingly ?* ». La question est reproduite dans : J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 367.

⁶⁶⁰ « *he would ever trust the justness of his Majesty's commandment* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 368.

⁶⁶¹ « *when that case should be, he would do that should be fit for a judge to do* ». J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, p. 367.

273. En définitive, conformément aux souhaits du roi, l'affaire des *Commendes* – si elle accueille la demande de Colt et Glover – est résolue sans que la prérogative royale ne soit atteinte. Par-delà l'issue de l'affaire qui est accessoire, il faut, surtout, retenir les réponses que Coke fournit au roi lorsque le souverain essaie d'empiéter sur l'exercice de l'activité juridictionnelle en cours. A *trois* reprises – d'abord, lorsqu'il rédige la lettre collective ; ensuite, lorsqu'il défend son contenu devant le roi ; enfin, lorsqu'il refuse de se lier pour l'avenir aux exigences du monarque – le Président de la Cour du banc du roi met au jour le concept au terme duquel le juge doit faire fi des interférences du pouvoir exécutif sur son activité juridictionnelle. De fait, par cette affaire, Coke s'est imposé comme un ambassadeur de l'indépendance de la justice.

d. Thomas Jones (1614-1692)⁶⁶²

274. Thomas Jones est nommé juge à la Cour du banc du roi en 1676, puis promu président de la Cour des plaids communs en 1683⁶⁶³. Bien que décrit comme « *un loyaliste acquis à la Couronne* »⁶⁶⁴, il fait également figure de précurseur dans la défense de l'indépendance de la justice face du souverain. Roger North le présente comme « *un juge vénérable et éminent, un homme bien élevé (un gentleman) et impartial* »⁶⁶⁵, tandis que beaucoup plus tard, D. E. C. Yale fait valoir que « *de toute évidence, sur la question essentielle des dispenses, il n'a pas eu peur d'affirmer ses principes (his judicial conscience)* »⁶⁶⁶.

275. S'agissant du concept qui nous intéresse, il se manifeste à la suite des injonctions de Jacques II (1685-1688), qui désire obliger les juges à reconnaître la validité du pouvoir royal d'écarter l'application de dispositions législatives. Face aux instructions, Jones déclare en 1686 : « *Je ne me soucie que peu de ma charge. Je suis vieux et las d'être au service de la couronne. Mais j'ai honte en constatant que sa Majesté me croit capable de fournir une décision que seul un homme ignorant ou malhonnête peut donner* »⁶⁶⁷. En réponse, le roi

⁶⁶² Pour de plus amples renseignements biographiques sur Thomas Jones, v. par exemple : D. E. C. Yale, « Jones, Sir Thomas (1614-1692) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁶⁶³ *Ibidem*.

⁶⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁶⁵ R. North, *Examen : or, an enquiry into the credit and veracity of a pretended complete history*, Londres, Imprimé pour Fletcher Gyles, 1740, p. 563.

⁶⁶⁶ D. E. C. Yale, « Jones, Sir Thomas (1614-1692) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁶⁶⁷ « *For my place I care little. I am old and worn out in the service of the Crown : but I am mortified to find your Majesty thinks me capable of giving a judgement which none but an ignorant or a dishonest man could*

explique à Jones : « *je suis déterminé à disposer de douze juges qui seront de mon avis en ce qui concerne l'affaire* »⁶⁶⁸. A cela, Jones objecte que « *sa Majesté peut trouver douze juges de son avis, mais certainement pas douze hommes ayant la connaissance du droit* »⁶⁶⁹. D'ores et déjà, il a été signalé que D. E. C. Yale émet des réserves sur l'authenticité de la dernière réplique de Jones. Il a également été indiqué que la résistance de Jones aux pressions royales conduit Jacques II à le destituer de sa charge de Président de la Cour des plaids communs⁶⁷⁰.

(2) Deuxième « ennemi » : les parties

276. Mathew Hale (a) et William Huse (b) sont deux juges qui ont soutenu que l'activité juridictionnelle doit être exercée sans influence en provenance des parties.

a. Mathew Hale (1609-1676)⁶⁷¹

277. En 1654, Mathew Hale est nommé juge à Cour des plaids communs par Olivier Cromwell. Il est promu, en 1660, Président de la Cour de l'échiquier, puis en 1671, Président de la Cour du banc du roi par Charles II⁶⁷². Dans son article consacré à Mathew Hale dans l'*Oxford Dictionary of National Biography*, Alan Cromartie dit de Hale qu'« *il a laissé l'image dans la mémoire nationale d'un juriste vertueux et d'un juge incorruptible* »⁶⁷³. Cette image repose tant sur les règles de conduite rédigées par Hale que sur l'application concrète de ces règles lors de sa carrière.

278. Pour ce qui concerne les règles écrites par Hale, elles ont pour dessein de guider les juges dans l'exercice de leur mission juridictionnelle. Parmi les dix-huit règles, il faut, en particulier et pour ce qui nous intéresse dans l'espèce, faire mention des règles onze et seize. Les deux règles font référence au concept au terme duquel le juge doit faire fi des influences

give ». Cité dans R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, pp. 3-4. Egalement cité dans D. E. C. Yale, « Jones, Sir Thomas (1614-1692) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁶⁶⁸ « *I am determined to have twelve judges who will be all of my mind as to this matter* ». Cité dans R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 4.

⁶⁶⁹ « *Your Majesty may find twelve judges of your mind, but hardly twelve lawyers* ». Cité dans R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 4.

⁶⁷⁰ V. *Supra*, n° 158.

⁶⁷¹ Pour de plus amples renseignements biographiques sur Mathew Hale, v. par exemple : A. Cromartie, « Hale, Sir Mathew (1609-1676) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004. Hale peut encore s'orthographier Hales.

⁶⁷² *Ibidem*.

⁶⁷³ *Ibidem*.

en provenance des parties. La première prévoit que « *les acclamations populaires ou de la cour, ou la répulsion, ne doivent avoir aucune influence sur la manière dont je rends la justice* »⁶⁷⁴, tandis que la seconde indique que le juge doit « *avoir en horreur toutes les sollicitations individuelles, de toute nature et de quiconque* »⁶⁷⁵.

279. Pour ce qui est de la mise en pratique des règles rédigées, le biographe de Hale, Gilbert Burnet, fournit deux illustrations dans son ouvrage intitulé *The Life and Death of Sir Mathew Hale*. A chaque fois, Hale dégage le concept qui nous intéresse. Pour autant, peu de détails précis sont rapportés. Ainsi, aucune source n'est, par exemple, citée par Gilbert Burnet. Aucune date n'est également donnée. La première affaire implique un duc qui essaie d'entrer en contact avec Hale, pour selon ses termes, aider le juge à comprendre l'affaire dans laquelle il est partie⁶⁷⁶. Face à cette démarche, il semble que Hale aurait expliqué qu'il ne reçoit des renseignements sur les affaires qu'en audience publique en présence des deux parties⁶⁷⁷. Dans la seconde affaire, Hale reçoit en cadeau de l'une des parties un chevreuil. Après avoir vérifié à l'audience l'identité de celui qui lui a donné le présent⁶⁷⁸, Hale indique qu'il ne peut statuer sur l'affaire, tant qu'il n'a pas payé le chevreuil⁶⁷⁹. A cela, le plaideur aurait répondu qu'il ne vend jamais son chevreuil, et qu'il « *n'a rien fait de plus pour lui que ce qu'il a fait habituellement pour tous les juges qui prennent part à ce circuit* »⁶⁸⁰.

⁶⁷⁴ « *That popular or court applause, or distaste, have no influence into any thing I do in point of distribution of justice* ». Cité par G. Burnet, *The Life and Death of Sir Matthew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 43. V. aussi : J. Hostettler, *Champions of the Rule of Law*, Hook, Hampshire, Waterside Press, 2011, p. 53.

⁶⁷⁵ « *To abhor all private soliciations, of what kind soever and by whomsoever, in matters depending* ». Cité par G. Burnet, *The Life and Death of Sir Matthew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 43. V. aussi : J. Hostettler, *Champions of the Rule of Law*, Hook, Hampshire, Waterside Press, 2011, p. 53.

⁶⁷⁶ « *that having suit in law to be tried before him, he (the Duke) was then to acquaint him with it, that he might the besser understand it, when it should come to be heard in Court* ». Cité par G. Burnet, *The Life and Death of Sir Mathew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 44.

⁶⁷⁷ « *He [Hale] never received any information of causes but in open Court, where both Parties were to be head alike* ». G. Burnet, *The Life and Death of Sir Mathew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 44 ; V. aussi : J. B. Williams, *Memoirs of the life, character, and writings of Sir Mathew Hale*, Londres, Jackson and Walford, 1835, pp. 101-102 ; J. Hostettler, *Champions of the Rule of Law*, Hook, Hampshire, Waterside Press, 2011, pp. 53-54.

⁶⁷⁸ « *He (Hale) asked if he was not the same person who had sent him venison* ». Cité par G. Burnet, *The Life and Death of Sir Mathew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 45.

⁶⁷⁹ « *He (Hale) told him, he could not suffer the trial to go on, till he had paid him for his buck* ». Cité par G. Burnet, *The Life and Death of Sir Mathew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 45.

⁶⁸⁰ « *He (the litigant) never sold his venison, and that he had done anything to him, which he did not to every Judge that had gone that circuit* ». G. Burnet, *The Life and Death of Sir Mathew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 45 ; V. aussi : J. B. Williams, *Memoirs of the life, character, and writings of Sir Mathew Hale*, Londres, Jackson and Walford, p. 102 ; J. Hostettler, *Champions of the Rule of Law*, Hook, Hampshire, Waterside Press, 2011, p. 54.

b. William Huse

280. Le nom de William Huse a déjà été cité. Dans les faits, au cours de sa carrière, non seulement Huse s'oppose aux interférences du monarque⁶⁸¹, mais en plus, il refuse les pressions des parties sur son activité juridictionnelle. C'est, plus particulièrement, à l'occasion de l'affaire *Wingfield* de 1481 que le président de la Cour du banc du roi fait valoir le premier concept. Quelques précisions sont fournies par John Baker. Dans le volume six de l'*Oxford History of the laws of England*, John Baker révèle que Thomas Brandon essaie d'infléchir le juge en lui rappelant les services qu'il a pu rendre à la couronne. Surtout, il explique que Huse fustige, au cours de l'audience, ce comportement⁶⁸².

B. Deuxième concept : « Le roi ne doit pas trancher les différends »

281. Le second concept est notamment formulé par Coke à l'occasion de l'affaire *Prohibition Del Roy* de 1607⁶⁸³. D'une manière générale, l'affaire *Prohibition Del Roy* est relative à la définition et aux limites de la sphère de compétence des juridictions ecclésiastiques par rapport aux cours de la common law: tandis que les premières revendiquent une sphère de compétence élargie, les secondes essaient de limiter la fréquence des litiges que les cours ecclésiastiques peuvent trancher. En pratique, les juges de la common law sont parvenus à restreindre la sphère de compétence des cours ecclésiastiques grâce à l'utilisation d'un *writ*, appelé *writ de prohibition*. En vertu de ce *writ*, les cours ecclésiastiques doivent interrompre le procès en cours devant elles, jusqu'à ce qu'elles aient prouvé aux juges de la common law que le litige relève effectivement de leur compétence.

282. Dès 1605, l'archevêque Bancroft se plaint au roi Jacques Ier de l'usage excessif par les juges de la common law des *writs de prohibition*. En 1607, le litige impliquant l'avocat Fuller lui donne l'occasion de réitérer ses griefs. Surtout, espérant que le souverain prenne parti pour les juridictions ecclésiastiques, Bancroft réclame que ce différend opposant les cours

⁶⁸¹ Dans l'affaire *Stafford* de 1486, Huse énonce le concept selon lequel le juge doit faire fi des influences en provenance du monarque sur son activité juridictionnelle. V. *Supra* dans cette section, n° 265.

⁶⁸² Cité par J. H. Baker, *The Oxford History of the laws of England*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2003, p. 413.

⁶⁸³ E. Coke, *Reports*, partie XII, pp. 63-65 ; W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. V, 1ère éd., Londres, Methuen, 1924, pp. 429-431 ; S. R. Gardiner, *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, pp. 35-39 ; W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longsmans, 1887, pp. 72-75 ; F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, pp. 268-269.

ecclésiastiques aux cours de la common law soit tranché par le roi. Au soutien de son argumentation, Bancroft rappelle que « *les juges sont les délégués du roi* »⁶⁸⁴ et que par conséquent, le monarque a la faculté de soustraire, à tout moment, une affaire de la compétence des cours de la common law et de la déterminer par lui-même⁶⁸⁵. L'archevêque ajoute encore que « *ceci était évident dans la divinité, qu'un pareil pouvoir revient au roi par la volonté de Dieu transmise dans les Ecritures* »⁶⁸⁶.

283. Le raisonnement de Bancroft conduit Coke à intervenir. C'est, à cette occasion, qu'il formule le second concept. Soutenu par l'ensemble des juges, le président de la Cour du banc du roi affirme « *le roi ne peut par lui-même trancher un litige, qu'il soit de nature criminel, comme la trahison ou le crime, etc, ou entre des parties, qui concerne sa succession, ses biens ou ses marchandises, etc. Ces litiges doivent être déterminés et tranchés par des cours de justice conformément au droit et coutumes de l'Angleterre* »⁶⁸⁷.

284. A présent que les deux concepts sur l'indépendance formulés par les juges ont été étudiés, il faut examiner les fondements esquissés par les juges à l'appui de ces concepts.

§2. En quête des justifications fournies au soutien des concepts embryonnaires d'indépendance de la justice

285. D'emblée, les justifications de l'indépendance présentes dans les discours des juges apparaissent encore plus délicates à saisir que celles qui sont dans les discours des auteurs⁶⁸⁸. En comparaison, le nombre de justifications découvertes dans les discours des juges est moins important que le nombre de justifications doctrinales trouvées. La principale raison à cela a déjà été évoquée. Les discours des juges relatifs à l'indépendance sont des propos rapportés dans des écrits. Ils manquent de précisions. De fait, il est probable que l'ensemble des paroles

⁶⁸⁴ « *and that the Judges are but the delegates of the king* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 63.

⁶⁸⁵ « *and that the King may take what causes he shall please to determine, from the determination of the judges, and may determine them himself* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 63.

⁶⁸⁶ « *this was clear in Divinity, that such authority belongs to the King by the word of God in the Scripture* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 63.

⁶⁸⁷ « *The King in his own person cannot adjudge any case, either criminal, as treason, felony, etc or between party and party, concerning his inheritance, chattels, or goods, etc, but this ought to be determined and adjudged in some court of justice, according to the law and custom of England* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 64.

⁶⁸⁸ V. déjà les difficultés mises en avant pour la mise au jour des justifications doctrinales de l'indépendance : *Supra*, n° 229.

d'un juge – et en particulier, les fondements justificatifs qu'il utilise pour épauler un concept – n'est parfois pas été reproduit dans les ouvrages, articles ou anciens rapports consultés.

286. L'étude des discours des juges permet toutefois de faire ressortir quatre fondements de l'idée d'indépendance : A/ L'absence de voies de recours B/ L'absence d'impartialité C/ L'absence de connaissance du droit D/ La tradition historique. A ce stade, quatre constats peuvent déjà être dressés : premièrement, la grande majorité des justifications présentes dans les discours des juges apparaît aussi dans les travaux doctrinaux, à l'exception du fondement B. Deuxièmement, parmi les deux concepts, c'est le deuxième qui fait l'objet du plus grand nombre de justifications. Trois des fondements (A, C et D) sont utilisés pour le défendre, tandis qu'un seul fondement (B) est employé au service du premier concept. Troisièmement, presque toutes les justifications peut être découvertes dans une seule affaire : il s'agit de l'affaire *Prohibition Del Roy*. A elle seule, cette affaire – dans laquelle se manifeste le second concept – réunit trois des quatre fondements (A, C et D). Par conséquent, c'est donc Coke qui fournit l'essentiel des justifications de l'indépendance. Quatrième et dernière observation : d'un point de vue prescriptif, toutes les justifications ne semblent pas avoir pas avoir le même poids. Tandis que certains arguments apparaissent forts, d'autres, au contraire, se montrent plus faibles et peuvent être critiqués.

287. Dans nos développements, ce seront les justifications normativement les plus fortes (A) qui seront étudiées avant les justifications normativement les plus faibles (B).

A. Les fondements forts

288. Parmi les quatre fondements, deux apparaissent, d'un point de vue prescriptif, forts. Il s'agit des arguments « absence de voies de recours » (1) et « absence d'impartialité » (2).

(1) L'absence de voies de recours

289. Dans l'affaire *Prohibition Del Roy* de 1607, la justification est utilisée par Coke pour interdire au roi de trancher les différends (deuxième concept). C'est sous forme d'interrogation rhétorique très succincte que le fondement est formulé par le Président de la

Cour des plaids communs. Les termes de la question sont les suivants : « *Parce que si le roi tranche la litige, de quel recours la partie dispose t-elle ?* »⁶⁸⁹.

(2) L'absence d'impartialité

290. L'absence d'impartialité est un fondement auxquels les auteurs ne font pas allusion. Il est suggéré implicitement par le juge Matthew Hale. Dans son échange avec le plaideur qui lui a fait cadeau d'un chevreuil, le juge explique que s'il doit faire fi des influences en provenance des parties aux procès (premier concept), c'est parce que ces influences – qui prennent, en l'espèce, la forme d'un présent – « *perverti[sse]t les formes du jugement* »⁶⁹⁰. Il ajoute, en plus, qu'il a appris cela du roi Salomon⁶⁹¹.

B. Les fondements faibles

291. Parmi les quatre fondements, deux apparaissent, d'un point de vue prescriptif, faibles : Ce sont les arguments « absence de connaissance du droit » (1) et « tradition historique » (2). Ils ont, déjà, été étudiés, lorsque les justifications doctrinales de l'indépendance ont été examinées⁶⁹². Pour rappel, la justification « absence de connaissance du droit » est, d'un point de vue prescriptif, faible, car il suffit que le roi apprenne le droit pour qu'il puisse trancher les litiges. La justification « tradition historique » est également faible, dans la mesure où la tradition historique évoquée ne correspond pas à la tradition pratiquée. Pour le dire plus simplement, la tradition mise en avant est mystique.

(1) L'absence de connaissance du droit

292. Dans l'affaire *Prohibition Del Roy*, non seulement Coke fonde le deuxième concept sur l'absence de voies de recours, mais en plus il a recours à la justification de l'absence de connaissance du droit par le roi. Plus particulièrement, le fondement en question est développé par le Président de la Cour des plaids communs en réponse aux arguments de Jacques Ier. Dans son dialogue avec Coke, le roi affirme, en effet, qu'il se considère capable

⁶⁸⁹ « *for if the King give any judgement, what remedy can the party have ?* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 64.

⁶⁹⁰ « *a Gift perverth the ways of Judgment* ». G. Burnet, *The Life and Death of Sir Matthew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, p. 45.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

⁶⁹² Voir *Supra*, n° 241 et s.

de trancher les différends. Au soutien de son propos, il fait valoir qu'à l'instar des juges, il est doté de raison. Il indique que « *le droit était fondé sur la raison et que lui comme d'autres possède la raison tout autant que les juges* »⁶⁹³. La réplique de Coke est structurée en deux temps. D'abord, le juge admet qu' « *il est vrai que Dieu a doté sa Majesté d'un savoir excellent et de dons uniques de la nature* »⁶⁹⁴. Toutefois, il ajoute ensuite – et c'est à cette occasion qu'apparaît la justification – que « *sa Majesté n'a pas été instruit dans les lois du royaume de l'Angleterre et que les affaires qui relèvent de la vie, de la succession, des biens ou de la fortune de ses sujets ne doivent pas être tranchées en vertu de la raison naturelle mais conformément à la raison artificielle et au droit; et que le droit est un art qui requiert de longues études et de l'expérience avant qu'un homme puisse en atteindre la connaissance* »⁶⁹⁵. Le dialogue s'achève par la citation par Coke de Bracton « *quod Rex non debet esse sub homine sed sub deo et lege* »⁶⁹⁶. Autrement dit, le roi n'est inférieur à aucun homme, mais à Dieu et au droit.

293. Sur ce point et à titre de remarque, il convient de faire connaître l'interprétation – à la fois très intéressante et atypique – d'Anthony Bradley, Professeur émérite de l'Université d'Edimbourg et co-auteur du manuel *Constitutional and Administrative Law*⁶⁹⁷. Il estime qu'en indiquant que « *sa Majesté n'a pas été instruit dans les lois du royaume de l'Angleterre* », Coke pourrait avoir suggérer que Jacques Ier n'a pas la connaissance de la common law *anglaise*⁶⁹⁸. Il faut, en effet, se souvenir que Jacques Ier a été roi d'Ecosse, avant d'être également roi d'Angleterre et d'Irlande. Or, il semble que le roi écossais délivre, à l'époque, fréquemment la justice par lui-même. De fait, en revendiquant le droit de trancher les litiges, Jacques Ier pourrait avoir cherché à reproduire une pratique écossaise. Pour ces raisons, Anthony Bradley considère, en définitive, qu'il est probable que Coke se serait exprimé différemment, si le roi Jacques Ier n'avait pas, au préalable, été roi d'Ecosse.

⁶⁹³ « *Then the King said, that he thought the law was founded upon reason, and that he and others had reason as well as the judges* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 65.

⁶⁹⁴ « *true it was, that God had endowed his Majesty with excellent science, and great endowments of nature* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 65.

⁶⁹⁵ « *His Majesty was not learned in the laws of his realm of England, and causes which concern the life, or inheritance, or goods, or fortunes of his subjects, they are not to be decided by natural reason, but by the artificial reason and judgement of law, which law is an act which requires long study and experience, before that a man can attain to the cognizance of it* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 65.

⁶⁹⁶ E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 65.

⁶⁹⁷ Ces éléments de réflexion n'ont jamais été couchés par écrit par Anthony Bradley, mais sont le résultat d'un entretien avec le Professeur à la *Bodleian Law Library* d'Oxford le 2 août 2011.

⁶⁹⁸ De la même manière qu'Anthony Bradley, Robert Stevens constate que « *tandis que Jacques était heureux de prendre le contrôle d'un pays anglican, il n'avait pas les compétences nécessaires (...)* ». R. Stevens, *The English judges: their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, pp. 1-2.

(2) La tradition historique

294. En plus des arguments « absence de voies et de recours » et « absence de connaissance du droit », Coke emploie dans l'affaire *Prohibition Del Roy* une dernière justification pour refuser l'exercice de la justice par le roi (deuxième concept). A tort, il affirme « *qu'aucun roi après la Conquête n'a lui pris lui-même en charge la fonction de trancher les différends dans aucune affaire quelles qu'elles soient, qui concerne l'administration de la justice dans ce royaume, mais que celles-ci sont solennellement tranchées par les cours de justice* »⁶⁹⁹.

295. Rencontré dans huit affaires différentes, le principal concept « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » admet une justification – l'absence d'impartialité –, qui se caractérise par sa solidité d'un point de vue prescriptif. Présent dans une affaire, le second concept « le roi ne doit pas trancher les différends » est justifié par trois fondements – l'absence de voies de recours, l'absence de connaissance des lois et la tradition historique – dont seule la première est totalement irréfutable.

⁶⁹⁹ « *no King after the Conquest assumed to himself to give any Judgment in any cause whatsoever, which concerned the administration of justice within this realm, but these were solely determined in the Courts of Justice* ». E. Coke, *Reports*, partie XII, p. 64.

Conclusion du Chapitre 2

296. L'analyse des premières formulations de l'idée d'indépendance dans les textes, les discours de la doctrine et des juges avant 1701 a permis de prendre la mesure tant de la richesse des sens que recouvre déjà l'indépendance de la justice que de la profusion de ses fondements justificatifs. Parmi l'ensemble des concepts d'indépendance de la justice découverts – 1) Le roi ne doit pas trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie) 2) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du roi, des parties, voire même du parlement (concept I A (1) dans la typologie) 3) Le Parlement ne doit pas trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie) –, ce sont, en particulier les définitions une et deux qui se dégagent dans la période antérieure à l'adoption de l'*Act of Settlement*. En comparaison, le concept trois se fait jour plus rarement avant 1701. Pour ce qui est des justifications de l'indépendance, huit ont, au total, été appréhendées. Il s'agit de : 1) L'absence de connaissance du droit 2) La tradition historique 3) L'absence de voies de recours 4) Le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie 5) La soumission au droit 6) La nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès 7) L'absence d'impartialité 8) Les problèmes d'agenda. Les trois premiers fondements sont les principaux, dans la mesure où ils apparaissent tant dans le discours des auteurs que dans le discours des juges.

En 1701 est adopté l'*Act of Settlement*. Régulièrement identifié comme le symbole de l'indépendance de la justice anglaise, il représente, *a priori*, un véritable tournant en matière d'indépendance.

Chapitre 3 : L'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement (1701) : une mise en perspective critique du droit positif et des discours doctrinaux

297. D'emblée, il peut sembler surprenant que l'Angleterre, pays de droit non écrit, ait consacré textuellement en 1701 dans l'Acte d'Etablissement l'inamovibilité⁷⁰⁰. A propos de la tradition de droit non écrit de l'Angleterre, le constitutionnaliste Ivor Jennings explique que « *si une constitution consiste en des institutions et non pas en le papier qui les décrits, alors la Constitution britannique n'a pas été produite mais s'est développée – et il n'y a pas de papier* »⁷⁰¹. En réalité, l'assise textuelle de l'inamovibilité n'est pas si étonnante. Dans son ouvrage *The Growth of the English constitution from the earliest times*, Edward Augustus Freeman reconnaît qu'en réponse à l'arbitraire royal, la place du droit écrit a progressé en Angleterre : « *A partir du XVIIe siècle les choses ont à cet égard beaucoup changé : (...) une longue série de mesures législatives se sont imposées comme des jalons du progrès politique (...)* »⁷⁰². De fait, la protection textuelle de l'inamovibilité en 1701 s'inscrit donc dans un mouvement plus global consistant à compter du XVIIe siècle à consacrer dans le droit écrit les droits et les libertés des individus. A l'image de l'*Act of Settlement*, d'autres grands textes qui fondent la tradition politico-constitutionnelle anglaise sont adoptés au cours de la même période. A titre d'illustration, il suffit de citer l'*Habeas Corpus* de 1679 ou le *Bill of Rights* de 1689.

298. Adopté par le Parlement au cours de l'été 1701, le paragraphe sept de l'article trois du chapitre deux de l'Acte d'Etablissement qui nous intéresse plus particulièrement prévoit : « *Les juges sont nommés quamdiu se bene gesserint [tant qu'ils se comportent dignement], et leurs rémunérations sont assurées et établies ; mais sur la demande des deux Chambres du Parlement, ils pourront être démis de leurs fonctions* » (« *That (...) Judges' commissions be made quamdiu se bene gesserint [during good behaviour], and their salaries ascertained and*

⁷⁰⁰ Olivier Pluen en fait déjà la remarque dans sa thèse de doctorat consacrée à l'inamovibilité des juges. Ses développements sur l'*Act of Settlement* s'inscrivent dans un paragraphe intitulé « Une garantie de droit reconnue dans les pays de droit non écrit ». O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, (s. n.), 2011, pp. 669 et s. Disponible en ligne : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/0c5bec53-71c8-4569-91b3-3f5e0f4e0143> (consulté le 24/11/15).

⁷⁰¹ « *If a constitution consists of institutions and not of the paper that describes them, the British Constitution has not been made but has grown – and there is no paper* ». I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 8.

⁷⁰² « *Since the seventeenth century things have in this respect greatly altered : (...) a long succession of legislative enactments stand out as landmarks of political progress* ». E. A. Freeman, *The Growth of the English constitution from the earliest times*, 3e éd., Londres, Macmillan, 1876, p. 112.

established; but upon the address of both Houses of Parliament it may be lawful to remove them »)⁷⁰³. Des termes du texte de la loi de 1701, il résulte que par « inamovibilité » au sens du droit anglais, il faut ainsi entendre la titularisation du juge à vie sous la condition qu'il se comporte bien⁷⁰⁴. A compter de sa nomination, le juge a l'assurance de conserver son siège. Il ne peut être démis que dans le cas de mauvaise conduite au moyen d'une demande formelle des deux chambres du Parlement britannique à la Couronne, qui n'est, du reste, pas liée par cette demande⁷⁰⁵. La mauvaise conduite inclut, précise Alpheus Todd, « *premièrement, l'exercice impropre des fonctions judiciaires ; deuxièmement, le manquement volontaire aux devoirs, ou l'absentéisme ; et troisièmement, une condamnation pour une infraction grave (...)* »⁷⁰⁶. Dès à présent, il convient de remarquer que si l'inamovibilité anglaise signifie la protection contre les destitutions arbitraires, elle ne renvoie pas explicitement, à la différence, par exemple, du droit allemand⁷⁰⁷, à l'interdiction des déplacements ou des rétrogradations. La raison en est que ces mesures arbitraires ont peu de sens dans un système de droit où la magistrature n'est pas une magistrature de carrière. John Bell explique qu'après avoir embrassé une carrière d'avocat, « *être un juge de la High Court constitue déjà en soit un accomplissement* »⁷⁰⁸. Dans l'Acte d'Etablissement, l'inamovibilité consiste donc, avant toute chose, à préserver le juge contre la destitution ou la révocation. Au-delà de l'inamovibilité, la lecture littérale du texte du paragraphe sept de l'article trois du chapitre deux de l'Acte d'Etablissement oblige aussi à constater qu'un autre élément est encore consacré : il s'agit de la rémunération des juges. En des termes très généraux, la garantie de la rémunération implique que le juge doit recevoir un traitement, à compter de son investiture et pendant la durée de ses fonctions. « *Une fois nommé, le juge a droit à une rémunération aussi longtemps*

⁷⁰³ 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3, par. 7, Act of Settlement 1701. V. pour quelques informations: S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on trial: the independence and accountability of the English judiciary*, 2e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 29-31.

⁷⁰⁴ A. Todd, *On parliamentary government in England: its origin, development, and practical operation*, vol. II, 1e éd., Londres, Longsmans, 1869, p. 727 ; W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longsmans, 1887, p. 83.

⁷⁰⁵ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longsmans, 1887, p. 84.

⁷⁰⁶ A. Todd, *On parliamentary government in England: its origin, development, and practical operation*, vol. II, 1e éd., Londres, Longsmans, 1869, p. 727.

⁷⁰⁷ Cf. art. 97 para. 2 de la Loi Fondamentale de 1949. De plus amples renseignements sur l'inamovibilité en droit allemand seront fournis dans la partie consacrée à l'Allemagne.

⁷⁰⁸ J. Bell, *Judiciaries within Europe : A comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 298. Pour une remise en cause de l'idée selon laquelle la magistrature anglaise n'est pas une magistrature de carrière, voir toutefois les développements de Robert Stevens. Selon lui, le mythe selon lequel il n'y a pas de carrière judiciaire en Angleterre s'est progressivement effondré à compter des années soixante. R. Stevens, *The Independence of the Judiciary : The view from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 169.

qu'il est en fonction, c'est-à-dire en fait, pour la vie tant qu'il se comporte bien »⁷⁰⁹, indique William Lederman.

299. Entre la question de l'inamovibilité et celle de la rémunération, c'est la première qui retient indubitablement le plus l'attention de la littérature. Au contraire, le problème de la rémunération des juges a fait l'objet d'un nombre relativement restreint d'études en profondeur⁷¹⁰. Pour reprendre les termes de Robert Stevens, « curieusement, il y a eu peu de travaux fondamentaux sur la séparation des pouvoirs et le sens de l'indépendance dans ce contexte [celui de la rémunération des juges] »⁷¹¹. Pour expliquer que l'inamovibilité mobilise l'intérêt des auteurs anglais, il faut notamment rappeler qu'elle est consacrée en réponse à une forme majeure de la dépendance des juges avant 1701 : celle de la précarité de la charge du juge. Avant l'adoption de l'Acte d'Etablissement, les destitutions selon le bon plaisir du monarque sont particulièrement fréquentes. En comparaison, et même si, à n'en pas douter, un juge qui ne jouit pas de la sécurité financière « pourrait être corrompu »⁷¹², la rémunération des juges semble constituer un aspect plus secondaire de la dépendance des juges. En définitive, plus que la garantie de la rémunération, il semble donc que c'est, avant toute chose, l'inamovibilité telle qu'entérinée dans *l'Act of Settlement* qui a vocation à remédier à la dépendance de la justice. Au fond, ce serait surtout la consécration textuelle de l'inamovibilité qui constitue le tournant décisif du début du XVIIIe siècle.

⁷⁰⁹ « once there has been an appointment, the judge is entitled to have his salary continue so long as his commission is in effect, that is, for life during good behaviour ». W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Août 1956, p. 792.

⁷¹⁰ Au titre des principaux travaux relatifs à la rémunération des juges, il faut, toutefois, notamment mentionner : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. I., 7^e éd., Londres, Methuen, 1956, pp. 252-255 ; W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Août 1956, pp. 769-809 ; spéc. pp. 789-796 ; R. Stevens, « Judicial salaries: Financial independence in the age of equality », *The Journal of Legal History*, vol. 13, n° 2, 1992, pp. 155-177 ; A. H. Y. Chen, « Chapter 3: The British Experience », Consultancy Report on the Determination and Revision of Judicial Remuneration, Hong Kong, Sept. 2004, pp. 31-50. Disponible sur le site web du « Joint Secretariat for the Advisory Bodies on Civil Service and Conditions of Service » : http://www.jsscs.gov.hk/reports/en/jscs_08/annex_e-ch_3.pdf (consulté le 24/11/15) ; M. J. Beloff, « Paying Judges : Why, Who, Whom, How much », *The Denning Law Journal*, vol. 18, 2006, pp. 1-36. Disponible sur : <http://www.ubplj.org/index.php/dlj/article/viewFile/305/334> (date de consultation: 24/11/15).

⁷¹¹ R. Stevens, « Judicial salaries: Financial independence in the age of equality », *The Journal of Legal History*, vol. 13, n° 2, 1992, p. 155.

⁷¹² Ce sont les mots de Michael Beloff. Plus particulièrement, en référence à la période antérieure à l'adoption de l'Acte d'Etablissement, le *Queen's Council* Michael Beloff nous dit : « les juges qui n'étaient pas payés pouvaient être corrompus ». M. J. Beloff, « Paying Judges : Why, Who, Whom, How much », *The Denning Law Journal*, vol. 18, 2006, p. 7.

300. Au vu de ces derniers constats, les développements du chapitre sont, avant tout, consacrés au principe d'inamovibilité⁷¹³. Toutefois, plutôt que de rendre compte de la rupture provoquée par la disposition sur l'inamovibilité, la présente étude se propose de porter un regard différent sur l'inamovibilité. Une mise en perspective critique pourrait, en effet, conduire à relativiser la portée du bouleversement introduit par l'Acte d'Etablissement. Elle pourrait permettre de questionner le tournant décisif que représente l'adoption de la disposition sur l'inamovibilité. A l'aune d'un regard plus critique, l'objectif de ce chapitre consiste ainsi à interroger et à réévaluer l'inamovibilité consacrée en 1701. Deux éléments ressortent particulièrement de l'analyse critique : d'abord, dans la pratique, la mise en application de la disposition relative à l'inamovibilité se montre particulièrement limitée (section 1). Ensuite, dans les discours, les auteurs n'envisagent pas tous l'inamovibilité de la même manière. Au contraire, ils se divisent autour de la question de l'inamovibilité (section 2).

Section 1 : Les limites dans l'application de la nouvelle règle de l'inamovibilité

301. Au moins deux limitations dans l'application de la disposition de l'Acte d'Etablissement relative à l'inamovibilité méritent d'être mentionnées: d'abord, jusqu'au milieu du XVIIIe siècle, l'effectivité de la disposition sur l'inamovibilité est restreinte. Il faut attendre l'adoption d'une loi en 1707 et surtout d'une autre loi en 1760 pour que la mort du monarque cesse d'interrompre l'inamovibilité des juges (§1). Ensuite, le champ d'application de la disposition sur l'inamovibilité est également restreint. Plus particulièrement, les bénéficiaires de l'inamovibilité se montrent relativement peu nombreux (§2).

§1. La limitation de l'effectivité de la disposition sur l'inamovibilité jusqu'en 1760

302. Si la disposition relative à l'inamovibilité entre en vigueur en juin 1701, elle ne produit, pourtant, pas l'ensemble de ses effets immédiatement. Bien qu'il soit prévu dans l'Acte d'Etablissement que « *les juges sont nommés quamdiu se bene gesserint (tant qu'ils se comportent dignement)* »⁷¹⁴, jusqu'en 1760, les juges ne sont inamovibles que par rapport au

⁷¹³ La question de la rémunération des juges fera toutefois l'objet de quelques développements ponctuels dans ce chapitre. Elle sera, en particulier, traitée dans: *Infra*, n° 335.

⁷¹⁴ 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3, par. 7, Act of Settlement 1701.

roi qui les a nommés. Ils cessent, par contre, d'être inamovibles à sa mort (A). Ce n'est qu'à la faveur d'une dissociation des corps naturel et politique du roi dans la loi de 1707 et plus encore, dans la loi de 1760 que l'inamovibilité des juges se prolonge même après la mort du monarque (B).

A. La dérogation à l'inamovibilité au moment de la mort du roi

303. Jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, la disposition de l'Acte d'Etablissement qui nous intéresse est interprétée comme n'impliquant pas que l'inamovibilité des juges se poursuit à la mort du monarque. Elle ne vaut que durant le temps où le monarque, qui a nommé les juges, est en vie. Sans le roi régnant, les juges sont amovibles⁷¹⁵. D'un point de vue conceptuel, cette conséquence tirée du décès du monarque repose, en fait, sur une association de son corps naturel et de son corps politique. La question de l'association (et de la dissociation) des deux corps du roi a été très précisément décrite dans les travaux d'Ernst Kantorowicz⁷¹⁶. De cette association, il résulte que dès lors que le corps naturel du roi meurt, le corps politique du roi est voué à dépérir également. L'idée sous-jacente est que le roi régnant agit en son nom propre, et non au nom de la *res publica*. A la mort du souverain, le nouveau roi n'est donc pas obligé par l'ensemble des engagements pris par son prédécesseur, car ils se rattachent à la volonté d'une personne physique qui agit à titre personnel. En des termes plus concrets, la mort du monarque a donc, à l'égard de l'exercice de la justice, au moins deux répercussions. La première est l'expiration de l'acte de nomination de l'ensemble des officiers royaux, parmi lesquels figurent les juges. Cette répercussion a été confirmée par les juges eux-mêmes dans une opinion extrajudiciaire délivrée au roi. L'historien américain Stewart Jay rapporte, en effet, que rassemblés par John Holt, le Président du Banc du Roi, « *tous les juges alors en ville (...) tranchèrent que leurs fonctions expiraient en même temps que le Roi* »⁷¹⁷. Le second effet du décès du souverain est le transfert du pouvoir judiciaire au nouveau roi. Le nouveau monarque devient la nouvelle fontaine de justice.

⁷¹⁵ D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 136 ; A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 263 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 168.

⁷¹⁶ E. H. Kantorowicz, *The King's two bodies : a study in medieval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 568 p. Pour une analyse de la question de l'association (et de la dissociation) des deux corps du roi notamment dans l'œuvre de Kantorowicz, voir: M. Loughlin, *Foundations of public law*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 41-46.

⁷¹⁷ S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, p. 147.

304. De cela, il découle encore que le roi « entrant » dispose théoriquement de trois options au décès de son prédécesseur : 1) Il peut choisir de renouveler l'ensemble des actes de nomination des juges, qui exerçaient leurs fonctions sous le règne du précédent roi. 2) Il peut préférer ne renouveler aucun des actes de nomination des juges, qui exerçaient leurs fonctions sous le règne du précédent roi. 3) Il peut décider de ne renouveler qu'une partie des actes de nomination des juges, qui exerçaient leurs fonctions sous le règne du précédent roi et de se séparer, par contre, des juges moins complaisants⁷¹⁸. Dans les faits, les monarques qui se succèdent entre 1701 et 1760 optent pour la troisième option : lorsqu'ils accèdent au trône, ils démettent quelques juges indociles, tout en conservant la grande majorité des juges en fonction sous le règne de leur prédécesseur. Ainsi et par exemple, lorsque Anne (1702-1714) devient reine, elle démet de ses fonctions deux juges : il s'agit de John Turton, un juge de la Cour du Banc du Roi et d'Henry Hatsell, un juge de la Cour de l'Echiquier⁷¹⁹. A propos de la révocation de John Turton, son petit-fils nous dit qu'elle est due à « *son soutien honnête et ferme aux intérêts de la Révolution* »⁷²⁰. Lorsqu'il parvient à la Couronne après Anne, George I (1714-1727) révoque Thomas Trevor, Président de la Cour des Plaids Communs, Thomas Powys, un juge de la Cour du Banc de la Reine et William Banister, un juge de la Cour de l'Echiquier⁷²¹. Son successeur, George II (1727-1760) ne démet de ses fonctions qu'un seul juge, John Fortescue-Aland, qui est, du reste, réinstallé dans ses fonctions de juge dès 1729⁷²². Au final, l'étude de la situation après 1701 révèle donc que l'adoption de l'Acte d'Etablissement n'a pas complètement mis un terme aux révocations selon le bon plaisir du roi.

B. La prolongation de l'inamovibilité au-delà de la mort du roi à la faveur de la dissociation des deux corps du roi

305. Sans conteste, les lois de 1707⁷²³ et de 1760⁷²⁴ se montrent comme des prolongements indispensables du paragraphe sept de l'article trois du chapitre deux de l'Acte

⁷¹⁸ Pour de plus amples renseignements sur la révocation par les rois des juges indociles, voir : *Supra*, n° 158.

⁷¹⁹ D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 136.

⁷²⁰ Cité par D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 136.

⁷²¹ *Ibidem*.

⁷²² *Ibidem* ; D. Lemmings, « Aland, John Fortescue (1670-1746) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁷²³ 6 Anne, ch. 7, Succession to the Crown Act 1707.

d'Établissement. En des termes généraux, chacune de ces lois a pour effet d'assurer la continuité de l'inamovibilité en dépit du changement de souverain. La première loi intitulée loi sur la succession à la Couronne garantit dans son article huit le prolongement des actes de nominations des juges six mois après la mort du monarque. Les termes de l'article huit sont les suivants : « *Aucune charge, position ou emploi, civil ou militaire (...) ne doit devenir nul en raison du décès de sa présente Majesté, de ses héritiers ou successeurs, Reines ou Rois de ce Royaume (...) toutes les personnes dans n'importe lesquels des charges, positions et emplois susmentionnés doivent continuer d'exercer dans leurs charges, positions et emplois respectifs, durant les six mois qui suivent ce décès (...)* »⁷²⁵. Surtout, la seconde loi intitulée loi sur les commissions et les salaires des juges prévoit que les juges jouissent de l'inamovibilité sans que le décès du roi n'affecte l'exercice de leurs fonctions. L'article premier de la loi de 1760 dispose : « *Les fonctions des juges actuels doivent être en vigueur et continuer tant qu'ils se comportent dignement nonobstant le décès de sa Majesté (...)* »⁷²⁶. A l'occasion de l'adoption de l'article premier de la loi de 1760, le roi a, du reste, fait une déclaration de principe, dont la substance est reproduite dans le texte même de la disposition législative. Devant la Chambre des Lords, le 3 mars 1761⁷²⁷, le souverain a indiqué : « *Sa Majesté considère l'indépendance et l'honnêteté des juges, comme essentielle à l'administration impartiale de la justice, comme l'une des meilleures garanties des droits et libertés de ses féaux sujets, et comme la plus favorable à l'honneur de la Couronne* »⁷²⁸. En

⁷²⁴ 1 Geo. III, ch. 23, The Commissions and Salaries of Judges Act 1760.

⁷²⁵ « *Nor shall any Office, Place or Employment, Civil or Military (...) become void by reason of the Demise or Death of Her present Majesty, Her Heirs or Successors, Queens or Kings of this Realm (...) every other Person and Persons in any of the Offices, Places and Employments aforesaid, shall continue in their respective Offices, Places and Employments, for the Space of six months next after such Death or Demise (...)* ». 6 Anne, ch. 7, art. 8, Succession to the Crown Act 1707. V. sur ce point: E. Foss, *The Judges of England: with sketches of their lives and, miscellaneous notices connected with the courts at Westminster from the conquest to the present time*, vol. 8, Londres, John Murray, 1864, p. 198 ; A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 263 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 168.

⁷²⁶ « *That the commissions of judges for the time being shall be, continue, and remain, in full force, during their good behaviour, notwithstanding the demise of his Majesty (...)* ». 1 Geo. III, ch. 23, art. 1, The Commissions and Salaries of Judges Act 1760. V. sur ce point : A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 263 ; A. H. Y. Chen, « Chapter 3: The British Experience », Consultancy Report on the Determination and Revision of Judicial Remuneration, Hong Kong, Sept. 2004, pp. 32-33 ; J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 82 ; J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 168.

⁷²⁷ S. Jay, « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, p. 151.

⁷²⁸ « *your Majesty has been graciously pleased to declare from the throne to both Houses of Parliament, that you look upon the independency and uprightness of judges, as essential to the impartial administration of justice, as one of the best securities to the rights and liberties of your loving subjects, and as most conducive to the honour of your Crown* ». (Nous soulignons) Déclaration du roi reproduite dans l'article un de la loi intitulée *The Commissions and Salaries of Judges Act 1760*.

conséquence de cela, il aurait « *recommandé à votre parlement l'adoption de disposition pour prolonger la jouissance par les juges de leurs fonctions tant qu'ils se comportent dignement, en dépit du décès de sa Majesté, ou d'aucuns de ses héritiers et successeurs* »⁷²⁹. En pratique, de l'adoption de cette deuxième disposition législative, il résulte qu'aucune destitution selon le bon plaisir du monarque n'est intervenue en Grande-Bretagne et au Pays de Galles après 1760.

306. Si à compter de la loi de 1707 et plus encore de celle de 1760 la mort du souverain n'a plus d'impact sur l'inamovibilité des juges, c'est, en fait, grâce à une dissociation de la personne physique du roi, périssable et mortelle et du corps politique du roi, durable et immortel. Comme l'a indiqué le juriste élisabéthain Edmund Plowden, « *le Roi a en lui deux Corps, c'est-à-dire un Corps naturel et un Corps politique. Son Corps naturel (considéré en lui-même) est un Corps mortel, sujet à toutes les infirmités qui surviennent par Nature ou Accident, à la faiblesse de l'enfance ou de la vieillesse* »⁷³⁰. L'idée est donc qu'à la mort du monarque, les deux corps du roi se séparent. Tandis que le corps naturel du roi meurt, le corps politique du monarque ne meurt jamais. Pour le dire autrement, le corps politique transcende la personne physique du monarque et ne disparaît pas avec lui. A partir de là, le corps politique du roi décédé est donc transféré à un nouveau corps naturel⁷³¹. Au final, il découle, de cela, que les actes de nomination des juges pris par le prédécesseur du nouveau souverain se prolongent sous le règne du nouveau roi, dans la mesure où le prédécesseur a agit au nom de l'Etat. En d'autres termes, « *ce que le Roi fait en son Corps politique ne peut être invalidé ou annulé par une quelconque incapacité de son corps naturel* »⁷³². A n'en pas douter la dissociation de la personne physique du roi et de son corps politique du roi présente un

⁷²⁹ « *your Majesty has recommended it to the consideration of your parliament, to make further provision for continuing judges in the enjoyment of their offices during their good behaviour, notwithstanding the demise of your Majesty, or any of your heirs and successors* ». Déclaration du roi reproduite dans l'article un de la loi intitulée *The Commissions and Salaries of Judges Act 1760*. A titre de remarque, il convient d'indiquer que Stewart Jay suggère dans ses travaux que la dite déclaration de George III a essentiellement servi des motifs politiques : elle est destinée à rendre populaire le nouveau roi entrant. S. Jay, *op. cit.*, pp. 151-152.

⁷³⁰ « *The King has in him two Bodies, viz., a Body natural, and a Body politic. His Body natural (if it be considered in itself) is a Body mortal, subject to all infirmities that come by Nature or Accident, to the Imbecility of Infancy or old Age* ». Cité par E. H. Kantorowicz, *The King's two bodies : a study in medieval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 7.

⁷³¹ « *Body politic is not subject to Passions as the other is, nor to Death, for as to this Body the King never dies, and his natural Death is not called in our Law the Death of the king, but the Demise of the King (...) there is a Separation of the two Bodies, and the Body politic is transferred and conveyed over from the Body natural now dead to another Body natural* ». Cité par E. H. Kantorowicz, *The King's two bodies : a study in medieval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 13.

⁷³² « *what the King does in his Body politic, cannot be invalidated or frustrated by any Disability in his natural Body* ». Cité par E. H. Kantorowicz, *The King's two bodies : a study in medieval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1997, p. 7.

énorme avantage pratique : de la survivance du roi en la personne de son successeur⁷³³, il résulte le triomphe de la continuité et donc la suppression du risque d' « *une paralysie totale de la justice* »⁷³⁴.

§2. La limitation du champ d'application de la disposition sur l'inamovibilité

307. Non seulement les bénéficiaires de l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement sont restreints en Grande-Bretagne (A), mais en plus la disposition du paragraphe sept ne s'applique pas aux juges des anciennes colonies britanniques (B).

A. Des bénéficiaires restreints en Grande-Bretagne

308. Si les bénéficiaires de l'inamovibilité telle que consacrée dans l'Acte d'Etablissement sont restreints en Grande-Bretagne, c'est parce que sont exclus, d'une part, les juges inférieurs en Angleterre et au Pays de Galles (1) ; d'autre part, l'ensemble des juges écossais (2).

(1) L'exclusion des juges inférieurs en Angleterre et au Pays de Galles

309. Si l'Acte d'Etablissement vaut pour l'ensemble des juges des Cours supérieures de l'Angleterre et du Pays de Galles, il n'a *jamaï*s concerné, à l'inverse, les juges des juridictions inférieures, qui constituent, pourtant, l'essentiel des juges en Grande-Bretagne. Plus précisément, à l'heure actuelle, tandis que les juges de la *Supreme Court*, de la *Court of Appeal* et de la *High Court of Justice* jouissent de l'inamovibilité, les *circuit judges*, les *district judges* et les *lay magistrates* – siégeant au sein des *Magistrates' Courts*, de la *Crown Court* et des *County Courts* – sont, par contre, exclus du champ d'application de l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement⁷³⁵. Alisdair Gillespie résume cette différence en indiquant que « *les juges supérieurs jouissent [par conséquent] de protections nettement plus fortes que les membres des juridictions inférieures* »⁷³⁶.

⁷³³ La formule est une référence aux propos de Blackstone qui nous dit : « *Le roi survit en son successeur* » (« the King survives in his successor »). W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile de la première édition de 1765-1769, 1979, p. 189.

⁷³⁴ E. Foss, *The Judges of England: with sketches of their lives and, miscellaneous notices connected with the courts at Westminster from the conquest to the present time*, vol. 8, Londres, John Murray, 1864, p. 198.

⁷³⁵ R. Stevens, « Judicial Independence in England: A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O' Brien (dir.), *Judicial independence in the age of democracy: Critical Perspectives from around the world*, Londres, University of Press Virginia, 2001, p. 160 ; A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 295-296 ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 243-245.

⁷³⁶ A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 243.

310. D'un point de vue formel, l'absence de protection des juges inférieurs par l'*Act of Settlement* permet aux pouvoirs politiques de les révoquer, sans avoir recours à la procédure relativement lourde prévue dans la loi de 1701. Dans les textes contemporains, il est ainsi établi que le *Lord Chancellor*⁷³⁷ peut, avec l'accord du *Lord Chief Justice*⁷³⁸, démettre de ses fonctions un *Circuit judge* pour cause d'incapacité ou de mauvaise conduite⁷³⁹. Il est également prévu que le *Lord Chancellor* peut, avec l'accord du *Lord Chief Justice*, démettre de ses fonctions un *lay justice* pour cause d'incapacité ou de mauvaise conduite ou pour manquement dans l'exécution de ses obligations⁷⁴⁰. Dans les faits, au cours du XVIIIe siècle, l'absence d'assise textuelle de l'inamovibilité pour les juges inférieurs a vraisemblablement conduit à des révocations fréquentes. Selon Ivor Jennings, « *les juges de paix (justices of the peace) étaient souvent démis de leurs fonctions pour des raisons politiques au XVIIIe siècle* »⁷⁴¹. A l'heure actuelle, l'exclusion des juges inférieurs ne semble plus, en revanche, avoir d'incidence pratique en terme de révocation. Unanimement, la doctrine anglaise s'accorde à reconnaître que l'absence d'application de l'Acte d'Etablissement aux juges inférieurs n'a pas pour conséquence la remise en cause de leurs inamovibilités. Entre autres illustrations, Thomas Bingham constate que « *la menace (...) est sans doute plus théorique que réelle* »⁷⁴², tandis que John Baker estime que « *(...) les traditions (...) ont dissuadé les Lord Chancellors d'abuser de leurs pouvoirs* »⁷⁴³. Au soutien de leurs propos, les auteurs se réfèrent aux statistiques. Ils soulignent que, d'un point de vue quantitatif, le nombre de destitutions de juges inférieurs par le *Lord Chancellor* apparaît extrêmement faible. Ils ne comptabilisent qu'une seule destitution récente d'un juge inférieur⁷⁴⁴, qui a eu lieu en 1983 et a concerné un *circuit judge* reconnu coupable de trafic de cigarettes et d'alcool⁷⁴⁵. Evoquant

⁷³⁷ Dès à présent, il convient de préciser que la réforme constitutionnelle de 2005 a considérablement transformé le rôle du *Lord Chancellor*. Depuis 2005, le *Lord Chancellor* 1) ne siège plus comme juge à la Chambre des Lords, 2) n'est plus le « chef » du pouvoir judiciaire 3) ne joue plus un rôle central dans la procédure de nomination des juges 4) n'est plus automatiquement le Président de la Chambre des Lords. A présent, son rôle se cantonne à celui d'être plus ou moins l'équivalent d'un ministre de la justice. Pour de plus amples renseignements, voir : *Infra*, dans le chapitre 4 de cette partie, en particulier n° 381-383.

⁷³⁸ Depuis la réforme constitutionnelle de 2005, le *Lord Chief Justice* remplace le *Lord Chancellor* en tant que « chef » du pouvoir judiciaire. Il est aussi le Président des Cours d'Angleterre et du Pays de Galle et est chargé de représenter les intérêts du pouvoir judiciaire auprès du Parlement et du gouvernement.

⁷³⁹ art. 17, par. 4, Courts Act 1971, ch. 23, tel que modifié par le Constitutional Reform Act de 2005.

⁷⁴⁰ art. 11, par. 2, Courts Act 2003, ch. 39, tel que modifié par le Constitutional Reform Act de 2005.

⁷⁴¹ I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., Londres, University of London Press, 1959, p. 15.

⁷⁴² T. H. Bingham, *The business of judging*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 59.

⁷⁴³ J. H. Baker, *An Introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 169.

⁷⁴⁴ De la même manière, il semble qu'un seul juge appartenant aux juridictions supérieures a été démis de ses fonctions (en application de la procédure prévue dans l'Acte d'Etablissement). Voir *Infra*, n° 330.

⁷⁴⁵ T. H. Bingham, *The business of judging*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 59 ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 244 ; J. Bell, *Judiciaries within Europe : A comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 323.

cette révocation, Thomas Bingham explique, d'ailleurs, que le juge en question « *aurait été démis de ses fonctions en vertu de la procédure prévue à l'Acte d'Etablissement s'il avait été juge de la High Court* »⁷⁴⁶. Finalement, il n'apparaît donc plus que les pouvoirs politiques profitent de l'absence de texte pour démettre de leurs fonctions les juges inférieurs. La pratique semble, au contraire, montrer que l'inamovibilité des juges des juridictions supérieures a déteint sur les juges inférieurs⁷⁴⁷. Au-delà des instruments législatifs, une longue « *pratique coutumière* »⁷⁴⁸, une « *tradition en constante évolution du respect pour l'indépendance de la justice* »⁷⁴⁹ s'est développée dans l'histoire constitutionnelle britannique. De fait, à défaut de jouir d'une inamovibilité garantie par le droit positif, les juges inférieurs jouiraient, néanmoins, aujourd'hui, d'une inamovibilité de fait ou d'une inamovibilité coutumière.

(2) L'exclusion des juges écossais

311. Deux raisons essentielles peuvent expliquer que le paragraphe sept de l'article trois du chapitre deux de l'Acte d'Etablissement ne s'applique pas aux juges écossais. La première est que l'Acte d'Etablissement précède dans le temps le Traité d'Union. Plus particulièrement, l'Acte d'Etablissement a été adopté avant 1707, date à laquelle entre en vigueur le Traité d'Union qui a pour effet la réunion des royaumes d'Ecosse et d'Angleterre au sein du royaume de Grande-Bretagne⁷⁵⁰. Finalement, si l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement ne concerne donc pas les juges en Ecosse, c'est, avant tout, parce que l'Acte d'Etablissement est une législation qui est adoptée *avant* la fusion de l'Ecosse et de l'Angleterre au sein d'un nouvel Etat. « (...) *L'Acte d'Etablissement de 1701, et de manière plus générale l'ensemble des lois anglaises adoptées avant 1707 ne se sont pas appliqués à l'Ecosse* »⁷⁵¹, observe le

⁷⁴⁶ T. H. Bingham, *The business of judging*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 59.

⁷⁴⁷ Le verbe « déteindre » nous a été suggéré par John Allison. Dans un email daté du 23 novembre 2012, il nous conseille de nous interroger sur la question de savoir si l'inamovibilité des cours supérieures n'a pas déteint (« *rub off on* ») sur les cours inférieures.

⁷⁴⁸ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 82.

⁷⁴⁹ *Ibidem*.

⁷⁵⁰ L'article un du Traité d'Union dispose : « *Scotland and England were, from May 1, 1707, to be and forever after united into one kingdom of Great Britain, with ensigns armorial conjoined* ». Pour de plus amples renseignements sur « l'union » entre l'Ecosse et l'Angleterre, voir notamment le chapitre quatre du volume cinq de l'ouvrage de David M. Walker intitulé « the nature and implications of the union ». D. M. Walker, *A legal history of Scotland*, vol. V, Edinbourg, T & T Clark, 1998, pp. 84-100 (au début de son chapitre, l'auteur reproduit une version abrégée du Traité d'Union) ; V. aussi : H. Barnett, *Constitutional & Administrative Law*, 9^e éd., Londres, Routledge, 2011, pp. 31-32 ; Pour quelques informations en langue française, voir : I. Nguyen-Duy, *La souveraineté du Parlement britannique*, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 223 et s.

⁷⁵¹ D. M. Walker, *A legal history of Scotland*, vol. V, Edinbourg, T & T Clark, 1998, p. 136.

professeur écossais David M. Walker. La deuxième explication est que la disposition de l'Acte d'Établissement relative à l'inamovibilité des juges n'a pas été étendue par le Traité d'Union au nouveau royaume de Grande-Bretagne. Précisément, tandis que le Traité d'Union prévoit dans son article deux que la succession au trône doit pour la Grande-Bretagne être conforme à l'*Act of Settlement*⁷⁵², il ne contient pas, en revanche, un article de teneur similaire pour ce qui est de l'inamovibilité des juges. En définitive et pour reprendre les termes de Chris Himsworth, « *la procédure faisant intervenir les deux Chambres n'a [donc] jamais été étendue à l'Écosse* »⁷⁵³.

312. L'absence d'application de l'Acte d'Établissement aux juges en Écosse ne signifie, pourtant, pas que, d'un point de vue formel, les juges écossais exercent leurs fonctions selon le bon plaisir du monarque. Bien au contraire, l'office des juges écossais est, en réalité, protégé textuellement *depuis la fin du XVIIe siècle*. Précisément, à la différence de l'Angleterre, l'Écosse garantit, dès 1689, dans son *Claim of Right*⁷⁵⁴ – qui est l'équivalent anglais du *Bill of Rights*⁷⁵⁵ – l'inamovibilité de ses juges. Dans son texte introductif et ses quinze premiers articles, le *Claim of Right* contient, en fait, une énumération des méfaits commis par Jacques II⁷⁵⁶. Dans la liste des fautes commises par Jacques figure, à titre d'exemple, dans l'article dix « *l'emprisonnement de personnes sans motif* ». Surtout et pour ce qui nous intéresse, dans la liste, il est aussi affirmé au terme de l'article treize qu'en révoquant les juges selon son bon plaisir, le roi a porté atteinte aux lois et aux libertés du royaume⁷⁵⁷. Par la suite, procédant – à l'image d'autres articles du *Claim of Right* – d'une logique inductive, l'article trente dispose que le juge doit être nommé *ad vitam aut culpam* (à

⁷⁵² L'article deux du Traité d'Union dispose : « *The succession to the crown was to be entailed on Sophia, Electress of Hannover, and the heirs of her body, being Protestants* ».

⁷⁵³ C. Himsworth, « Securing the tenure of Scottish judges : a somewhat academic exercise », *Public Law*, 1999, p. 18.

⁷⁵⁴ Pour de plus amples renseignements sur le *Claim of Right*, voir : D. M. Walker, *A legal history of Scotland*, vol. IV, Edinbourg, T & T Clark, 1996, 919 p. ; spéc., par exemple, pp. 88-91.

⁷⁵⁵ Déjà, il a été vu que le *Bill of Rights* anglais ne contient pas de disposition sur l'inamovibilité des juges. V. *Supra*, n° 150.

⁷⁵⁶ D. M. Walker, *A legal history of Scotland*, vol. IV, Edinbourg, T & T Clark, 1996, p. 89.

⁷⁵⁷ Le texte introductif du *Claim of Right Act 1689* dispose : « *Wheras King James the Seventh Being a profest papist did assume the Regall power and acted as King without ever takeing the oath required by law wherby the King at his access to the government is obliged to swear To maintain the protestant religion and to rule the people according to the laudable lawes And Did By the advyce of wicked and evill Counsellers Invade the fundamentall Constitution of this Kingdome And altered it from a legall limited monarchy to ane Arbitrary Despotick power and in a publick proclamation asserted ane absolute power to cass annull and dissable all the lawes particularly arraigning the lawes Establishing the protestant religion and did Exerce that power to the subversion of the protestant Religion and to the violation of the lawes and liberties of the Kingdome* ». (Nous soulignons). L'article treize du *Claim of Right Act* dispose : « (...) *by chainging the nature of the Judges gifts ad vitam aut culpam and giving them Commissions ad beneplacitum to dispose them to compliyance with arbitrary Courses and turneing them out of their offices when they did not comply* ».

vie tant qu'il se comporte bien). Plus particulièrement, l'article trente prévoit qu'un changement au terme duquel les fonctions du juge seraient exercées *durante bene placito* est contraire au droit⁷⁵⁸. De cela, il résulte, par conséquent, que dès avant l'adoption de l'Acte d'Etablissement, « *la révocation d'un juge écossais doit être fondée sur la faute (culpa), tel que l'exige le Claim of Right de 1689* »⁷⁵⁹. C'est, du reste, vraisemblablement l'existence de cette protection dans les textes qui rend inutile l'extension à l'Ecosse de la disposition de l'Acte d'Etablissement dont il est question.

B. L'absence de bénéficiaires dans les anciennes colonies britanniques

313. Jamais la disposition de l'Acte d'Etablissement relative à l'inamovibilité n'a concerné les juges des anciennes colonies britanniques. C'est le constat sans appel dressé par William Lederman : « [tandis que] *les deux premiers paragraphes de la loi – qui fixaient (et fixent toujours) la succession au trône – étaient expressément applicables dans l'ensemble des territoires anglais, (...) la garantie de l'indépendance de la justice était confinée dans son application aux juges des tribunaux supérieurs de la common law à Londres* »⁷⁶⁰. Pour justifier l'inapplication de l'*Act of Settlement* aux juges des colonies britanniques, au moins deux arguments sont employés. D'abord, il est indiqué qu'en raison de leurs niveaux de rémunération relativement bas, les juges des colonies sont, en général, peu qualifiés et peu compétents. Pour cette raison, estime le *Board of Trade* (Bureau de Commerce chargé de l'administration des affaires coloniales)⁷⁶¹, il doit être permis de les révoquer à tout moment, notamment pour les remplacer par de meilleurs candidats⁷⁶². Ensuite, il est également

⁷⁵⁸ « (...) *and the changeing the nature of the Judges gifts ad vitam aut culpam Into Commissions durante beneplacito are Contrary to law (...)* ». Art. 30, Claim of Right Act 1689. Pour des informations supplémentaires, voir : D. M. Walker, *A legal history of Scotland*, vol. IV, Edinbourg, T & T Clark, 1996, p. 424.

⁷⁵⁹ C. Himsworth, « Securing the tenure of Scottish judges : a somewhat academic exercise », *Public Law*, 1999, p. 18.

⁷⁶⁰ « [Whereas] *the first two sections of the statute were expressly applicable in all British territories, determining as they did (and still do) the succession to the throne (...) judicial independence was confined in its application to the judges of the central courts of common law in London* ». W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, pp. 1139-1140.

⁷⁶¹ L'encyclopédie britannica disponible en ligne nous dit : « *The board was to examine colonial legislation and to recommend disallowance of those laws that conflicted with imperial trade policies, to nominate governors and other high officials for royal colonies and to write the instructions for appointed governors, to recommend laws affecting the colonies to Parliament and the Privy Council, and to hear and to make reports on complaints from the colonies regarding imperial administration (...) Memberships in the Board of Trade consisted of two groups: eight permanent salaried commissioners who conducted the regular duties of the board and eight ex-officio unpaid members who were nominally selected from the Privy Council* ». Disponible sur : <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/601629/Board-of-Trade> (consulté le 24/11/15).

⁷⁶² V. sur ce point : B. Knollenberg, *Origin of the American Revolution 1759-1766*, New-York, The Macmillan Company, 1960, p. 72. Citant Knollenberg, Jerome J. Nadelhaft fait également mention de cet argument : J. J.

expliqué, sans plus de précision, par le *Board of Trade*, que garantir l'inamovibilité de juges des colonies « *porterait atteinte aux vrais principes, serait destructeur des intérêts des sujets de sa Majesté et conduirait à une réduction de cette nécessaire dépendance que les colonies doivent avoir vis-à-vis du gouvernement de la mère patrie* »⁷⁶³. Au cours du XVIII^e siècle, le principe de l'amovibilité des juges des colonies est réaffirmé à plusieurs reprises. En particulier, à partir de 1754, il est régulièrement rappelé que les juges coloniaux doivent, en vertu de leurs actes de nomination, disposer de leurs fonctions *during pleasure* (selon le bon plaisir)⁷⁶⁴. Dans la pratique, même si le roi conserve le pouvoir de démettre directement de ses fonctions un juge colonial⁷⁶⁵, c'est le gouverneur de la colonie, en tant que représentant de sa Majesté, qui exerce largement la prérogative. Dès 1670, le pouvoir des gouverneurs est, toutefois, encadré. En vertu d'une directive royale, il est, en effet, enjoint aux gouverneurs de ne pas révoquer les juges et autres titulaires de charges dans les colonies sans « *raisons bonnes et suffisantes* »⁷⁶⁶. Surtout, à partir de 1782, le pouvoir des gouverneurs est limité par le *Colonial Leave of Absence Act*, encore appelé le *Burke's Act*⁷⁶⁷. Il est prévu que les juges coloniaux, et plus généralement les titulaires de certaines charges dans les colonies, ne peuvent être démis par le gouverneur que dans les cas « *d'absence répétée de la colonie sans permission, de négligence ou d'autres actes de mauvaise conduite dans l'exécution des fonctions* »⁷⁶⁸. Les juges et d'autres titulaires de charge dans les colonies disposent, en outre,

Nadelhaft, « Politics and Judicial Tenure Fight in Colonial New Jersey », *The William and Mary Quarterly*, 3e Série, vol. 28, n° 1, 1971, pp. 46-47.

⁷⁶³ « *Permit the granting of good behavior tenure to colonial judges would be "subversive of all true Policy, destructive to the Interests of Your Majesty's Subjects and tending to Lessen that just dependence which the Colonies ought to have upon the Government of the Mother Country"* ». Cité par : B. Knollenberg, *Origin of the American Revolution 1759-1766*, New-York, The Macmillan Company, 1960, p. 72 ; J. J. Nadelhaft, *loc. cit.*

⁷⁶⁴ V. entre autres : W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, p. 1143 ; J. J. Nadelhaft, « Politics and Judicial Tenure Fight in Colonial New Jersey », *The William and Mary Quarterly*, 3e Série, vol. 28, n° 1, 1971, pp. 46-47 ; F. L. Morton, *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 3e éd., Calgary, University of Calgary Press, 2002, p. 170 ; I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights : A critical introduction*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 59 ; Mémoire de l'Association du Barreau canadien – Division du Québec – Présenté à la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, Septembre 2010, p. 4. Disponible sur : http://abcqc.qc.ca/qc.cba/media/pdfFiles/Memoire_version_finale_30_sept_1.pdf (consulté le 24/11/15) ; P. A. Joseph, « Appointment, discipline and removal of judges in New Zealand », in H. P. Lee (éd.), *Judiciaries in Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 76.

⁷⁶⁵ V., en ce sens, l'exemple du juge canadien Robert Thorpe démis de ses fonctions par le roi George III au tout début du XIX^e siècle. W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, p. 1148.

⁷⁶⁶ W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, pp. 1146-1147.

⁷⁶⁷ W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, p. 1147 ; J. Desgardins Mallette, *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*, mémoire, Montréal, Faculté de Droit : Université de Montréal, 2007, p. 55. Disponible en ligne : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2544/11959388.PDF;jsessionid=92B9CBD6F93483C99214D07DDD56D68E?sequence=1> (consulté le 24/11/15).

⁷⁶⁸ Cité par : J. Desgardins Mallette, *loc. cit.*

dans le cas où ils ont été révoqués, d'un droit d'appel devant le roi. De l'adoption du *Burke's Act*, il résulte, selon William Lederman, que « *le roi conservait la prérogative de démettre les personnes nommées selon son bon plaisir sans aucun motif, mais que par contre après 1782 on ne pouvait plus dire que ce pouvoir royal était délégué sans restriction aux gouverneurs des colonies* »⁷⁶⁹.

314. Dès à compter de leur marche vers l'indépendance, soucieuses d'affranchir totalement les juges de la tutelle des pouvoirs politiques, les possessions britanniques s'engagent dans une défense ferme du principe d'inamovibilité des juges. Il suffit de prendre pour preuve l'exemple de deux des colonies britanniques d'Amérique. Pour ce qui est, d'abord, des treize colonies britanniques qui donnent naissance aux Etats-Unis, il est affirmé, dès 1776, dans le texte de la Déclaration d'Indépendance – par lequel les treize colonies britanniques font sécession de la Grande-Bretagne – que parmi les griefs commis par le monarque britannique figure celui qui a consisté « *à rendre les juges dépendants de sa seule volonté pour l'exercice de leurs fonctions, et le montant et le paiement de leurs salaires* »⁷⁷⁰. Surtout, dans les *Federalist Papers* (le *Fédéraliste*) – rédigés entre octobre 1787 et août 1788 en vue de défendre le projet de la nouvelle constitution fédérale et de répondre aux arguments des adversaires de la ratification –, Alexander Hamilton fait explicitement la promotion du principe de l'inamovibilité des juges. Il martèle, entre autres choses, que le principe de l'inamovibilité des juges « *est le meilleur moyen qui peut être élaboré dans n'importe lequel des gouvernements pour garantir une application continue, intègre et impartiale des lois* »⁷⁷¹.

⁷⁶⁹ « *The prerogative power to dismiss appointees at pleasure without cause remained with the king, but after 1782 it could not be said that this royal power was delegated in any measure to colonial governors* ». W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, p. 1147.

⁷⁷⁰ « *He (the King of Great-Britain) has made Judges dependent on his Will alone, for the tenure of their offices, and the amount and payment of their salaries* ». Le texte de la Déclaration d'Indépendance est reproduit en ligne sur le site des archives nationales américaines : http://www.archives.gov/exhibits/charters/declaration_transcript.html (date de consultation: 24/11/15). La disposition en question de la Déclaration d'Indépendance est, du reste, aussi citée par C. A. Riedl, « The Administration of Justice as Affected by Insecurity of Tenure of Judicial and Administrative Officers », *Marquette Law Review*, vol. 22, n° 1, 1937, p. 43. Elle apparaît aussi dans l'article de Jerome J. Nadelhaft (« Politics and Judicial Tenure Fight in Colonial New Jersey », *The William and Mary Quarterly*, 3e Série, vol. 28, n° 1, 1971, p. 47) ou dans l'ouvrage de F. L. Morton (*Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 3e éd., Calgary, University of Calgary Press, 2002, p. 170).

⁷⁷¹ « *it is the best expedient which can be devised in any government, to secure a steady, upright, and impartial administration of the laws* ». *Federalist*, n° 78. Disponible en ligne sur le site de la bibliothèque du Congrès : http://thomas.loc.gov/home/histdox/fed_78.html (consulté le 24/11/15). A propos de l'inamovibilité des juges, Hamilton nous dit encore « *all judges who may be appointed by the United States are to hold their offices DURING GOOD BEHAVIOR; which is conformable to the most approved of the State constitutions and among the rest, to that of this State. Its propriety having been drawn into question by the adversaries of that plan, is no light symptom of the rage for objection, which disorders their imaginations and judgments. The standard of good behavior for the continuance in office of the judicial magistracy, is certainly one of the most valuable of the*

La nécessité de conférer une assise textuelle à l'inamovibilité se concrétise, finalement, dans le paragraphe un de l'article trois de la Constitution fédérale des Etats-Unis, adoptée en 1787. Au terme de ce paragraphe, il est, en effet, prévu que « *les juges, tant de la Cour suprême que des juridictions inférieures resteront en fonction tant qu'ils se comportent bien (...)* »⁷⁷². Du reste, dès avant l'affirmation de l'inamovibilité des juges dans la Constitution fédérale américaine, les Etats fédérés, à l'instar entre autres de la Virginie en 1776⁷⁷³ ou du Massachusetts en 1780⁷⁷⁴, avaient déjà consacré dans leurs Constitutions l'inamovibilité des juges. Pour ce qui est, ensuite, des possessions britanniques qui donnent naissance au Canada, une loi prévoyant que les juges sont nommés durant bonne conduite est adoptée dès 1834 par le Haut Canada⁷⁷⁵. La dite disposition – qui n'est pas désavouée par le pouvoir anglais – est étendue, après l'Acte d'Union de 1840, en 1843 au Bas Canada en vertu de la loi concernant « *l'indépendance des juges de la Cour du Banc de la Reine et de la Cour supérieure ainsi que de leur récusation dans certains cas* »⁷⁷⁶. Surtout, l'inamovibilité est en définitive inscrite dans l'article 99 la Loi constitutionnelle de 1867⁷⁷⁷ qui, à l'image de la Constitution fédérale des Etats-Unis, est toujours en vigueur à l'heure actuelle. Les termes de l'article 99 sont les suivants : « *les juges des cours supérieures exercent leurs fonctions durant bonne conduite, mais ils pourront être révoqués par le gouverneur général sur demande du Sénat et de la Chambre des Communes* »⁷⁷⁸.

modern improvements in the practice of government. In a monarchy it is an excellent barrier to the despotism of the prince; in a republic it is a no less excellent barrier to the encroachments and oppressions of the representative body ».

⁷⁷² « (...) *The judges, both of the supreme and inferior Courts, shall hold their Offices during good Behaviour* (...) ». Art. III, par. 1, Constitution des Etats-Unis.

⁷⁷³ V. sur ce point : S. D. Gerber, *A Distinct Judicial Power : The Origins of an Independent Judiciary, 1606-1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 60.

⁷⁷⁴ V. sur ce point : *Id.*, p. 89.

⁷⁷⁵ W. R. Lederman, « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Déc. 1956, p. 1164 ; J. Desgardins Mallette, *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*, mémoire, Montréal, Faculté de Droit : Université de Montréal, 2007, pp. 56-57 ; Disponible en ligne :

<https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2544/11959388.PDF?jsessionid=92B9CBD6F93483C99214D07DDD56D68E?sequence=1> (consulté le 24/11/15) ; Mémoire de l'Association du Barreau canadien – Division du Québec – Présenté à la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, Septembre 2010, p. 4. Disponible sur : http://abcqc.qc.ca/qc.cba/media/pdfFiles/Memoire_version_finale_30_sept_1.pdf (consulté le 24/11/15).

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷⁷ La loi constitutionnelle de 1867 est initialement dénommée Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867.

⁷⁷⁸ « (...) *the judges of the superior courts shall hold office during good behaviour, but shall be removable by the Governor General on address of the Senate and House of Commons* ». Art. 99, Constitution Act 1867. Notamment cité par : F. L. Morton, *Law, Politics and the Judicial Process in Canada*, 3e éd., Calgary, University of Calgary Press, 2002, p. 170.

Section 2 : L'inamovibilité dans les discours doctrinaux : une pomme de discorde

315. Une première appréhension des travaux de la doctrine publiés après 1701 conduit à dresser deux constats élémentaires. Premier constat : à l'instar des discours sur l'indépendance avant 1701, les discours sur l'inamovibilité occupent une place plutôt réduite dans les écrits des auteurs qui rédigent après 1701. Nombreux sont les auteurs qui – en dépit de la consécration en droit positif de l'inamovibilité en 1701 – ne parlent que peu ou pas de l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement. Ainsi, la plupart du temps, les développements sur l'inamovibilité n'occupent que quelques paragraphes voire quelques lignes dans un ouvrage ou un article. C'est, à titre d'exemple, le cas dans la première édition des *Commentaries of the Laws of England* écrits par William Blackstone et publiés entre 1765 et 1769⁷⁷⁹, soit seulement quelques années après l'adoption de la loi de 1760. Si l'ouvrage comprend, notamment, dans le chapitre sept – relatif à la prérogative royale – du livre premier des développements relativement denses sur l'indépendance de la justice⁷⁸⁰, il ne contient, *a contrario* et pour ce qui concerne l'inamovibilité, qu'une référence très brève au droit positif. En effet, William Blackstone se contente de renvoyer aux lois de 1701 et de 1760⁷⁸¹. L'extrême pauvreté des développements sur l'inamovibilité dans les travaux de William Blackstone a, du reste, conduit à écarter de l'analyse qui suit les *Commentaries of the Laws of England*. Deuxième constat : à la différence du mot indépendance (*independence*) dans les discours de la doctrine avant 1701⁷⁸², le mot inamovibilité est, par contre, présent dans les travaux doctrinaux après 1701. Ce sont, en particulier, les mots *life tenure*, *security of tenure*, *tenure of office*, *commissions made quamdiu se bene gesserint* qui sont employés par les auteurs anglais.

316. Au delà des premières constatations, un examen plus critique des travaux doctrinaux publiés après 1701 oblige à remarquer que les auteurs anglais n'envisagent pas tous de la

⁷⁷⁹ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile de la première édition de 1765-1769, 1979, 4 vol.

⁷⁸⁰ Les développements sur l'indépendance de la justice occupent les pages 257 à 260 du volume un. W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile de la première édition de 1765-1769, 1979, pp. 257-260. Blackstone y traite, entre autres choses, de la question du roi, fontaine de justice et de l'interdiction pour le roi d'exercer la justice par lui-même. Pour de plus amples renseignements sur le concept « le roi ne doit pas trancher les différends » dans les travaux de Blackstone, voir: *Infra*, n° 346.

⁷⁸¹ *Id.*, p. 258.

⁷⁸² V. sur ce point : *Supra*, n° 185.

même manière l'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement. Contrairement à une première intuition, tous ne se montrent pas enthousiastes au sujet de l'inamovibilité anglaise. L'objet de la présente section consiste à rendre compte, au moyen d'une approche critique, d'une division entre les auteurs, qui après 1701, appréhendent l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement⁷⁸³. Pour y parvenir, le propos s'appuie sur quelques articles parmi lesquels figurent l'article d'Anthony Bradley intitulé « La position constitutionnelle du pouvoir judiciaire »⁷⁸⁴ ou les articles de David Lemmings consacré à « L'indépendance de la justice en Angleterre au dix-huitième siècle »⁷⁸⁵ ou aux « Juges »⁷⁸⁶. Surtout, il s'appuie sur quelques ouvrages majeurs. Il s'agit, essentiellement, de *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II* d'Henry Hallam⁷⁸⁷, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* d'Albert Venn Dicey⁷⁸⁸, *The Government of England : its structure and its development* de William Hearn⁷⁸⁹, *A History of English Law* de William Holdsworth⁷⁹⁰, *Justice and Administrative Law : a study of the British constitution* de William Robson⁷⁹¹, *The Law and custom of the constitution* de William Anson⁷⁹², *English Social History* de George Macauley Trevelyan⁷⁹³, *The English Judges : Their Role in the Changing Constitution* de Robert Stevens⁷⁹⁴ et *Constitutional and administrative law* d'Anthony Bradley et Keith Ewing⁷⁹⁵.

⁷⁸³ Dans cette section, chaque fois que le mot inamovibilité est utilisé, il faut, en fait, entendre « l'inamovibilité telle que consacrée dans l'Acte d'Etablissement ». C'est l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement, et non l'inamovibilité en général, qui est appréhendée par les auteurs anglais de notre analyse.

⁷⁸⁴ A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 281-313.

⁷⁸⁵ D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, pp. 125-149.

⁷⁸⁶ D. Lemmings, « Judges », in McCalman (éd.), *An Oxford Companion to the Romantic Age: British culture 1776-1832*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 567-568.

⁷⁸⁷ C'est, en particulier, le volume deux qui est utilisé dans le cadre de l'analyse : H. Hallam, *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, vol. II, 1^{re} éd., Londres, J. Murray, 1827, 828 p.

⁷⁸⁸ A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1^{re} éd., Londres, Macmillan, 1885, 407 p.

⁷⁸⁹ W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2^e éd., Londres, Longmans, 1887, 636 p.

⁷⁹⁰ C'est, en particulier, le volume six qui est utilisé dans le cadre de l'analyse : W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. VI, 1^{re} éd., Londres, Methuen, 1924, 719 p.

⁷⁹¹ W. A. Robson, *Justice and administrative law : a study of the British constitution*, 1^{re} éd., Londres, Macmillan and co., 1928, 346 p.

⁷⁹² C'est, en particulier, la partie deux du volume deux qui est utilisée dans le cadre de l'analyse : W. R. Anson, *The Law and custom of the constitution*, vol. II, Part. II, 4^e éd., Oxford, Clarendon press, 1935, 414 p.

⁷⁹³ G. M. Trevelyan, *English social history : a survey of six centuries, Chaucer to Queen Victoria*, Londres, Penguin, Réimpression de l'édition de 1967, 2000, 649 p.

⁷⁹⁴ R. Stevens, *The English Judges : Their Role in the changing Constitution*, Oxford, Hart, 2005, 209 p.

⁷⁹⁵ A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, 15^e éd., Harlow, Longman, 2011, 804 p.

317. Concrètement, ce qui ressort de la mise en perspective critique de ces articles et ouvrages est que deux groupes distincts peuvent être distingués au sein de la doctrine anglaise qui après l'adoption de l'Acte d'Etablissement s'intéresse à l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement. Le premier est constitué par des auteurs enthousiastes qui font l'apologie de l'inamovibilité (§1). Le second groupe comprend des auteurs – a priori plus nombreux – qui se montrent plus sceptiques. Loin de célébrer les vertus de l'Acte d'Etablissement, ils esquissent plutôt des critiques sur l'inamovibilité (§2).

§1. L'apologie de l'inamovibilité par les enthousiastes

318. Schématiquement, le groupe des auteurs qui défend l'inamovibilité est composé d'une part, de ceux qui envisagent l'inamovibilité comme l'un des sens de l'indépendance de la justice (A) et, d'autre part, de ceux qui, sans concevoir l'inamovibilité comme l'un des concepts de l'indépendance, la présentent néanmoins comme une garantie efficace de l'indépendance (B).

A. L'inamovibilité comme concept d'indépendance

319. D'une manière générale, il semble que très peu d'auteurs anglais promeuvent l'inamovibilité au rang de concept de l'indépendance de la justice (concept I B dans la typologie). Très peu l'exaltent au point d'en faire un des sens de l'indépendance. C'est là une différence essentielle avec les auteurs allemands actuels qui conçoivent quasiment tous l'inamovibilité comme un des concepts de l'indépendance⁷⁹⁶. Parmi les auteurs anglais qui font de l'inamovibilité une des définitions de l'indépendance figure l'un des juristes les plus illustres d'Outre-Manche : Albert Venn Dicey (1835-1922). En des termes très généraux, Dicey doit sa renommée à ce qu'il s'efforce de dégager, dans son ouvrage majeur *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* publié pour la première fois en 1885, certains principes qui permettent de rendre compte de l'organisation constitutionnelle anglaise en vigueur. Dans la préface de la première édition, il explique : « *Il [ce livre] traite seulement de deux ou trois principes directeurs qui imprègnent la constitution moderne de l'Angleterre. Mon objectif en publiant ce travail est de fournir aux étudiants un manuel qui fasse entrer ces*

⁷⁹⁶ Les auteurs allemands parlent de « *persönliche Unabhängigkeit* » (indépendance personnelle). Pour de plus amples renseignements sur la question, voir dans la Partie sur l'Allemagne n° 512 et s.

*principes dominants dans leurs esprits (...) »*⁷⁹⁷. Pour l'éminent juriste anglais, ce sont, en particulier, les principes de la souveraineté parlementaire, de la *Rule of Law* et les conventions de la Constitution qui sont au fondement de la Constitution anglaise⁷⁹⁸. Pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, Dicey évoque, très succinctement, la question de l'inamovibilité notamment dans la leçon quatre relative à la souveraineté parlementaire et au fédéralisme. Dans une brève digression, il nous dit que tant l'inamovibilité des juges que l'interdiction des empiètements du pouvoir exécutif constituent des concepts de l'indépendance de la justice. Selon ses propres termes, « *nos juges sont indépendants au sens où ils exercent leurs fonctions en vertu d'une charge permanente et qu'ils sont placés au dessus de l'influence directe de la Couronne et du Ministère* »⁷⁹⁹. Ce faisant, Dicey place, ainsi, l'inamovibilité des juges à un niveau supérieur. Il l'élève au même plan que l'interdiction des empiètements du pouvoir exécutif. L'inamovibilité n'est plus simplement un *moyen* parmi d'autres pour atteindre l'indépendance. Au même titre que la prohibition des influences en provenance de l'exécutif, elle est davantage une des *finalités* à atteindre. Au demeurant, une autre remarque annexe peut encore être faite sur la définition de l'indépendance proposée par Dicey. Elle concerne non plus le versant inamovibilité, mais le versant interdiction des empiètements. En ce qui concerne ce concept, il convient de constater que si Dicey fait explicitement référence aux empiètements du pouvoir exécutif (la Couronne et le Ministère) susceptibles d'avoir une influence sur l'activité juridictionnelle du juge, il ne fait, en revanche, pas mention des empiètements du pouvoir législatif. Il nous semble que cette conceptualisation de l'indépendance pensée essentiellement par rapport au pouvoir exécutif, et non pas par rapport au pouvoir législatif, pourrait s'expliquer par l'importance accordée par Dicey au principe de la souveraineté parlementaire. Au sens de la Constitution, le principe de la souveraineté parlementaire signifie d'abord « *le droit de faire ou de défaire*

⁷⁹⁷ « *It [this book] deals only with two or three guiding principles which pervade the modern constitution of England. My object in publishing the work is to provide students with a manual which may impress these leading principles on their minds (...)* ». A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1^{ère} éd., Londres, Macmillan, 1885, p. V. Pour des informations complémentaires en langue française sur la méthodologie de Dicey, voir: L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 242-246.

⁷⁹⁸ A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1^{ère} éd., Londres, Macmillan, 1885, p. 167 ; *Id.*, p. 342. Pour des renseignements généraux sur la souveraineté parlementaire, la *Rule of Law* et les conventions de la Constitution, voir: I. Loveland, *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights: A critical introduction*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 24 ; *Id.*, pp. 53-54 ; *Id.*, pp. 271-272 ; A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, 15^e éd., Harlow, Longman, 2011, p. 24 ; *Id.*, p. 53 ; *Id.*, pp. 92-93. Sur le principe de la *Rule of Law*, voir, surtout, L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 246 et s.

⁷⁹⁹ « *Our judges are independent, in the sense of holding their office by a permanent tenure, and of being raised above the direct influence of the Crown or the Ministry* ». A. V. Dicey, *op. cit.*, p. 142.

n'importe quelle loi »⁸⁰⁰ et ensuite que « *le droit anglais ne reconnaît à aucun homme, ni à aucun corps, le droit d'outrepasser ou d'écarter les lois faites par le Parlement* »⁸⁰¹. C'est de ce principe qu'il pourrait, selon nous, résulter une définition étroite de l'indépendance de la juge n'incluant pas expressément le pouvoir législatif au titre des « ennemis » de l'indépendance.

320. A l'instar de Dicey, au moins deux autres auteurs plus contemporains ont tendance à appréhender l'inamovibilité comme un des concepts de l'indépendance : ce sont les professeurs Anthony Bradley et Keith Ewing. Dans leur ouvrage *Constitutional and administrative law*, ils définissent l'indépendance comme incluant trois concepts. Il s'agit premièrement de la prohibition des influences sur l'activité juridictionnelle du juge, deuxièmement de l'inamovibilité, troisièmement de l'indépendance institutionnelle. L'idée derrière le troisième et dernier concept est que la justice, en tant que pouvoir dans l'Etat, doit être séparée des autres pouvoirs d'Etat que sont le pouvoir exécutif et le pouvoir législatif⁸⁰². Selon les propres termes d'Anthony Bradley et de Keith Ewing, l'indépendance de la justice signifie d'abord, « *que les juges doivent être protégés des pressions politiques obligeant à rendre des décisions qui conviennent au gouvernement ou aux intérêts politiques* »⁸⁰³. Elle fait, ensuite, référence à « *l'inamovibilité : les juges ne peuvent être démis de leurs fonctions parce qu'ils sont impopulaires auprès du gouvernement* »⁸⁰⁴. Elle embrasse, enfin, « *désormais un engagement formel plus fort envers l'indépendance de la justice, et une plus grande séparation des pouvoirs. Dans ces circonstances, moins les deux branches du gouvernement ont de rapport entre elles, mieux c'est* »⁸⁰⁵.

⁸⁰⁰ « *The principle of Parliamentary sovereignty means neither more nor less than this, namely, that Parliament thus defined has, under the English constitution, the right to make or unmake any law whatever* ». *Id.*, p. 36.

⁸⁰¹ « *and, further, that no person or body is recognized by the law of England as having a right to override or set aside the legislation of Parliament* ». *Id.*, p. 36.

⁸⁰² Le concept d'indépendance institutionnelle fera l'objet d'une étude en profondeur dans le quatrième chapitre de cette première partie.

⁸⁰³ « *Judicial independence requires that judges should be protected from political pressure to reach decisions which suit the government or political interests* ». A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, 15e éd., Harlow, Longman, 2011, p. 370.

⁸⁰⁴ « *At the apex of the principle of judicial independence is security of tenure : judges cannot be dismissed because they are unpopular with the government* ». *Id.*, p. 371.

⁸⁰⁵ Judicial independence « *now embraces a stronger formal commitment to judicial independence, and to a greater separation of powers. In such arrangements, the less the two branches of government have to do with each other, the better* ». *Id.*, p. 372.

B. L'inamovibilité comme garantie efficace de l'indépendance

321. Sans aller jusqu'à faire de l'inamovibilité un sens de l'indépendance, certains auteurs louent l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement en la présentant comme une garantie efficace de l'indépendance. Résolument optimistes, ils font valoir que la consécration de l'inamovibilité dans l'Acte d'Etablissement est un progrès majeur pour la protection de l'indépendance de la justice. Selon eux, grâce à l'inscription de l'inamovibilité dans le droit positif en 1701, l'indépendance de la justice est, en pratique, garantie en Angleterre.

322. Parmi les auteurs qui conçoivent l'inamovibilité comme une garantie efficace de l'indépendance figure, notamment, George Macauley Trevelyan (1876-1962). Dans son célèbre *English Social History* publié pour la première fois aux Etats-Unis en 1942, l'historien offre une description de la vie quotidienne en Angleterre entre la période du XIVe siècle et la fin du XIXe siècle. Ses sujets de prédilection sont, entre autres, les paysages et les régions anglaises, la faune et la flore, les gens ordinaires et les lieux⁸⁰⁶. S'affranchissant des divisions par règnes royaux, Trevelyan préfère, le plus souvent, organiser les chapitres de son ouvrage autour des noms d'auteurs renommés, à l'instar de Geoffrey Chaucer, William Caxton ou William Shakespeare. Pour ce qui est de l'inamovibilité des juges, il l'évoque dans une subdivision de son livre consacrée à Samuel Johnson (1709-1784), encore appelé Docteur Johnson, l'auteur du *Dictionary of the English Language*, équivalent du *Dictionnaire de l'Académie française*. Il explique – en des termes forts – que l'inamovibilité permet aux juges « *de ne plus être les chacals du gouvernement, mais des arbitres indépendants entre la Couronne et le sujet* »⁸⁰⁷.

323. De la même façon que Trevelyan, William Holdsworth (1871-1944) rend également compte des vertus de l'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement. L'historien du droit est l'auteur du « *magnum opus* »⁸⁰⁸ *History of English Law* en dix-sept volumes, qui

⁸⁰⁶ Pour de plus amples renseignements sur Trevelyan, voir : D. Cannadine, « Trevelyan, George Macauley (1876-1962) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁸⁰⁷ Thanks to « *the consequent irremovability of judges* » judges « *were no longer jackals of government, but independent umpires between the crown and the subject* ». G. M. Trevelyan, *English social history : a survey of six centuries, Chaucer to Queen Victoria*, Londres, Penguin, Réimpression de l'édition de 1967, 2000, p. 365.

⁸⁰⁸ C'est ainsi qu'Harold Hanbury décrit l'ouvrage *History of English Law* de William Holdsworth. Il nous dit : « *If any works deserves the title magnum opus it is Holdsworth's* ». H. G. Hanbury, « Holdsworth, Sir William Searle (1871-1944) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne). Il importe, néanmoins, de souligner que l'œuvre magistrale d'Holdsworth fait l'objet de critiques par les historiens du droit contemporains, qui font notamment valoir que l'ouvrage s'appuie sur des

retrace l'histoire du droit anglais et couvre la période de l'époque anglo-saxonne à la fin du XIXe siècle. Dans l'*Oxford Dictionary of National Biography*, il est décrit comme un admirateur du XVIIIe siècle, période durant laquelle à ses yeux « *tous étaient sujets à un droit suprême appliqué par des juges indépendants* »⁸⁰⁹. C'est dans le volume six de son *History of English Law* – qui traite notamment de l'Acte d'Établissement – qu'Holdsworth, qui a, par ailleurs, aussi été professeur de droit constitutionnel, s'intéresse à la question de l'inamovibilité. Il fait valoir : « *Cette disposition a écarté la magistrature de l'arène politique, a rendu impossible pour la couronne, la Chambre des communes, ou la Chambre des Lords d'exercer des pressions sur elle, et par conséquent a garanti une application impartiale de la loi* »⁸¹⁰. Plus loin, il martèle aussi qu'après la consécration en droit positif de l'inamovibilité, « *les juges n'avaient désormais plus rien à craindre, ni de la couronne, ni de l'une des deux Chambres du Parlement* »⁸¹¹. Selon William Holdsworth, cette nouvelle inamovibilité des juges a, du reste, encore une implication concrète. Elle permet aux juges de créer de nouveaux principes en droit constitutionnel. Pour reprendre les termes de l'auteur, à compter de ce que les juges ont été inamovibles, « *ils ont pu développer dans leurs décisions les principes du droit constitutionnel, aussi librement et impartialement que ce qu'ils avaient l'habitude de faire dans les autres branches du droit anglais* »⁸¹².

324. Enfin, et pour ne citer qu'un dernier exemple, William Robson (1895-1980)⁸¹³ rend également compte de ce que l'inamovibilité garantit de manière effective l'indépendance de la justice. Dans son ouvrage *Justice and administrative Law* publié pour la première fois en 1928, le fondateur de la revue *Political Quarterly* décrit et apprécie, à titre principal, le développement en Grande-Bretagne de la justice administrative. Contrairement aux

sources secondaires. Pour un aperçu des critiques, voir, par exemple : R. A. Cosgrove, « The Culture of Academic Legal History : Lawyers' History and Historians' Law 1870-1930 », *Cambrian Law Review*, vol. 33, 2002, pp. 29-30.

⁸⁰⁹ H. G. Hanbury, « Holdsworth, Sir William Searle (1871-1944) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁸¹⁰ « *This clause removed the Bench from the political arena, made it impossible for the crown, House of Commons, or Houses of Lords to exercise pressure upon it, and thereby guaranteed the impartial administration of the law* ». W. S. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. VI, 1^{re} éd., Londres, Methuen, 1924, p. 234.

⁸¹¹ « *The judges had now nothing to fear, either from the crown, or from either one of the two Houses of Parliament* ». *Id.*, p. 263.

⁸¹² « *Therefore they could develop by their decisions the principles of constitutional law, as freely and as impartially as they were accustomed to develop any other branches of English law* ». *Id.*, p. 263.

⁸¹³ Pour de plus amples renseignements sur William Robson, voir : B. Crick, « Robson, William Alexander (1895-1980) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

allégations d'Albert Venn Dicey⁸¹⁴, il estime, en effet, qu'il existe « *dans la Constitution de la Grande-Bretagne un corps défini de droit administratif ou, comme on l'appelle parfois, de justice exécutive* »⁸¹⁵. En interrogeant la justice administrative, Robson est, de façon subséquente, également conduit à réfléchir aux caractères fondamentaux de la justice. Dans son introduction, il annonce que ce qui l'a « *surtout intéressé a été de découvrir les conditions essentielles, aussi bien psychologiques qu'institutionnelles, qui doivent être remplies si la justice doit être rendue* »⁸¹⁶. Il précise, d'ailleurs, que la recherche des caractères fondamentaux de la justice, loin de s'attacher à « *à une forme particulière d'organisation ou de structure judiciaire* »⁸¹⁷, s'inscrit plutôt dans une conception extensive de la justice, autrement dit dans une approche transversale de la justice. Au titre des conditions institutionnelles essentielles de la justice, Robson identifie, entre autres, « l'irresponsabilité du juge » (chap. 2, §3) ou « le droit à être entendu devant un tribunal » (chap. 2, §9). Surtout, et pour ce qui nous intéresse, il cite « l'indépendance de la justice » parmi les dites conditions. C'est, précisément, dans ses développements sur l'indépendance de la justice (chap. 2, §2)⁸¹⁸ que Robson aborde longuement la question de l'inamovibilité du juge. Pour Robson, « *l'inamovibilité dont les juges jouissent est au fond l'élément le plus essentiel qui sous-tend le principe d'indépendance* »⁸¹⁹. Au soutien de son propos, le spécialiste de droit administratif explique que l'inamovibilité autorise le juge à prendre ses décisions sans se soucier de plaire ou de déplaire : « *Que les décisions du juge donnent satisfaction ou suscitent la colère du Premier Ministre et de ses collègues, ou du Lord Chancellor, il ne peut être démis de ses fonctions selon le bon plaisir* »⁸²⁰. Dans la même veine, il précise encore : « *le titulaire d'une charge judiciaire peut déplaire un nombre infini de personnes un nombre infini de fois sans*

⁸¹⁴ Dans *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, Dicey explique : « *In England, and in countries which, like the United States, derive their civilisation from English sources, the system of administrative law and the very principle on which it rests are in truth unknown* ». A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1^{re} éd., Londres, Macmillan, 1885, p. 180.

⁸¹⁵ « *This remarkable movement betokens the existence in the Constitution of Great Britain of a definite body of Administrative Law, or Executive Justice as it is sometimes called (...)* ». (Nous soulignons) W. A. Robson, *Justice and administrative law : a study of the British constitution*, Londres, Macmillan and co., 1928, p. xiii (Introduction).

⁸¹⁶ « *What I have been concerned with in the main has been to discover what are the essential conditions, psychological as well as institutional, which must be fulfilled if the ends of justice are to be served* ». *Id.*, p. xv.

⁸¹⁷ *Id.*, p. xv.

⁸¹⁸ Les développements sur l'indépendance de la justice se trouvent aux pages 43 à 50. *Id.*, pp. 43-50. A titre de remarque, il convient de souligner que tandis que la seconde édition de *Justice and administrative law* en date de 1947 a fait l'objet de profondes modifications par rapport à la première édition de 1928, les développements sur l'indépendance de la justice qui nous intéressent n'ont absolument pas fait l'objet de révision.

⁸¹⁹ « *The security of tenure which the judges enjoys is at bottom the most essential fact underlying the principle of independence* ». W. A. Robson, *Justice and administrative law : a study of the British constitution*, 1^{re} éd., Londres, Macmillan and co., 1928, p. 48.

⁸²⁰ « *Whether or not the decisions of a judge bring satisfaction or anger to the Prime Minister and his colleagues, or the Lord Chancellor, he cannot be dismissed at will* ». *Id.*, p. 44.

que des conséquences personnelles ne s'ensuivent pour lui, à condition seulement qu'il demeure sain d'esprit et ne commette pas l'une de ses énormités constitutives d'une faute »⁸²¹. Surtout, pour Robson, l'inamovibilité est, en fait, nécessaire en ce qu'elle produit un effet psychologique sur celui chargé de prendre une décision. Selon les propres termes de l'auteur, l'inamovibilité a un effet « sur les processus mentaux qui sont en jeu dans la prise de décision »⁸²². En vue d'explicitier son propos, Robson entreprend une comparaison entre la situation du fonctionnaire et celle du juge. Il indique que tandis que le fonctionnaire – parce qu'amovible – a tendance « à tenir compte de la volonté de ses chefs lorsqu'il tranche une question »⁸²³, le juge inamovible prend, par contre, sa décision sans se soucier de ses supérieurs. Pour reprendre les mots de Robson, l'inamovibilité du juge « est importante en ce qu'elle permet au juge d'adopter un état d'esprit à l'encontre du problème qui se pose à lui et de décider l'affaire sans avoir à en craindre les conséquences ; c'est-à-dire indépendamment de ce que la décision plaise ou ne plaise pas à une autre personne ou plusieurs autres personnes »⁸²⁴. Finalement, ce que Robson observe est donc que l'inamovibilité permet de réaliser une des finalités ultimes de l'indépendance du juge: son impartialité. L'inamovibilité est, par conséquent, non seulement un moyen d'atteindre l'indépendance du juge, mais en plus, un moyen de parachever son impartialité, autrement dit sa capacité à accueillir et à prendre en considération l'ensemble des thèses présentées devant lui.

325. Entre les auteurs qui pensent l'inamovibilité comme un des concepts de l'indépendance de la justice (concept I B dans la typologie) et ceux qui l'appréhendent comme une garantie efficace de l'indépendance, le basculement peut sembler, *a priori*, imperceptible. En réalité, il existe, pourtant, des différences essentielles, y compris en pratique, entre ces deux groupes d'auteurs qui forment le groupe plus large de ceux qui défendent l'inamovibilité. Pour le premier groupe d'auteurs, l'inamovibilité est un objectif *en soi-même*. Au contraire, pour le second groupe d'auteurs, elle n'est qu'un *instrument* pour atteindre un objectif, à savoir l'indépendance. Plus encore, pour le premier groupe d'auteurs, l'inamovibilité a, en tant

⁸²¹ « (...) the holder of a judicial office (...) can displease an indefinite number of persons an indefinite number of times without any personal consequences ensuing to himself, providing only that he remains sane and does not commit one of these enormities which constitute misconduct ». *Id.*, p. 47.

⁸²² « The only real bearing which the matter has on our discussion is the effect that tenure of office has on the mental processes which are involved in the making of a decision ». (Nous soulignons) *Id.*, p. 46.

⁸²³ « In so far as the ultimate possibility of dismissal induces the administrator to take into consideration the will of his superiors in deciding a question, it is important ». (Nous soulignons) *Id.*, pp. 46-47.

⁸²⁴ « The relative security of tenure of the judiciary is important in so far as it enables the judge to adopt a particular attitude of mind toward the problem before him and to decide the case without fear of the consequences ; regardless, that is to say, of whether the decision does or does not please some other person or persons ». *Id.*, p. 47.

qu'impératif à atteindre, une valeur *en elle-même*. Pour le second groupe d'auteurs, l'inamovibilité ne possède, par contre, de valeur que parce qu'elle est un moyen pour réaliser l'indépendance. Dit autrement, elle n'a qu'une valeur *instrumentale*. Finalement, tandis que, pour le premier groupe d'auteurs, il est indispensable de parvenir à l'inamovibilité, pour le second groupe, des moyens positifs autres que l'inamovibilité seraient éventuellement envisageables pour atteindre l'indépendance (à condition, toutefois, qu'ils soient aussi efficaces que l'inamovibilité). Ce qui compte est l'indépendance, moins important sont les instruments effectivement employés pour la réaliser.

§2. La critique de l'inamovibilité par les sceptiques

326. A la différence des auteurs qui font l'apologie de l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement et dont les discours apparaissent plutôt consensuels, d'autres auteurs sont, au contraire, plus critiques sur la question de l'inamovibilité telle qu'elle est consacrée dans l'Acte d'Etablissement. Leurs travaux contiennent la même observation : l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement ne préserve qu'une indépendance de la justice relative. Précisément, les auteurs remarquent que si l'Acte d'Etablissement a fait triompher une protection nécessaire de l'indépendance de la justice, il n'a, pourtant, pas consacré une indépendance absolue de la justice. Pour dénoncer le mythe de l'inamovibilité, les auteurs mettent, en particulier, en avant deux arguments : le premier consiste à soutenir que l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement n'a pas protégé les juges du pouvoir législatif (A). Le second argument a trait à la survivance de la dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif même après 1701 (B).

A. Premier argument : l'absence d'indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif

327. D'emblée, il importe de préciser que cet argument semble être essentiellement mis en avant par des auteurs relativement anciens, qui écrivent durant la fin du XIX^e siècle. En des termes très généraux, ces auteurs expliquent que si l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement protège les juges des influences en provenance du roi, elle ne les prémunit pas de celles du Parlement. La raison en est qu'en vertu des termes mêmes de l'Acte d'Etablissement, les deux Chambres du Parlement peuvent obtenir, au moyen d'une demande formelle à la Couronne, la révocation d'un juge, qui a commis une faute grave. Parmi les auteurs qui considèrent que l'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement ne garantit pas l'indépendance des

juges vis-à-vis du Parlement, il faut, surtout, citer les noms de William Anson et de William Hearn.

328. Abstraction faite de son activité de professeur d'*English Law* à Oxford, William Anson (1843-1914) est aussi membre du Parlement sous l'étiquette du parti libéral unioniste (*Liberal Unionist Party*), puis du parti conservateur⁸²⁵. Après la parution de *The Principles of English Law of Contract* (1884), il publie entre 1886 et 1882 un second ouvrage majeur, *The Law and Custom on the Constitution*. Dans sa structure, *The Law and Custom on the Constitution* est composé de deux parties: tandis que la première est consacrée au Parlement, la seconde s'intéresse à la Couronne. De fait, aucune partie ne porte donc directement sur la justice. Les développements sur la justice apparaissent plutôt de manière incidente au sein des deux parties. En particulier, la thématique de la justice est, en fait, surtout présente dans le chapitre douze de la partie deux intitulé « la Couronne et les Tribunaux ». Dans ce chapitre, Anson examine les tribunaux dans leurs relations avec la Couronne au nom du principe selon lequel la Couronne est fontaine de justice⁸²⁶. C'est, précisément, dans une très brève digression contenue dans le chapitre douze que William Anson témoigne de ce que les juges ne sont pas après la consécration en 1701 de l'inamovibilité indépendants par rapport au pouvoir législatif. Concrètement, l'auteur fait valoir que l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement introduit une nouvelle dépendance des juges vis-à-vis du Parlement. Il suggère que tandis que les juges pouvaient souffrir d'atteintes dans leurs statuts en provenance de la Couronne avant l'adoption de l'*Act of Settlement*, ils pourraient désormais être l'objet d'ingérences qui émanent du pouvoir législatif. Anson explique d'abord : « *Quand les juges ont cessé d'être démis selon le bon plaisir du roi, ils n'ont plus eu de raison de prendre en considération les désirs royaux dans leur administration de la justice* »⁸²⁷. Mais, il ajoute immédiatement ensuite : « *quand au même moment, ils ont été rendus révocables à la demande des deux Chambres, ils ont acquis une raison de se montrer prudent de peur que leur conduite à la Cour ne fasse l'objet d'une surveillance de la part de la Haute Cour du Parlement* »⁸²⁸. Au

⁸²⁵ Pour de plus amples renseignements sur Anson, voir : H. C. G. Matthew, « Anson, Sir William Reynell (1843-1914) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁸²⁶ « *The King is "over all persons in all causes, as well ecclesiastical as civil, within his dominions supreme". The king is the "fountain of justice"* ». W. R. Anson, *The Law and custom of the constitution*, vol. II, Part. II, 4e éd., Oxford, Clarendon press, 1935, p. 285.

⁸²⁷ « *When the judges ceased to be removable at the royal pleasure, they lost a motive for regarding the royal wishes in their administration of justice* ». *Id.*, p. 332.

⁸²⁸ « *when at the same time they were made removable on the address of both Houses, they acquired a motive for carefulness lest their conduct on the Bench should fall under the scrutiny of the High Court of Parliament* ». *Ibidem*.

final, ce que semble regretter Anson est donc que l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement n'ait pas réussi à faire disparaître tous les ennemis de l'indépendance. Pour l'auteur, la loi de 1701 s'est contentée de remplacer un ennemi de l'indépendance par un autre.

329. Plus encore que William Anson, William Hearn (1826-1888) soutient dans son ouvrage *The Government of England : its structure and its development* que l'inamovibilité anglaise n'a pas rendu les juges indépendants du pouvoir législatif. A l'instar d'Anson, Hearn traite essentiellement de trois organes : le Parlement, le roi et les ministres. De fait, comme Anson, lorsqu'il consacre dans le chapitre trois⁸²⁹ de son ouvrage des développements à la justice, c'est surtout dans la relation qu'elle entretient avec la Couronne. Sur la question de la dépendance du juge vis-à-vis du Parlement après la consécration en droit positif de l'inamovibilité, les propos de Hearn sont particulièrement tranchés : il affirme que dans l'hypothèse où l'Acte d'Etablissement aurait garanti l'inamovibilité des juges sans prévoir, comme c'est le cas, le pouvoir de révocation du Parlement, « *le contrôle des juges aurait échappé tout entier au Parlement* »⁸³⁰. C'est, en particulier, lorsqu'il entreprend de décrypter les raisons de l'attribution du pouvoir de révocation au Parlement dans la loi de 1701 que Hearn rend compte de ce que l'inamovibilité de l'Acte d'Etablissement ne protège pas les juges vis-à-vis du Parlement. La thèse de Hearn est que la prérogative reconnue aux parlementaires dans la disposition sur l'inamovibilité répond à la préoccupation de maintenir un contrôle sur la magistrature. Plus précisément, ce serait, pour Hearn, le souci de se protéger vis-à-vis des juges qui expliquerait le pouvoir de révocation attribué au Parlement dans l'Acte d'Etablissement. Selon les propres termes du juriste, « *les inclinations de la magistrature sont telles qu'elles appellent une vigilance constante des représentants du peuple* »⁸³¹. Par « inclinations de la magistrature », Hearn entend, en fait, essentiellement les faiblesses des juges. Il fait référence au juge malhonnête ou faible⁸³², et renvoie de manière plus générale « *à la méfiance vis-à-vis du pouvoir judiciaire* »⁸³³. Finalement, selon Hearn, « *il était donc dans l'intérêt du peuple* »⁸³⁴ que le Parlement dispose du pouvoir de révoquer

⁸²⁹ En langue anglaise, le titre du chapitre trois est « the legal expression of the royal will in judicature ».

⁸³⁰ « *Without this reservation the control of the judges would have passed altogether from Parliament* ». W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, p. 87.

⁸³¹ « (...) *the tendencies of the Bench are such as to call for unceasing vigilance from the representatives of the people* ». *Id.*, p. 86.

⁸³² *Id.*, p. 86.

⁸³³ « *The distrust of the judiciary which was thus generated seems to have long remained in the English mind* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 86.

⁸³⁴ « *It was then in the interest of the people both that the discretion of the Crown was restrained, and that the modification of the tenure with the proviso contains was added* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 87.

les juges en vertu de l'Acte d'Etablissement. Pour épauler sa démonstration, Hearn fait appel au droit comparé. Plus particulièrement, il mobilise l'exemple américain. Il explique que le pouvoir de révocation dont disposent les deux Chambres du Parlement britannique n'existe pas aux Etats-Unis. Le juge américain a, à compter de sa nomination, l'assurance de conserver son siège *sans* condition. Pour reprendre les mots de Hearn, dans le paragraphe un de l'article trois de la Constitution américaine, le pouvoir de démettre un juge de ses fonctions à la demande des deux chambres « *a été délibérément omis, et les juges sont nommés tant qu'ils se comportent dignement sans aucune autre condition* »⁸³⁵. Cette différence de formulation entre l'inamovibilité anglaise et l'inamovibilité américaine a, pour l'auteur, une seule explication : tandis qu'aux Etats-Unis, « *il a été souhaité que les juges soient indépendants tant du contrôle du pouvoir législatif que du contrôle du pouvoir exécutif* »⁸³⁶, en Angleterre, l'objectif était plus simplement « *de rendre le juge indépendant de la Couronne et non du pouvoir législatif* »⁸³⁷. Hearn conclue, en définitive, en indiquant que si les Chambres britanniques se sont vues accorder le pouvoir de démettre les juges de leurs fonctions, c'est parce qu'en Angleterre leur emprise sur les juges a été jugée « *désirable* »⁸³⁸.

330. Employé par deux auteurs majeurs, l'argument selon lequel après 1701 l'inamovibilité anglaise ne protège pas les juges par rapport au Parlement se montre comme un argument central dans le discours des auteurs qui dénoncent le mythe de l'inamovibilité. Une première appréhension de la situation pratique peut, pourtant, conduire à constater que l'idée selon laquelle la justice est dépendante du Parlement à cause des termes de l'Acte d'Etablissement n'est, dans les faits, pas fondée. Un élément fonde cette intuition : jamais le Parlement n'a abusé de la prérogative qui lui a été accordée dans l'Acte d'Etablissement. Pour preuve, il suffit de renvoyer aux statistiques : depuis l'adoption de l'Acte d'Etablissement, une seule

⁸³⁵ « *Accordingly the power of motion upon address was deliberately omitted, and the judges hold during good behaviour without any other condition* ». *Id.*, p. 88. Pour rappel, les termes du paragraphe un de l'article trois de la Constitution des Etats-Unis sont les suivants : « *les juges, tant de la Cour suprême que des juridictions inférieures resteront en fonction aussi longtemps que leur comportement ne donnera lieu à aucun reproche (...)* ».

⁸³⁶ « (...) *when it was desired that the judges should be independent both of legislative and of executive control, that object was accomplished by giving them a freehold estate in their office according to the ordinary rules of law* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 88.

⁸³⁷ « *When the object was to render the judge independent on the Crown but not on the legislature, the object was attained by reserving in the grant of the estate for life a power of revocation upon a parliamentary address* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 88.

⁸³⁸ « *When such interference was considered to be desirable, the power was given without any limitation upon the discretion of Parliament in tendering its advice, and without any obligation upon the Crown to accept it* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 88.

révocation est intervenue. Elle a eu lieu en 1830 et a concerné le juge Jonah Barrington, qui avait été reconnu coupable de détournement de fond⁸³⁹. Contrairement aux allégations d'Anson et de Hearn, l'examen de la pratique révèle donc, *a priori*, que l'indépendance des juges n'a pas été mise à mal par le pouvoir législatif. En réalité, une pareille déduction pourrait, néanmoins, être trop hâtive. Au moins deux éléments invitent à la tempérer. D'abord, il est possible que les juges préfèrent démissionner, plutôt que d'être révoqués à la demande des deux Chambres du Parlement⁸⁴⁰. Ensuite, il est également probable qu'au moins par le passé, la simple menace d'une révocation par le Parlement ait pu être suffisante pour influencer le comportement des juges, sans que l'exercice effectif du pouvoir de révocation n'ait été nécessaire. C'est ce que semble, du reste, suggérer Anson dans l'extrait déjà mentionné. Pour rappel, l'auteur nous dit qu'après 1701, les juges « *ont acquis une raison de se montrer prudent de peur que leur conduite à la Cour ne fasse l'objet d'une surveillance de la part de la Haute Cour du Parlement* »⁸⁴¹. En définitive, ces deux éléments amènent, par conséquent, à relativiser le constat selon lequel malgré les termes de l'Acte d'Etablissement, les juges seraient, en vérité, réellement indépendants dans la pratique par rapport au Parlement. Ils amènent à imaginer qu'il est, en fait, envisageable que les craintes exprimées par Anson et Hearn ont pu *par le passé* se matérialiser sous des formes déguisées.

B. Deuxième argument : la persistance de la dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif

331. A la différence du premier argument, le second est énoncé par des auteurs à la fois anciens et plus contemporains. En des termes très généraux, ils rendent compte de ce que l'inamovibilité anglaise n'a pas supprimé totalement la dépendance des juges vis-à-vis de la Couronne. Eu égard au développement des pouvoirs du *Cabinet*, ils témoignent, plus largement, d'une dépendance par rapport au pouvoir exécutif – y inclus le monarque et le gouvernement – dans la période post-Acte d'Etablissement. Parmi les auteurs qui développent

⁸³⁹ H. Brooke, « Judicial independence – Its history in England and Wales », in H. Cunningham, *Fragile bastion : judicial independence in the nineties and beyond*, Sydney, Judicial Commission of New South Wales, 1997, p. 105 ; J. Bell, *Judiciaries within Europe : A comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 323 ; J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 82 ; R. Masterman, *The separation of powers in the contemporary constitution : judicial competence and independence in the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, p. 209.

⁸⁴⁰ A. G. Alisdair, *The English Legal System*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 237.

⁸⁴¹ « *when at the same time they were made removable on the address of both Houses, they acquired a motive for carefulness lest their conduct on the Bench should fall under the scrutiny of the High Court of Parliament* ». W. R. Anson, *The Law and custom of the constitution*, vol. II, Part. II, 4e éd., Oxford, Clarendon press, 1935, p. 332.

le second argument, figure, à titre d'illustration, l'historien Henry Hallam (1777-1859)⁸⁴². Dans son ouvrage *The constitutional history of England* publié pour la première fois en 1827, il met en garde : « nous ne devrions (...) pas conclure précipitamment que parce que leurs fonctions ne peuvent plus prendre fin par l'autorité de la Couronne, ils [les juges] sont totalement hors de portée de son influence »⁸⁴³. L'historien contemporain David Lemmings est un autre exemple d'auteur qui estime que les juges ne sont pas absolument indépendants du pouvoir exécutif en dépit de la consécration de l'inamovibilité en 1701. Selon lui, « même après 1761, lorsque les fonctions des juges ont été rendues plus sûres face au décès de la Couronne, il y a des énormes doutes sur le fait que la justice était, ou même était supposée être, totalement indépendante de l'influence du gouvernement »⁸⁴⁴. Concrètement, les auteurs, partisans du second argument, signalent, dans leurs travaux, plusieurs stigmates de la dépendance des juges vis-à-vis du pouvoir exécutif qui peuvent être décelés après 1701. En particulier, ils font ressortir quatre symptômes de la dépendance des juges.

332. Le premier concerne les pressions directes exercées par le pouvoir exécutif sur l'activité juridictionnelle des juges. Déjà, avant 1701, les monarques donnaient régulièrement des directives aux juges en vue d'influencer leurs activités juridictionnelles⁸⁴⁵. Or, d'après quelques auteurs, après l'inscription en droit positif de l'inamovibilité, le pouvoir exécutif continue à adresser ponctuellement des instructions aux juges. Ainsi et par exemple, Alcher Polson rapporte que le juge Joseph Yates (1722-1770) reçoit de la part du monarque George III plusieurs fois l'ordre d'agir dans un sens particulier à l'occasion d'affaires sur lesquelles il est amené à statuer. L'auteur évoque même « une lettre du souverain à ce juge entêté, qui quand il l'a reçue, soupçonna un problème, et la retourna sans l'ouvrir »⁸⁴⁶. L'existence d'influences directes en provenance du pouvoir exécutif après 1701 est aussi mise au jour par Robert Stevens : « George III et ses ministres n'ont pas hésité à écrire aux juges pour faire

⁸⁴² Pour de plus amples renseignements sur Henry Hallam, voir : T. Lang, « Hallam, Henry (1777-1859) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁸⁴³ « we should (...) not come hastily to a conclusion, that, because their commissions cannot be vacated by the crown's authority, they are wholly out of the reach of its influence ». H. Hallam, *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, vol. 2, Londres, J. Murray, 1827, p. 545.

⁸⁴⁴ « (...) even after 1761, when the judges' tenure of office was secured against the demise of the Crown, there is considerable doubt as to whether the judiciary was, or even expected to be, fully independent of government influence ». D. Lemmings, « Judges », in McCalman (éd.), *An Oxford Companion to the Romantic Age: British culture 1776-1832*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 568.

⁸⁴⁵ Cf. *Supra*, n° 128 et s.

⁸⁴⁶ « his temper procured a letter from the sovereign to be sent to this obdurate judge, who when he received it, suspecting something wrong, returned it unopened ». A. Polson, *Law and Lawyers: or, Sketches an Illustration of Legal History and Biography*, vol. 2, Londres, Longman, 1840, p. 140. V. aussi sur ce point: J. Oldham, « Yates, Sir Joseph (1722-1770) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

connaître leurs opinions sur des affaires et dans une affaire célèbre en 1767, un juge reçut même des tickets de loterie des ministres »⁸⁴⁷.

333. Le second visage de la dépendance par rapport au pouvoir exécutif après 1701 est lié aux récompenses. Robert Stevens évoque « *les flatteries, les gratifications et les faveurs en provenance du roi ou du ministère* »⁸⁴⁸. David Lemmings parle d'« *un arsenal entier d'incitatifs* »⁸⁴⁹ à la disposition des pouvoirs politiques, en particulier du pouvoir exécutif, pour récompenser les juges méritants. A titre d'illustration, l'historien cite, en particulier, les titres de noblesse, les indemnités complémentaires, les sinécures accordées aux membres de la famille et aux amis⁸⁵⁰.

334. Le troisième indice de la dépendance a trait aux nominations des juges. Jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2005, la nomination des juges relève, sauf quelques exceptions, du *Lord Chancellor*. Selon les termes d'Anthony Bradley, « *les nominations étaient faites au nom de la Couronne, mais la Reine agissait sur les conseils du Lord Chancellor* »⁸⁵¹. Or, il semble que le pouvoir exécutif profite largement de cette prérogative pour nommer des juges, qui lui sont proches politiquement. C'est ce que rapportent, entre autres, Anthony Bradley et David Lemmings. Le premier explique que « *durant la fin du XIXe siècle, les nominations des juges étaient souvent faites pour des raisons politiques* »⁸⁵². Le second parle d'« *une consanguinité entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif* »⁸⁵³ jusqu'en 1832. Il cite les propos de Lord Eldon, *Lord Chancellor*, qui aurait indiqué en 1818 au Premier Ministre qu'il

⁸⁴⁷ « *Certainly George III and his Ministers did not hesitate to write to judges to express their views on cases and in one famous case in 1767 a judge received lottery tickets from Ministers* ». R. Stevens, *The English Judges : Their Role in the changing Constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 12. Le nom du juge qui reçut les tickets de loterie est Richard Aston. V. pour de plus amples renseignements, A. Polson, *Law and Lawyers: or, Sketches an Illustration of Legal History and Biography*, vol. 2, Londres, Longman, 1840, p. 140 ; C. J. Smyth, *Chronicle of the law officers of Ireland: containing lists of the Lord Chancellors and Keepers of the Great Seal, masters of the rolls (...)*, Londres, H. Butterworth, 1839, p. 311.

⁸⁴⁸ R. Stevens, *The English Judges : Their Role in the changing Constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 10.

⁸⁴⁹ « *the crown had a whole armoury of extra sweeteners which might be used to reward judges* ». D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 127.

⁸⁵⁰ *Id.*, p. 127.

⁸⁵¹ A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 301.

⁸⁵² A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 302.

⁸⁵³ « *a high measure of consanguinity between judiciary and executive was clearly the norm before 1832* ». D. Lemmings, « Judges », in McCalman (éd.), *An Oxford Companion to the Romantic Age: British culture 1776-1832*, Oxford, Oxford University Press, 2001, p. 568.

estimait que les postes de juges dans les tribunaux supérieurs devaient être réservés aux hommes « *qui ont rigoureusement respecté les principes de votre Administration* »⁸⁵⁴.

335. La quatrième et dernière trace de dépendance est relative à la rémunération des juges. David Lemmings témoigne de ce que jusqu'en 1799, les juges sont rémunérés selon le bon plaisir de la Couronne⁸⁵⁵. Il souligne que bien que la rémunération des juges ait été « *assurée et établie* »⁸⁵⁶ en vertu des termes mêmes de l'Acte d'Etablissement, les juges sont très souvent payés en retard sous les règnes de George I (1714-1727) et de George II (1727-1760)⁸⁵⁷.

336. La mise en évidence de quatre traces concrètes de la dépendance par rapport à la Couronne après 1701 conduit à estimer que le second argument avancé par certains auteurs a du poids. A ce stade, une précision sur les quatre symptômes de la dépendance identifiés par les auteurs s'impose toutefois. Elle concerne la présence à l'heure actuelle de ces quatre stigmates. A n'en pas douter, au cours des XVIIIe et XIXe siècles, les quatre évidences de la dépendance se sont manifestées de manière relativement prégnante. Aujourd'hui, en revanche, elles semblent être beaucoup moins présentes. L'examen de la pratique actuelle révèle, en fait, que les marques de la dépendance semblent s'être considérablement atténuées, voir même, pour certaines d'entre elles, avoir presque totalement disparues. Pour s'en convaincre, il suffit d'examiner, à titre d'illustration, les « anciens » stigmates de la nomination et de la rémunération des juges.

337. Pour ce qui est, d'abord, de la nomination des juges, dès avant la réforme constitutionnelle de 2005 qui a introduit de profonds changements en matière de nomination des juges, le système s'était perfectionné de sorte qu'il « *fonctionnait relativement bien* »⁸⁵⁸. Anthony Bradley constate que « *l'accent était mis sur la sélection au mérite, et un degré de*

⁸⁵⁴ « *in 1818 he (Lord Eldon) advised the Prime Minister that he believed senior judgeships should be confined to men who had "been uniformly acting upon the principles of your Administration"* ». *Ibidem*.

⁸⁵⁵ D. Lemmings, « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, p. 127.

⁸⁵⁶ 12 & 13 Will. III, ch. 2, art. 3, par. 7, Act of Settlement 1701.

⁸⁵⁷ *Id.*, p. 127.

⁸⁵⁸ A. Le Sueur, « Judicial power in the changing Constitution » in J. Jowell, D. Oliver, *The Changing Constitution*, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 329.

transparence dans la procédure avait été introduit »⁸⁵⁹. Depuis 2006, la nomination des juges fait intervenir une Commission spéciale apolitique (*Judicial Appointments Commission*)⁸⁶⁰. Pour ce qui est, ensuite, du traitement des juges, s'il dépendait largement au XVIIIe siècle des caprices du gouvernement, il est, par contre, à présent, fortement protégé contre les empiètements en provenance du pouvoir exécutif. C'est, surtout, depuis le prélèvement de la rémunération des juges sur le fonds consolidé que les juges anglais jouissent d'une sécurité financière, de nature à les rendre plus indépendants vis-à-vis des pouvoirs politiques. Cette réforme est intervenue à compter de 1787⁸⁶¹, même si elle n'a eu d'incidence pratique qu'au XIXe siècle. A titre principal, la mise en place du prélèvement des juges sur le fonds consolidé a deux conséquences. D'abord, la Couronne ne prend plus directement en charge la rémunération des juges⁸⁶². Ensuite, le Parlement n'approuve pas annuellement les dépenses liées à la rémunération des juges⁸⁶³. Ramenée à la question de l'indépendance des juges, la ponction de la rémunération des juges sur le fonds consolidé permet de réduire l'influence du souverain sur la rémunération des juges. Elle permet aussi de restreindre l'emprise de l'organe législatif sur la rémunération des juges, puisque le Parlement est empêché de débattre chaque année au sein de l'hémicycle de la question de la rémunération des juges. Ainsi, le prélèvement du traitement des juges sur le fonds consolidé préserve donc « *davantage les juges contre les caprices des hommes politiques* »⁸⁶⁴. Finalement, il apparaît donc que les évidences de la dépendance par rapport au pouvoir exécutif mises en exergue par la doctrine anglaise – celles relatives aux pressions exercées sur l'activité juridictionnelle, aux récompenses, aux nominations et à la rémunération des juges –, qui caractérisaient encore la justice anglaise des XVIIIe et XIXe siècles, ne se matérialisent plus, dans l'ensemble, dans la période contemporaine.

⁸⁵⁹« *The customary practice for making appointments had developed to the point where the emphasis had come to be on the selection by merit, and a degree of transparency in the process had developed* ». A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 302.

⁸⁶⁰ Pour de plus amples renseignements sur la question, voir : A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 302-303. V. aussi: *Infra*, n° 386 et s.

⁸⁶¹ 27 Geo., ch. 13, Consolidated Fund Act 1787.

⁸⁶² Au contraire, avant 1787, c'est la Couronne qui verse le traitement des juges.

⁸⁶³ H. Barnett, *Constitutional and administrative law*, 9 éd., Londres, Routledge, 2011, p. 404. V. aussi sur ce point : A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 296 ; A. Lyon, *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, p. 263.

⁸⁶⁴ M. J. Beloff, « Paying Judges : Why, Who, Whom, How much », *The Denning Law Journal*, vol. 18, 2006, p. 7.

Conclusion du Chapitre 3

338. Les résultats de l'enquête critique nous autorisent à accuser les limites de l'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement. D'une part, l'analyse approfondie met en évidence deux importantes restrictions pour ce qui intéresse la mise en application de l'inamovibilité. D'autre part, elle montre que des voix critiques se sont élevées parmi les auteurs anglais pour dénoncer la protection insuffisante de l'indépendance offerte par l'inamovibilité. De la mise en perspective critique de l'inamovibilité anglaise, il résulte finalement que l'existence d'une rupture provoquée par la disposition sur l'inamovibilité doit donc être tempérée. Moins que le résultat d'une disposition législative souvent citée en référence, l'indépendance de la justice anglaise doit plutôt sa force à la pratique coutumière, à une culture politique et à des conventions de la constitution⁸⁶⁵. Aux titres d'exemples de conventions de la constitution relatives à l'indépendance de la justice, il faut, par exemple, citer celle – intitulée *sub judice convention* – qui interdit aux parlementaires à l'intérieur du Parlement de débattre d'une affaire pendante devant les tribunaux ou celle qui veut que celui qui est nommé juge se retire du parti politique auquel il appartient⁸⁶⁶. Ivor Jennings résume cet état des choses en disant que « *l'indépendance des juges repose davantage sur un sentiment général que les juges doivent être indépendants (...) plutôt que sur les formes de la loi, bien que les formes ont été utiles pour établir la tradition et doivent être conservées pour soutenir la tradition* »⁸⁶⁷.

⁸⁶⁵ Stevens R., « Judicial Independence in England : A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien, *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 155 ; D. Woodhouse, « United Kingdom – The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence, the English Way », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 153 ; A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 290.

⁸⁶⁶ Pour de plus amples renseignements sur les conventions de la constitution relatives à l'indépendance de la justice, voir, par exemple : L. Neudorf, « The Supreme Court and the New Judicial Independence », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2012, p. 29. Du reste, il faut encore indiquer que la question de la nature des conventions de la constitution est problématique : tandis que certains estiment que les conventions de la constitution sont des normes politiques ou morales, d'autres font valoir qu'elles sont du droit.

⁸⁶⁷ « *the independence of the judges depends rather upon a general feeling that judges ought to be independent, (...) than upon the forms of the law, though the forms were useful in establishing the tradition and must be maintained to assist the maintenance of the tradition* ». I. Jennings, *The Law and the Constitution*, 5e éd., Londres, University of London Press, 1959, pp. 244-245.

Chapitre 4: Les évolutions contemporaines de la conceptualisation

339. Au sein d'un paragraphe relatif au « sens et aux exigences de l'indépendance de la justice », Diana Woodhouse écrit, dans son article consacré à la Réforme constitutionnelle de 2005, qu'« *au Royaume-Uni, le contexte actuel est très différent de celui d'il y a cinquante ans, et a encore évolué davantage depuis le CRA* »⁸⁶⁸. Par cette phrase, Diana Woodhouse renvoie aux mutations conceptuelles et institutionnelles qu'a connues récemment l'indépendance de la justice en Angleterre. A n'en pas douter, la conceptualisation de l'indépendance de la justice a fait depuis peu face à de profonds changements.

340. C'est, en particulier, à compter du milieu des années 1970 que la conceptualisation anglaise de l'indépendance de la justice a pris un *certain* tournant. L'objet du présent chapitre est de rendre compte de ces transformations. Il s'agit de décrypter les changements récents qui se sont produits dans la conceptualisation anglaise de l'indépendance et à partir d'une synthèse générale, d'interroger les définitions actuelles de l'indépendance. Pour se faire, trois étapes doivent être envisagées. L'analyse des mutations contemporaines de l'indépendance suppose de s'intéresser, tout d'abord, à l'émergence récente d'un début de théorisation. Il s'agit de cerner de près l'apparition dans les discours d'une distinction conceptuelle entre d'une part, indépendance individuelle et, d'autre part, indépendance collective (section 1). Il faut, ensuite, envisager, dans le détail, le concept d'indépendance collective (dont le synonyme est « indépendance institutionnelle ») issu de la nouvelle conceptualisation. Plus encore que le concept d'indépendance individuelle, c'est le concept d'indépendance collective qui mérite l'attention, dans la mesure où il est traversé par les plus importantes tensions et qu'il retient indubitablement le plus l'attention de la littérature (section 2). L'examen des glissements de sens de l'indépendance nécessite, enfin, de s'intéresser à l'impact de la Réforme constitutionnelle de 2005 sur la conceptualisation de l'indépendance de la justice. Il faut, en particulier, examiner les effets de la réforme sur le concept d'indépendance collective (section 3).

⁸⁶⁸ « *In the U.K., the present context is very different from that of fifty years ago, say, and is changed further by the CRA* ». D. Woodhouse, « United Kingdom – The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence, the English Way », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 157. « CRA » est l'abréviation pour *Constitutional Reform Act* et fait, donc, référence à la réforme constitutionnelle intervenue en 2005.

Section 1 : L'émergence progressive d'une conceptualisation explicite

341. Au terme d'un examen approfondi des transformations conceptuelles de l'indépendance entre 1701 et aujourd'hui, il est possible de découvrir *une marque de césure*, relativement récente et passée largement inaperçue dans la littérature. Elle s'est produite au milieu des années 1970. A compter de cette période, un début de théorisation de l'indépendance de la justice voit le jour dans les discours des auteurs anglais. Ainsi, tandis qu'entre 1701 et le milieu des années 1970, aucune conceptualisation – à tout le moins *explicite* – de l'indépendance n'apparaît dans les travaux doctrinaux (§1), au contraire, à partir du milieu des années 1970, une théorisation de l'indépendance se développe progressivement. Petit à petit, les auteurs recourent à deux expressions. Ils différencient au sein de l'indépendance, l'indépendance individuelle (*individual independence*) de l'indépendance collective (*collective independence*) (§2).

§1. L'absence de conceptualisation explicite jusque dans le milieu des années 1970

342. La période entre 1701 et le milieu des années 1970 se caractérise par une ligne de continuité : à l'instar de la période entre le XVe siècle et 1701, il n'y a pas, entre 1701 et le milieu des années 1970, de conceptualisation explicite de l'indépendance de la justice. Précisément, si le mot *independence* est employé par les auteurs qui écrivent après 1701⁸⁶⁹, il ne fait pas l'objet de définitions longues, complexes ou sophistiquées. Comme au cours de la période qui précède l'adoption de l'Acte d'Etablissement, les saisissements de l'indépendance apparaissent, d'une manière générale, relativement modestes.

343. Pour recueillir les définitions de l'indépendance dans les travaux doctrinaux publiés après 1701, il faut donc, à nouveau, de la même manière que ce qui a été fait pour la période avant l'adoption de la loi de 1701, procéder à un travail d'« extraction ». En pratique, l'examen détaillé de la littérature permet, en fait, de révéler que pour l'essentiel, les auteurs mobilisent des concepts de l'indépendance, qui étaient déjà présents dans les productions doctrinales écrites avant 1701 (A). Parfois, ils font, toutefois, aussi valoir de nouveaux concepts, qui étaient absents dans les travaux doctrinaux publiés avant 1701 (B).

⁸⁶⁹ Au contraire, il faut se souvenir qu'au cours de la période entre le XVe siècle et 1701, aucun des auteurs n'emploie le mot *independence*.

A. La reprise de concepts anciens

344. Au moins deux concepts anciens de l'indépendance sont repris par les auteurs qui écrivent après 1701. Il y a, d'abord, le concept selon lequel, « le roi ne doit pas trancher les différends » (1) (concept II A (1) a dans la typologie). Il y a, ensuite, le concept qui prévoit que « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (2) (concept I A (1) dans la typologie).

(1) Premier concept : « Le roi ne doit pas trancher les différends »

345. Déjà présent avant 1701, ce concept est relayé dans les travaux de plusieurs auteurs après l'adoption de l'Acte d'Etablissement. A titre d'illustration, il se manifeste dans *The Britannic Constitution*⁸⁷⁰, écrit par Roger Acherley (bap. 1662?-1740)⁸⁷¹ et publié en 1727. Dans cet ouvrage, explique Jean-Paul Lepetit, Acherley « porte à son sommet le pactisme, l'idée (comme le sous-titre déjà le désigne) qu'un contrat originel existe entre le roi et le peuple »⁸⁷². C'est, en particulier, dans une subdivision de son chapitre premier intitulée « Interdiction pour le roi d'être Juge, Rapporteur, Informateur ou Témoin »⁸⁷³ que l'auteur – qui a aussi été avocat – évoque le concept qui nous intéresse : « *la justice ne doit, en aucun cas, revenir ou être attribuée à cette personne, qui a été désignée Roi* »⁸⁷⁴. Il ajoute encore que le roi « doit dans tous les cas être exclu du bénéfice de juger par lui-même aucun homme ou aucune affaire (...) »⁸⁷⁵. Au soutien du concept, Acherley fait valoir au moins trois justifications, qui, du reste, ont déjà été avancées par les auteurs qui écrivent avant 1701⁸⁷⁶.

⁸⁷⁰ R. Acherley, *The Britannic Constitution: or, the fundamental form of government in Britain. Demonstrating, the original contract entred into by King and people, according to the Primary Institutions thereof, in this Nation. Wherein is proved, that the placing on the throne King William III. was the natural fruit and effect of the original Constitution. And, that the succession to this crown, establish'd in the present Protestant heirs is de jure, and justify'd, by the fundamental laws of Great Britain. And many important original powers and privileges, of both Houses of Parliament, are exhibited*, Londres, Imprimé pour A. Bettesworth, 1727, 695 p.

⁸⁷¹ Pour de plus amples renseignements sur Acherley, voir, par exemple, M. Kilburn, « Acherley, Roger (bap. 1662?, d. 1740) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004.

⁸⁷² J.-P. Lepetit, « La constitution suédoise de 1720 : Première constitution écrite de la liberté en Europe continentale », *Jus politicum*, n° 9, 2013, note n° 417. Disponible en ligne : <http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-Lepetit-4-0-11.pdf> (consulté le 24/11/15).

⁸⁷³ En anglais, le titre de la subdivision est : « The King Excluded from being Judge, Relator, Informer, or Witness ».

⁸⁷⁴ « *That the Judicature ought not, by any Means, to be Lodged, or Vested in that Person, who was to be Declared King* » (Nous soulignons). R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁷⁵ « *the intended King, should, in all Cases, be excluded from Judging in his own Person, any Man, or any Cause* ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁷⁶ Pour une analyse dans le détail des trois justifications et une appréciation de leur force ou de leur faiblesse, voir : *Supra*, n° 234 et s.

Premièrement, il fonde le concept sur la nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès. Il renvoie aux situations particulières dans lesquelles le roi est une des parties au litige en évoquant les « nombreuses plaintes et controverses qui surviendraient nécessairement entre le futur roi et ses sujets »⁸⁷⁷. Il poursuit en observant que, de toute évidence, l'existence de pareilles situations justifie l'interdiction pour le roi de rendre la justice. Selon les propres termes d'Acherley, lorsqu'une controverse survient entre le roi et ses sujets, si le roi est juge, « il serait juge et partie, il serait son propre juge, et il n'accorderait probablement que peu d'importance dans ses jugements aux droits et privilèges garantis par ces constitutions (...) il serait alors préférable pour les gens de ne pas avoir de tribunal, plutôt que d'en avoir un qui soit partial et hypocrite, vindicatif, ou vénal »⁸⁷⁸. Deuxièmement, Acherley justifie également le concept en employant l'argument relatif au rejet de la tyrannie et de l'arbitraire. Il suggère le danger que le souverain, qui est déjà titulaire du pouvoir exécutif et qui aurait à trancher lui-même les litiges, abuse de son pouvoir. La menace d'un pouvoir arbitraire et tyrannique est décrite en ces termes : « l'exercice d'un tel pouvoir conduirait nécessairement le futur roi à disposer d'un pouvoir arbitraire, que l'Assemblée avait, avec tant de soin, délimité et exclu de l'exercice d'une seule personne ou monarque »⁸⁷⁹. Troisièmement, Acherley emploie encore le fondement relatif à l'absence de voies de recours. Il explique que si le roi tranche les différends, il n'y a, de fait, pas de mécanisme d'appel, puisque le roi détient la magistrature suprême : dans l'hypothèse où le roi est juge, et « qu'un sujet aurait été à tort ou injustement emprisonné »⁸⁸⁰, il serait « sans recours pour obtenir réparation »⁸⁸¹. La raison en est « qu'un tel recours serait impossible, tout comme incompatible avec la nature et l'autorité du gouverneur suprême ; parce qu'aucun remède ne pourrait être accordé si ce n'est par un juge supérieur au futur roi ; supposer cela serait une absurdité »⁸⁸². L'auteur conclut en observant encore que

⁸⁷⁷ « That many Pleas and Controversies would necessarily arise, between the intended King and his subjects ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁷⁸ « That if the intended King were to be Judge, he would be both Judge and Party ; He would be Judge in his own cause, and probably would, in his Judgments, pay little Regard to the Rights and Privileges Instituted by these Constitutions (...) For it would be better for the People to have no Tribunal of Justice, than to have one that is Partial and Insincere, or Vindictive, or Venal ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁷⁹ « That such a Judicature would necessarily Attract into the Hands of the intended King, that Arbitrary Power, which the Assembly had, with so much care, fenced out, and excluded from the Exercise of any Single Person or Monarch ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁸⁰ « a Subject might be falsely or unjustly Imprisoned ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁸¹ « without Remedy to Recover Satisfaction ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

⁸⁸² « for such a Remedy would be Impracticable, as well as Inconsistent, with the Nature and Authority of the Supreme Governor ; because no Remedy could be Afforded except by some Judge Superior to the Intended King ; to suppose which, would be an Absurdity ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 85.

l'exercice de la justice par le roi « *invaliderait le privilège du dernier ressort* »⁸⁸³. Finalement, Acherley estime donc que l'indépendance de la justice exige un double degré de juridiction.

346. A l'instar d'Acherley, William Blackstone (1723-1780) défend également le concept dont il est question. Présenté comme l'un des fondateurs de la doctrine classique de la *common law*⁸⁸⁴ ou comme le premier apologiste de la doctrine moderne de la souveraineté parlementaire britannique⁸⁸⁵, Blackstone⁸⁸⁶ est certainement l'un des juristes les plus influents d'Angleterre. Dans la première édition de ses *Commentaries of the Laws of England* publiés entre 1765 et 1769⁸⁸⁷, il martèle qu'« *il est impossible, tout comme impropre, qu'il [le roi] puisse personnellement prendre en charge cette grande et importante tâche* »⁸⁸⁸. A partir de là, il conclue qu'« *il est en conséquence nécessaire que soient mis en place des tribunaux pour l'aider dans l'exécution de ce pouvoir* »⁸⁸⁹. Sur la défense par Blackstone du concept qui nous intéresse, une remarque est nécessaire : si Blackstone ne justifie pas explicitement l'interdiction pour le monarque de rendre la justice, il renvoie, toutefois, *implicitement* à plusieurs fondements. Par l'emploi du mot « impossible », il suggère qu'il résulte de l'importante quantité des obligations royales un emploi du temps surchargé, qui ne permet pas au souverain de se consacrer à la justice (fondement : les problèmes d'agenda). Par l'emploi du mot « impropre », il est probable qu'il fasse référence aux justifications « rejet de l'arbitraire et de la tyrannie » ou « absence de voies de recours », voire au fondement « absence de connaissance du droit »⁸⁹⁰.

⁸⁸³ « *would invalidate the Privilege of the Dernier Resort (...)* ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁸⁴ V. sur ce point : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, p. 176.

⁸⁸⁵ V. sur ce point : I. Nguyễn-Duy, *La souveraineté du Parlement britannique*, thèse, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 257 ; V. aussi : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 206 et s.

⁸⁸⁶ Pour de plus amples renseignements sur William Blackstone, voir : W. Prest, « Blackstone, Sir William (1723-1780) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁸⁸⁷ W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile de la première édition de 1765-1769, 1979, 4 vol.

⁸⁸⁸ « *it is impossible, as well as improper, that he [the king] should personally carry into execution this great and extensive trust* ». W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile of the First Edition of 1765-1769, 1979, p. 257.

⁸⁸⁹ « *it is consequently necessary, that courts should be erected, to assist him in executing this power* ». *Ibidem*.

⁸⁹⁰ L'ensemble des fondements évoqués a fait l'objet d'une analyse détaillée. Pour de plus amples renseignements, voir : *Supra*, n° 234 et s.

(2) Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »

347. Parmi les auteurs qui mobilisent après 1701 ce concept aux racines anciennes, figure, à nouveau, Acherley. De manière concise, il interdit au juge de tenir compte des directives extra-juridiques qui émanent de l'extérieur. Il vise surtout les interférences en provenance du monarque. Les mots d'Acherley sont les suivants : « *il devrait y avoir un nombre adéquat de juges, nommés pour être répartis dans différents tribunaux pour différents buts ; et qu'ils devraient avoir le pouvoir de prendre, et devraient prendre des décisions dans toutes les affaires qui se présentent devant eux, sans avoir à être obligés de consulter le futur roi, pour des conseils, des instructions ou des recommandations* »⁸⁹¹. Ce qui est aussi intéressant est ce qu'Acherley ajoute immédiatement après avoir défendu le concept. Il explique que « *ces juges pourraient, pour des jugements contraires ou nuisibles à ces constitutions, être responsables devant le Parlement* »⁸⁹². Dans le raisonnement d'Acherley, la responsabilité devant le Parlement apparaît donc, en quelque sorte, comme la contrepartie de l'indépendance des juges à l'égard des influences en provenance du dehors. Sans aucune autre précision d'Acherley, il est, du reste, envisageable que par l'expression « responsables devant le Parlement », Acherley fait, en fait, indirectement référence aux dispositions de la loi de 1701, qui permettent aux deux Chambres de démettre un juge dans le cas de la mauvaise conduite⁸⁹³.

348. Un autre exemple d'auteur qui défend le concept qui nous intéresse est William Robson. Le nom de Robson a, déjà, été mentionné, dans la mesure où Robson soutient fermement l'inamovibilité du juge en la présentant comme une garantie efficace de l'indépendance⁸⁹⁴. C'est, en particulier, en établissant une distinction entre d'une part, la situation du fonctionnaire (*the administrator of public services*) et d'autre part, la situation du juge que Robson appréhende le concept. Pour le fonctionnaire, Robson explique qu'il « *est un employé par excellence* »⁸⁹⁵. Par cette expression, Robson veut dire que le travail du fonctionnaire

⁸⁹¹ « *That there should be a competent Number of Judges appointed to be Distributed into several Courts for several purposes ; and that they should have Power to Give, and ought to Give, Judgment in all Cases before them, without being Obligated to Resort to the intended King, for Advice, Instructions, or Directions* ». (Nous soulignons). R. Acherley, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁹² « *these Judges might, for Judgements given Contrary to, or Destructive of these Constitutions, be Accountable in Parliament* ». R. Acherley, *op. cit.*, p. 86.

⁸⁹³ Pour de plus amples renseignements sur les dispositions de la loi de 1701, voir : *Supra*, n° 298.

⁸⁹⁴ V. sur ce point : *Supra*, n° 324.

⁸⁹⁵ « *The administrator of public services (...) is an employed person par excellence* ». W. A. Robson, *Justice and administrative law : a study of the British constitution*, Londres, Macmillan and co., 1928, p. 45.

« implique une sujétion à une autorité supérieure, une obligation d'accepter des instructions quant au travail à accomplir et à la manière dont il doit être accompli – une obligation qui sous-tend tous les aspects de l'administration publique »⁸⁹⁶. A l'opposé, pour le juge, observe Robson, « une partie de son indépendance consiste en le fait que personne ne peut lui donner d'ordres quant à la façon dont il accomplit son travail »⁸⁹⁷. L'auteur précise encore : « comme les plus chanceux praticiens dans la plupart des professions, il “ne dépend de personne” »⁸⁹⁸. Pour justifier que le juge doit échapper aux influences en provenance de l'extérieur, Robson emploie le fondement classique de la soumission au droit⁸⁹⁹. Il renvoie, en particulier, aux précédents : « La seule sujétion qu'il connaît dans l'exercice de ses fonctions officielles est celle qu'il doit au corps existant de la jurisprudence énoncée par ses frères, passés et présents, dans la magistrature, et aux textes de loi du Roi en son Parlement (King in Parliament) »⁹⁰⁰.

B. La consécration de nouveaux concepts

349. Parmi les nouveaux concepts qui voient le jour dans les écrits après 1701, il y a, d'abord, celui autour de la protection statutaire du juge (1) (concept I B dans la typologie). Il y a, ensuite, celui qui prévoit que « l'institution judiciaire, en tant que pouvoir, doit être séparée des autres pouvoirs d'Etat » (2) (concept II A et concept II B dans la typologie). Il y a, enfin, celui au terme duquel « l'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi » (3) (concept II B (1) dans la typologie).

(1) Premier concept : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire »

350. D'ores et déjà, ce concept a fait l'objet d'un examen dans le détail⁹⁰¹. Il a notamment été indiqué qu'il se manifeste, entre autres, dans les travaux de Dicey. Pour rappel, Dicey explique que « *nos juges sont indépendants au sens où ils exercent leurs fonctions en vertu*

⁸⁹⁶ « employment involves a subordination to higher authority, a liability to receive instructions as to the work to be done and the manner in which it is to be performed – a liability which pervades the entire realm of public administration ». *Ibidem*.

⁸⁹⁷ « and part of his independence consists in the fact that no one can give him orders as to the manner in which he is to perform his work ». *Id.*, p. 44.

⁸⁹⁸ « Like the most fortunate practitioners in most professions he “owns no man master” ». *Id.*, pp. 44-45.

⁸⁹⁹ Pour une analyse approfondie de ce fondement avant 1701, voir : *Supra*, n° 233.

⁹⁰⁰ « The only subordination which he knows in his official capacity is that which he owes to the existing body of legal doctrine enunciated by his brethren, past and present, on the bench, and the legislative enactments of the King in Parliament ». *Id.*, p. 45.

⁹⁰¹ V. sur ce point : *Supra*, n° 319-320.

d'une charge permanente et qu'ils sont placés au dessus de l'influence directe de la Couronne et du Ministère »⁹⁰².

(2) Deuxième concept : « L'institution judiciaire doit être séparée des autres pouvoirs d'Etat »

351. Ce concept se manifeste dans les *Commentaries of the Laws of England* de Blackstone. Il renvoie aux expressions « indépendance collective » ou « indépendance institutionnelle », qui seront utilisées plus tard par les auteurs⁹⁰³. Même si le terme lui-même n'est pas encore présent, le concept d'indépendance collective (ou d'indépendance institutionnelle) existe déjà dans les travaux de Blackstone. Il est directement lié à la théorie de la séparation des pouvoirs, dont Blackstone est, d'ailleurs, reconnu pour être l'un des pionniers⁹⁰⁴. A propos de la théorie de la séparation des pouvoirs dans les travaux de Blackstone, John Allison indique : « *Blackstone en Angleterre a "domestiqué" la théorie de Montesquieu en mettant l'accent sur la centralité de l'indépendance judiciaire dans son élaboration de pouvoirs séparés* »⁹⁰⁵. Le même auteur ajoute encore : « *Blackstone est allé plus loin que ce que pouvait Locke pour décrire l'indépendance de la justice et un pouvoir judiciaire séparé comme des caractéristiques établies de la Constitution anglaise* »⁹⁰⁶.

352. En des termes très généraux, ce dont Blackstone parle est « *d'une existence distincte et séparée du pouvoir judiciaire, dans un corps particulier d'hommes, nommés, mais pas révocables selon le bon plaisir, par la couronne (...)* »⁹⁰⁷. Il évoque, en outre, « *un exercice de la justice de droit commun* » qui doit « *être à un certain degré séparé à la fois du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif* »⁹⁰⁸. Au soutien d'un pouvoir judiciaire séparé des autres pouvoirs d'Etat, Blackstone fait valoir l'argument classique relatif au rejet de la tyrannie et de

⁹⁰² « *Our judges are independent, in the sense of holding their office by a permanent tenure, and of being raised above the direct influence of the Crown or the Ministry* ». (Nous soulignons) A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1ère éd., Londres, Macmillan, 1885, p. 142.

⁹⁰³ V. *Infra*, n° 362 et s.

⁹⁰⁴ J. W. F. Allison, *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 78.

⁹⁰⁵ *Id.*, p. 75. Pour une analyse approfondie de la théorie de la séparation des pouvoirs, voir: *Id.*, pp. 74 et s.

⁹⁰⁶ *Id.*, pp. 79-80. Pour rappel, Locke distingue le pouvoir législatif, exécutif et fédératif (qui consiste en la conduite des relations internationales) et ignore le pouvoir judiciaire dans sa classification.

⁹⁰⁷ « *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 (...)* » (Nous soulignons). W. Blackstone, *Commentaries on the Laws of England*, vol. I, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile of the First Edition of 1765-1769, 1979, p. 259.

⁹⁰⁸ « *the administration of common justice be in some degree separated both from the legislative and also from the executive power* ». *Ibidem*.

l'arbitraire⁹⁰⁹. Il montre que la séparation du pouvoir judiciaire est « *une prérogative essentielle de la liberté publique* »⁹¹⁰. De manière plus précise, il constate encore que « *dans l'hypothèse où il [le pouvoir judiciaire] serait joint au pouvoir législatif, la vie, la liberté, et la propriété des sujets seraient entre les mains de juges arbitraires (...)* »⁹¹¹.

353. Le concept d'indépendance de la justice, tel qu'il est appréhendé par Blackstone, est *un concept extrêmement large* (concept II A et concept II B dans la typologie). Loin d'être formulé en des termes précis, le discours tenu par Blackstone en matière d'indépendance apparaît plutôt être formulé en des termes relativement vagues, qui ne permettent pas de saisir son étendu. Blackstone ne fournit pas de précisions sur la manière dont l'institution judiciaire peut effectivement être séparée des pouvoirs législatif et exécutif : en énonçant son concept d'indépendance, Blackstone renvoie-t-il, en fait, à l'interdiction pour les organes judiciaires d'exercer des fonctions autres que que la fonction juridictionnelle (concept II A (2) dans la typologie) ? Fait-il aussi référence à l'idée que l'organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs (concept II B (1) dans la typologie) ? Finalement, seule la très brève mention d'« *un corps particulier d'hommes* » et l'évocation d'« *un exercice de la justice de droit commun* » laisse entrevoir que Blackstone estime au minimum que les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle et que donc seuls les juges professionnels doivent trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie).

(3) Troisième concept : « L'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi »

354. Ce concept (concept II B (1) dans la typologie) peut être découvert dans les écrits de Hearn, qui, du reste, soutient également l'inamovibilité des juges⁹¹². Avant d'analyser dans le détail ce concept de l'indépendance, une précision terminologique s'impose. Par l'expression générique « organisation judiciaire », il faut entendre les questions du nombre de tribunaux, de leurs compétences, de leurs compositions, de la procédure qui leur est applicable ou du mode désignation des juges (etc). C'est dans le chapitre trois consacré à « l'expression légale de la volonté royale dans la justice » que Hearn aborde le concept qui nous intéresse. Il fait

⁹⁰⁹ Pour une analyse approfondie de ce fondement avant 1701, voir : *Supra*, n° 234-236.

⁹¹⁰ « *one main prerogative of public liberty* ». W. Blackstone, *op. cit.*, p. 159.

⁹¹¹ « *were it [the judicial power] joined with the legislative, the life, liberty, and property, of the subject would be in the hands of arbitrary judges* ». *Ibidem*.

⁹¹² Sur Hearn, voir déjà : *Supra*, n° 329.

valoir que « *la Couronne ne peut, en soi et sans la sanction de la loi, créer un nouveau tribunal, ou changer la compétence ou la procédure d'un tribunal existant, ou modifier le nombre de juges dans un pareil tribunal, ou le mode de leurs nominations, ou la durée de leurs fonctions* »⁹¹³. Ce faisant, Hearn dénonce, en fait, le risque encouru pour l'indépendance lorsque le souverain modifie, sans l'approbation du Parlement, l'organisation judiciaire. En changeant seul l'organisation judiciaire, le monarque pourrait chercher à obtenir des décisions complaisantes. Pour cette raison, l'organisation judiciaire doit être garantie par loi. Jamais le roi ne doit pouvoir modifier l'organisation judiciaire, sans l'assentiment du Parlement. Au soutien de son propos, Hearn fournit plusieurs illustrations concrètes. Il convient d'en mentionner au moins une. L'exemple concerne le comte de Lancaster et *l'établissement d'un tribunal d'exception*. Hearn prend expressément position contre les tribunaux d'exception mis en place par le souverain, sans le vote des Chambres. Il raconte: « *Ce noble a été durant le règne d'Edouard II traduit devant une sorte de cour martiale créée par le roi dans ce but ; a été jugé de façon sommaire ; et exécuté* »⁹¹⁴. Par la suite, ce jugement a ensuite été annulé. Les motifs de la décision rendue étaient qu' « *en temps de paix, lorsque les tribunaux ordinaires sont ouverts et prêts à rendre la justice, le comte a été traduit et jugé par un tribunal irrégulier* »⁹¹⁵. Au demeurant, si Hearn enjoint au roi de ne pas modifier l'organisation judiciaire sans l'approbation du Parlement, c'est surtout au nom de la soumission au droit. Pour reprendre les termes de Hearn, « *les tribunaux doivent être constitués et doivent agir, de la manière dont le droit le prévoit, et non pas autrement* »⁹¹⁶. Le même auteur ajoute encore : « *La structure des organes judiciaires de la Couronne est fixée aussi précisément que la manière d'exercice de cette fonction* »⁹¹⁷.

⁹¹³ « *the Crown cannot, of itself and without the sanction of a statute, create any new court, or change the jurisdiction or the procedure of any existing court, or alter the number of judges in any such court, or the mode of their appointment, or the tenure of their office* ». (Nous soulignons). W. E. Hearn, *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longmans, 1887, pp. 75-76.

⁹¹⁴ « *That nobleman was in the reign of Edward the Second brought before a sort of court martial appointed by the King for the purpose ; was tried in a summary way ; and was executed* ». *Id.*, p. 76.

⁹¹⁵ « *the ground of this reversal was that, in a time of profound peace, when the usual courts were open and ready to administer justice, the Earl had been tried and convicted by an irregular tribunal* ». *Id.*, p. 76.

⁹¹⁶ « *These courts must therefore be constituted, and must proceed, in the manner which the law recognizes, and not otherwise* ». *Id.*, p. 75.

⁹¹⁷ « *The structure of the Crown's judicial organs is as precisely settled as the mode of exercising this function* ». *Id.*, p. 75.

§2. L'apparition d'un binôme conceptuel à compter du milieu des années 1970 : l'indépendance individuelle et l'indépendance collective

355. A l'origine du début de conceptualisation explicite de l'indépendance figurent vraisemblablement les travaux de Shimon Shetreet (A). Progressivement, sa distinction entre indépendance individuelle et indépendance collective va s'imposer dans la littérature anglaise, au point de devenir essentielle (B).

A. Le point de départ probable : les travaux de Shimon Shetreet

356. A notre connaissance, le premier auteur à poser des labels sur l'indépendance de la justice, et plus particulièrement à différencier entre *individual independence* et *collective independence*, serait Shimon Shetreet⁹¹⁸. Shimon Shetreet est actuellement titulaire d'une chaire à l'Université Hébraïque de Jérusalem. Sa thèse de doctorat, intitulée *Judges on Trial : A Study of the Appointment and the Accountability of the English Judiciary*, consiste en une étude détaillée sur la justice *en Angleterre*. L'ouvrage, publié en 1976, traite notamment des questions de la nomination, de la rémunération ou de la promotion des juges anglais. Surtout et pour ce qui nous intéresse, il contient aussi dans la partie deux des développements sur l'indépendance de la justice anglaise. C'est, à cette occasion, que se manifeste, pour la première fois, la distinction entre indépendance individuelle et indépendance collective. Concrètement, Shimon Shetreet emploie, pour l'indépendance individuelle, l'expression « indépendance des juges individuels » tandis que pour l'« indépendance collective », il renvoie à « l'indépendance du pouvoir judiciaire en tant que corps » : « *Le mot "indépendance de la justice" recouvre deux sens : l'indépendance des juges individuels dans l'exercice de leurs fonctions judiciaires, et l'indépendance du pouvoir judiciaire en tant que corps* »⁹¹⁹. Entrant dans les détails, il entreprend, tout d'abord, de définir le contenu de l'indépendance des juges individuels : « *L'indépendance des juges individuels se compose de*

⁹¹⁸ Nos recherches dans la littérature anglaise ne nous ont pas permises de déterminer *avec certitude* le point de départ du binôme conceptuel *individual independence / collective independence*. Aucun des nombreux auteurs que nous avons contactés relativement à cette question n'a pu, malheureusement, nous fournir des indications pour nous permettre d'identifier l'origine exacte du binôme conceptuel anglais. Shimon Shetreet est le premier auteur que nous avons identifié à avoir recours au binôme conceptuel. Sur le binôme conceptuel de Shimon Shetreet, voir déjà les développements dans le chapitre préliminaire de cette thèse.

⁹¹⁹ « *The term "independence of the judiciary" carries two meanings : the independence of the individual judges in the exercise of their judicial functions, and the independence of the judiciary as a body* ». S. Shetreet, *Judges on trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1976, p. 17.

deux éléments essentiels. Premièrement, qu'en prenant des décisions de justice et en exerçant, de manière plus générale, leurs fonctions, ils ne soient soumis à aucune autorité sinon à celle du droit. Deuxièmement, que les conditions et la durée de leurs fonctions soient suffisamment protégées »⁹²⁰. Il s'intéresse, ensuite, à l'indépendance collective. S'il n'en fournit pas de définition précise, il fait, par contre, valoir l'idée selon laquelle l'absence de protection de l'indépendance collective est susceptible de se répercuter sur l'indépendance du juge individuel. Selon les propres termes de Shimon Shetreet, « les empiètements sur l'indépendance du pouvoir judiciaire dans son ensemble ont aussi des effets négatifs sur les juges individuels dans l'accomplissement de leurs fonctions »⁹²¹. Finalement, ce que réclame Shimon Shetreet est donc non seulement la sauvegarde de l'indépendance individuelle des juges, mais en plus celle de leur indépendance collective.

357. Après 1976, Shimon Shetreet réitère sa *summa divisio* à plusieurs reprises dans différents travaux. Elle apparaît, par exemple, en 1979 dans son article « the administration of justice : practical problems, value conflicts and changing concepts »⁹²². Dès 1984, dans un article intitulé « Judicial Independence and Accountability in Israel », Simon Shetreet emploie expressément les expressions « *individual independence* » et « *collective independence* »⁹²³. Dans l'article de 1984, à propos de l'indépendance collective, il souligne qu'elle « exige que le contrôle du pouvoir exécutif sur les questions de l'administration judiciaire doit être limité à ces domaines où le système du gouvernement est jugé nécessaire »⁹²⁴. En 1985, constatant que les définitions de l'indépendance généralement proposées par les auteurs sont incomplètes et qu'elles « mettent l'accent sur l'indépendance des juges dans le processus de la prise de décision »⁹²⁵, il martèle fermement qu'il y a d'autres aspects essentiels de l'indépendance de la justice⁹²⁶. Il revendique, en particulier, que l'indépendance collective

⁹²⁰ « The independence of the individual judges is comprised of two essential elements. First, that in the making of judicial decisions and in exercising other official duties they are subject to no authority but the law. Second, that their terms of office and tenure are adequately secured ». *Ibidem*.

⁹²¹ « interference with the independence of the judiciary as a whole also has adverse impacts on individual judges in the discharge of their duties ». *Ibidem*.

⁹²² S. Shetreet, « The administration of justice : practical problems, value conflicts and changing concepts », *U.B.C. Law Review*, vol. 13, n° 52, 1979, p. 57. *Id.*, p. 59.

⁹²³ S. Shetreet, « Judicial Independence and Accountability in Israel », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, p. 992.

⁹²⁴ « Collective independence requires that the Executive's control over matters of judicial administration must be limited to those areas where the system of government deems it indispensable ». *Ibidem*.

⁹²⁵ S. Shetreet, « Judicial Independence : New Conceptual Dimensions and contemporary challenges », in S. Shetreet, J. Deschênes, *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, p. 595.

⁹²⁶ *Ibidem*.

reçoive à l'avenir plus d'attention de la part de la doctrine⁹²⁷. Chemin faisant, l'auteur précise et affine sa grille de lecture en introduisant d'autres labels⁹²⁸ – mais la distinction centrale reste celle entre indépendance individuelle et indépendance collective⁹²⁹.

B. Une distinction conceptuelle devenue essentielle

358. Avant même d'être progressivement reprise par de nombreux auteurs anglais, la distinction pensée par Shimon Shetreet en 1976 est, d'abord, mobilisée dans plusieurs déclarations de principe de portée internationale. Elle transparait, à titre d'illustration, dans *The International Bar Association Code of Minimal Standards of Judicial Independence*, adopté à New Dehli en 1982⁹³⁰. Précisément, tandis que l'exigence un a) prévoit que « *les juges individuels doivent jouir de l'indépendance personnelle et décisionnelle* », l'exigence deux reconnaît que « *le pouvoir judiciaire dans son ensemble doit être autonome et disposer de l'indépendance collective vis-à-vis du pouvoir exécutif* ». Ajoutés aux instruments internationaux, la *summa divisio* de Shetreet est aussi, par la suite, réemployée dans la jurisprudence étrangère. Elle est, par exemple, très clairement présente dans la décision de la Cour suprême du Canada *Valente v. The Queen* en date de 1985⁹³¹. Dans l'espèce, en lieu et place de l'expression « indépendance collective », la Cour emploie celle synonymique d' « indépendance institutionnelle ». L'indépendance est définie de la façon suivante : « *l'indépendance judiciaire fait intervenir des rapports tant individuels qu'institutionnels : l'indépendance individuelle d'un juge, qui se manifeste dans certains de ses attributs, telle l'inamovibilité, et l'indépendance institutionnelle de la cour ou du tribunal qu'il préside, qui*

⁹²⁷ *Id.*, p. 599.

⁹²⁸ Pour une présentation dans le détail de la typologie de Shetreet, voir le chapitre préliminaire de cette thèse.

⁹²⁹ Pour une réaffirmation récente du binôme conceptuel par Shetreet, consulter: S. Shetreet, S. Turenne, *Judges on Trial : the independence and accountability of the English judiciary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 4-8.

⁹³⁰ *The International Bar Association Code of Minimal Standards of Judicial Independence* est disponible en ligne: <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCkQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.ibanet.org%2FDocument%2FDefault.aspx%3FDocumentUid%3Dbb019013-52b1-427c-ad25-a6409b49fe29&ei=zOnWUca6BMrUsgbi7oD4Dw&usq=AFQjCNGIqtXgQ44hUQ7moiFVUke9Kq93bg&bvm=by.48705608.d.Yms> (consulté le 24/11/15). Le texte de cette déclaration est aussi reproduit dans : S. Shetreet, J. Deschênes, *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 388-392. Pour une autre déclaration de principe de portée internationale qui mobilise la distinction de Shimon Shetreet, voir : la Déclaration universelle de Montréal sur l'indépendance de la justice (1983), spéc. son article 1.02. Pour des renseignements généraux sur l'indépendance de la justice dans les déclarations de principes, voir : S. Shetreet, « The emerging transnational jurisprudence of judicial independence : the IBA Standarts and Montreal Declaration », in S. Shetreet, J. Deschênes, *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 393-402 ; L. Huppé, « Les déclarations de principes internationales relatives à l'indépendance judiciaire », *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n° 2, 2002, pp. 299-326.

⁹³¹ *Valente v. The Queen* (1985) 2 S.C.R. 673.

ressort de ses rapports institutionnels ou administratifs avec les organes exécutif et législatif du gouvernement »⁹³².

359. C'est surtout à compter de la fin des années 1980 que les auteurs anglais réutilisent progressivement la grille de lecture de Shimon Shetreet. L'un des premiers est peut-être le juge Nicolas Browne-Wilkinson en 1988. Dans son article intitulé « The independence of the judiciary in the 1980s », il commence par rappeler la définition traditionnelle de l'indépendance, au terme de laquelle « *le juge doit être libre de toute pression en provenance du gouvernement ou de n'importe qui d'autre quant à la manière de prendre une décision dans n'importe quelle affaire* »⁹³³ (concept I A (1) dans la typologie). Selon Nicolas Browne-Wilkinson, ce concept de l'indépendance est en Angleterre particulièrement protégé, de sorte que « *personne n'a jamais tenté de faire pression sur moi dans une affaire d'une quelconque manière : je n'ai jamais, non plus, connu de juges qui ont subi de pareilles pressions* »⁹³⁴. Pourtant, le juge estime qu'il existe, néanmoins, une menace pour l'indépendance. A partir de là, il différencie entre indépendance individuelle et indépendance collective. Il explique que le nouveau danger concerne non pas « *l'indépendance de chaque juge en tant qu'individuel* »⁹³⁵, mais plutôt « *l'indépendance du pouvoir judiciaire en tant que corps d'ensemble* »⁹³⁶. Concrètement, pour l'auteur, le péril actuel résulterait de ce que le pouvoir exécutif dispose du contrôle du budget et plus généralement de ce qui relève de l'administration judiciaire⁹³⁷ : « *la mise en œuvre de l'Etat de droit par les juges pourrait être totalement bafouée par le refus de nommer des juges, de leur fournir des tribunaux pour siéger ou du personnel pour la gestion de ces tribunaux* »⁹³⁸ (concept II B (2) dans la typologie).

⁹³² Traduction officielle disponible en ligne sur le site de la Cour suprême du Canada : <http://csc.lexum.org/decisia-scc-csc/scc-csc/scc-csc/fr/item/108/index.do?r=AAAAAQAZdmFsZW50ZSBjLiBsYSByZWluZSBjb3VyIAAAAAAAAAAE> (consulté le 24/11/15).

⁹³³ « *a judge should be free of any pressure from the government or anyone else as to how decide any particular case* ». N. Browne-Wilkinson, « The independence of the judiciary in the 1980s », *Public Law*, 1988, pp. 44-57 ; spec. p. 44.

⁹³⁴ « *one has ever sought to apply pressure on me to decide a case in a particular way : nor I have heard of any other judge coming under such pressure* ». *Ibidem*.

⁹³⁵ « *the independence of each judge as an individual* ». *Ibidem*.

⁹³⁶ « *the independence of the judiciary as a collective body* ». *Ibidem*.

⁹³⁷ « *At first sight many would not regard the control of finance and administration as providing any threat to judicial independence. But if the matter is given more consideration, it is to my mind apparent that the control of the finance and administration of the legal system is capable of preventing the performance of those very functions which the independence of the judiciary is intended to preserve, that is to say, the right of the individual to a speedy and fair trial of his claim by an independent judge* ». *Ibidem*.

⁹³⁸ « (...) *the enforcement of the rule of law by the judges could be wholly frustrated by the refusal to appoint judges, to provide courtrooms for them to sit in or staff to service those courts* ». *Id.*, pp. 44-45.

360. A compter des années 1990, le recours par la doctrine anglaise aux deux expressions employées par Shimon Shetreet s'accélère. Ainsi, et par exemple, il est possible de les déceler dans l'ouvrage *The Independence of the Judiciary : The View from the Lord Chancellor's Office* de Robert Stevens, publié en 1993⁹³⁹ ou dans son article « the independence of the judiciary : The case of England », publié en 1999⁹⁴⁰. Dans le premier, l'ancien *Master* de *Pembroke College* à l'Université d'Oxford observe que « sans doute la manière la plus adéquate de caractériser le rôle de l'indépendance de la justice en Angleterre est de dire que, tandis que l'indépendance du pouvoir judiciaire est au mieux accidentelle, les Anglais sont fermement attachés à l'indépendance des juges individuels »⁹⁴¹. Dans le second, il évoque « une ligne [de démarcation] entre l'indépendance individuelle et collective »⁹⁴². De la même manière, dans son ouvrage *The New Judiciary : the effects of expansion and activism*, publié en 1999, Kate Malleon fait également appel au binôme conceptuel⁹⁴³. Elle écrit que « les juges doivent aborder chaque cas individuel avec un état d'esprit impartial tandis que la justice en tant que corps doit préserver une indépendance structurelle ou constitutionnelle vis-à-vis des autres branches du gouvernement »⁹⁴⁴. Elle ajoute encore : « la distinction entre l'indépendance collective et individuelle, qui est souvent floue, exige une analyse minutieuse. Elle est importante dans la mesure où la définition à deux volets illustre le fait que les juges remplissent simultanément deux rôles séparés »⁹⁴⁵. Surtout, c'est à partir des années 2000 que les auteurs anglais sont particulièrement nombreux à utiliser la différenciation entre *individual independence* et *collective independence*. Il suffit, pour s'en convaincre, de mentionner, à titre d'illustration, les travaux de Diana Woodhouse ou de Mary Arden. D'abord, en 2004, le professeur Diana Woodhouse explique : « Elle [l'indépendance de la justice] a deux dimensions étroitement liées : l'indépendance vis-à-vis de la branche politique et l'impartialité, la dernière étant, en partie, fondée sur l'existence de la première, mais pas

⁹³⁹ R. Stevens, *The independence of the judiciary : the view from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 221 p.

⁹⁴⁰ R. Stevens, « The independence of the judiciary : The case of England », *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, pp. 597-624.

⁹⁴¹ « Perhaps the most acceptable way of characterizing the role of judicial independence in England is to say that, while the independence of the judiciary is casual at best, the English have a strong commitment to the independence of individual judges ». R. Stevens, *The independence of the judiciary : the view from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 5. Sur la distinction entre indépendance individuelle et indépendance collective dans l'ouvrage de Robert Stevens, voir aussi : *Id.*, p. 183.

⁹⁴² R. Stevens, « The independence of the judiciary : The case of England », *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, p. 608. V. aussi : *Id.*, p. 599.

⁹⁴³ K. Malleon, *The new judiciary : the effects of expansion and activism*, Aldershot, Dartmouth, 1999, p. 45.

⁹⁴⁴ « Judges must approach each individual case with an impartial state of mind while the judiciary as a body must maintain a structural or constitutional independence from the other branches of government ». *Ibidem*.

⁹⁴⁵ « The distinction between collective and individual independence, one which is often blurred, requires some careful analysis. It is an important one because the two-pronged definition is a reflection of the fact that the judges simultaneously fulfill two separate roles ». *Ibidem*.

nécessairement garantie par elle. A partir de là, le mot est employé de différentes façons pour décrire l'indépendance tantôt du juge individuel, tantôt de la justice collectivement »⁹⁴⁶. Ensuite, dans la même veine, en 2006, le juge Mary Arden interroge : « *Que voulons-nous dire par indépendance de la justice ?* »⁹⁴⁷. A cette question rhétorique, elle répond qu'à son avis, « *elle implique au moins deux choses. Premièrement, elle implique que le juge est libre dans chaque cas individuel de prendre la décision qu'il considère être en accord avec le droit, libre de toute influence. Deuxièmement, l'indépendance de la justice veut dire l'indépendance institutionnelle, c'est-à-dire qu'elle implique le concept consistant à assurer le respect du pouvoir judiciaire en tant qu'institution* »⁹⁴⁸. A titre de remarque, il convient de noter que Mary Arden préfère – à l'instar, par exemple, de la Cour Suprême du Canada – l'expression « indépendance institutionnelle » à celle d'« indépendance collective », qui est son synonyme.

361. Pour terminer avec l'apparition du binôme conceptuel, deux précisions s'imposent encore. La première concerne l'étendue du recours à la distinction. Précisément, si, dans leurs discours, beaucoup d'auteurs et juges anglais différencient entre indépendance individuelle et indépendance collective (ou indépendance institutionnelle), il reste, néanmoins qu'un petit nombre d'entre eux ne mobilisent pas les deux expressions pour appréhender l'indépendance de la justice. Plutôt que de recourir au binôme, ils préfèrent caractériser l'indépendance en renvoyant à d'autres concepts. Sur ce point, il est, à titre d'exemple, très intéressant de rappeler que la définition de l'indépendance donnée par Anthony Bradley et Keith Ewing dans leur ouvrage *Constitutional and administrative law*, publié en 2011, inclut la protection statutaire du juge. Selon les termes d'Anthony Bradley et de Keith Ewing, l'indépendance des juges renvoie à « *l'inamovibilité : les juges ne peuvent être démis de leurs fonctions parce*

⁹⁴⁶ « *It [judicial independence] has two interrelated strands: independence from the political arm and impartiality, the latter being, in part, reliant on the existence of the former but not necessarily ensured by it. Thereafter, the term is variously used to describe the independence of the individual judge or the independence of the judiciary collectively* ». D. Woodhouse, « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, p. 136.

⁹⁴⁷ « *What do we mean by independence of the judiciary ?* ». M. Arden, « Judicial independence and Parliaments », in K. S. Ziegler, D. Baranger, A. W. Bradley (éd.), *Constitutionalism and the role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2006, p. 191.

⁹⁴⁸ « *As I see it, it involves at least two things. First, it involves the judge in any individual case being free to reach the decision which he considers to be in accordance with the law, free from any influence. Second, judicial independence means institutional independence, that is, it involves the notion that respect is given for the judiciary as an institution* ». *Ibidem*.

qu'ils sont impopulaires auprès du gouvernement »⁹⁴⁹ (concept I B dans la typologie). La seconde précision est relative à la portée de la distinction. En des termes très généraux, la différenciation entre indépendance individuelle et indépendance collective *génère une impasse*. Plus concrètement, elle ne permet pas de clarifier les sens du mot indépendance. Pour le prouver, il suffit de constater que même après le déploiement du binôme conceptuel dans la littérature, la doctrine anglaise continue à déplorer l'opacité conceptuelle du mot indépendance. Tel est à titre d'exemple le bilan dressé par Robert Stevens en 2001. Il indique que « *le concept d'indépendance, qui est partie intégrante de la séparation des pouvoirs, est vague [et] (...) demeure avant tout un terme de rhétorique constitutionnelle* »⁹⁵⁰. De la même façon, en 2004, Andrew Le Sueur regrette le brouillard conceptuel autour de l'indépendance de la justice⁹⁵¹. Enfin, troisième et dernière illustration : encore, en 2011, Roger Masterman évoque « *la nature relativement sous-théorisée des idées associées à l'indépendance de la justice* »⁹⁵² et décrit le concept d'indépendance comme « *flou* »⁹⁵³. Pour s'expliquer qu'en dépit de l'apparition et du développement de la distinction la définition de l'indépendance demeure obscure, il faut vraisemblablement tenir compte des incertitudes qui entourent ce que recouvre d'une part, l'indépendance individuelle, et, d'autre part l'indépendance collective. Loin d'être sans équivoque, les contenus de l'indépendance individuelle et de l'indépendance collective semblent être plutôt sibyllins. *Ces contenus ne sont jamais explorés en profondeur dans la littérature juridique*. Aucun scientifique du droit ou juge anglais n'en fournit de définitions longues et élaborées. Au contraire, les saisissements de ce que recouvre l'indépendance individuelle et de ce que recouvre l'indépendance collective apparaissent très

⁹⁴⁹ « *At the apex of the principle of judicial independence is security of tenure : judges cannot be dismissed because they are unpopular with the government* ». A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, 15e éd., Harlow, Longman, 2011, p. 371. Il convient, toutefois, de souligner que dans un autre de ses travaux, Anthony Bradley – seul – caractérise l'indépendance en se référant à l'indépendance individuelle et à l'indépendance collective. Il indique que « *l'indépendance de la justice est un principe à plusieurs facettes. Les deux aspects principaux du principe sont (a) la capacité des juges individuels et des tribunaux à prendre leur décision de manière indépendante, et (b) l'autorité et le respect accordés à la justice au sein du système de gouvernement* ». A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 289-290.

⁹⁵⁰ « *In England the concept of judicial independence, an integral part of the separation of powers, is an inchoate one [and] (...) remains primarily a term of constitutional rhetoric* ». R. Stevens, « Judicial Independence in England : A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 155.

⁹⁵¹ A. Le Sueur, « Judicial power in the changing Constitution », in J. Jowell, D. Oliver (éd.), *The Changing Constitution*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 341.

⁹⁵² « *relatively under-theorised nature of the ideas associated with judicial independence* ». R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 243-244.

⁹⁵³ « *an elusive concept* ». *Id.*, p. 207.

modestes. Pour ce qui intéresse le concept d'indépendance individuelle⁹⁵⁴, deux remarques peuvent, en particulier, être faites. Premièrement, il n'apparaît pas, d'une manière générale, que les auteurs ou juges anglais soient tous d'accord ce qu'il recouvre. En témoignent les définitions sensiblement différentes qu'en donnent Roger Masterman et Robert Stevens. Tandis que le premier explique que l'indépendance individuelle est destinée « à garantir l'impartialité des procédures individuelles »⁹⁵⁵, le second considère, plus largement, que « les caractéristiques » de l'indépendance individuelle sont « l'inamovibilité, l'indépendance fiscale, l'impartialité et la liberté vis-à-vis du pouvoir exécutif »⁹⁵⁶. Deuxièmement, il semble que les auteurs ou juges anglais renvoient fréquemment à l'impartialité pour caractériser l'indépendance individuelle. Tel est, par exemple, le cas de Kate Malleison : « si une mesure du pouvoir exécutif, du Parlement ou de tout autre personne ou corps représente une restriction à l'impartialité d'un juge ou de juges dans les affaires qu'ils doivent trancher devant eux, que ce soit dans le présent ou dans le futur (comme dans l'affaire Lord Oliver), cela constituerait une atteinte à l'indépendance individuelle »⁹⁵⁷. Or, la définition de l'impartialité est dans la littérature tout aussi problématique que celle de l'indépendance. Selon Robert Stevens, l'impartialité est « un concept fuyant et malgré les efforts des philosophes et des psychologues, nous n'avons encore qu'une idée vague de ce que nous voulons dire par le concept »⁹⁵⁸. De cela, il résulte que l'indépendance individuelle ne peut être aisément cernée tant qu'elle est appréhendée en référence à l'impartialité. Finalement, et à titre conclusif, il apparaîtrait donc que pour clarifier encore davantage la définition de l'indépendance, au-delà du recours aux expressions « indépendance individuelle » et « indépendance collective », la doctrine anglaise devrait s'attacher à cerner plus précisément leurs contenus respectifs.

⁹⁵⁴ Le concept d'indépendance collective n'est pas étudié en profondeur ici. Il fait l'objet d'une étude dans le détail dans la section deux de ce chapitre.

⁹⁵⁵ « the latter ensuring the impartiality of individual proceedings ». R. Masterman, *op. cit.*, p. 207.

⁹⁵⁶ « Taking what are conventionally seen as the hallmarks of such independence – security of tenure, fiscal independence, impartiality and freedom from executive pressure – there is little doubt that England qualifies under any reasonable standard with respect to individual judges ». (Nous soulignons). R. Stevens, « The independence of the judiciary : The case of England », *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, p. 599. V. aussi sur ce point : R. Stevens, « Judicial Independence in England : A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 159 ; R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 79.

⁹⁵⁷ « If an action by the executive, Parliament or any other person or body constitutes a restriction on the impartiality of a judge or judges in hearing the cases before them, whether in the present or the future (as in Lord Oliver's example), it would constitute a breach of individual judicial independence ». K. Malleison, *The new judiciary : the effects of expansion and activism*, Aldershot, Dartmouth, 1999, p. 63.

⁹⁵⁸ « Impartiality can, however, be an ephemeral concept and despite the efforts of philosophers and psychologists, we still have only an amateur notion of what we mean by the concept ». R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 82.

Section 2 : Les débats autour du concept d'indépendance collective

362. Par « indépendance collective » (encore appelée « indépendance institutionnelle »), il faut entendre l'indépendance de la justice en tant que pouvoir d'Etat. Pour Kate Malleson, « *le principe de l'indépendance collective est fondé sur l'idée de la séparation des pouvoirs entre l'exécutif, le législatif et le judiciaire. Le principe établit que les juges, en tant que pouvoir au sein de l'Etat jouent un rôle dans la mise en équilibre d'intérêts contradictoires au niveau constitutionnel* »⁹⁵⁹. Le même auteur précise encore : « *la justice, en tant qu'institution, doit être indépendante vis-à-vis des pressions extérieures* »⁹⁶⁰. Au-delà de cette caractérisation très large, ce que recouvre, précisément, le concept d'indépendance collective est particulièrement complexe à appréhender, tant les discours des locuteurs sont vagues et confus en la matière. *Il semble même que le contenu de l'indépendance collective varie sensiblement selon les locuteurs.*

363. Si on entreprend de synthétiser et de systématiser les discours particulièrement flous relatifs au concept d'indépendance collective en utilisant notre typologie, il nous semble que le concept d'indépendance collective peut faire référence à l'idée que le budget de la justice doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs ou à l'idée que les organes exécutifs ne doivent pas s'immiscer dans la désignation des organes juridictionnels (concept II B (2) dans la typologie). Il peut également renvoyer à l'idée que les organes judiciaires ne doivent pas exercer des fonctions (ou participer à l'exercice de fonctions) autres que la fonction juridictionnelle (concept II A (2) dans la typologie) ou à l'idée que le Parlement, et plus précisément la Chambre des Lords, ne doit pas trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie).

364. Surtout, ce qui est particulièrement intéressant avec le concept d'indépendance collective est que, d'une part, jusqu'en 2005 au moins, il est un concept polémique, qui suscite la perplexité (§1) et que, d'autre part, il est relayé et renforcé par la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme (§2).

⁹⁵⁹ « *The principle of collective judicial independence is founded on the idea of the separation of powers between the executive, legislature and judiciary. The principle holds that judges, as one branch of the state play a role in balancing competing interests at a constitutional level* ». K. Malleson, *The new judiciary : the effects of expansion and activism*, Aldershot, Dartmouth, 1999, p. 45.

⁹⁶⁰ *Id.*, p. 172.

§1. Un concept polémique

365. D'emblée, l'examen des institutions anglaises permet de dresser un constat : à tout le moins jusqu'à l'adoption du *Constitutional Reform Act*, le concept d'indépendance collective est un concept faible. Il y a un quasi-vide d'indépendance collective en droit positif (A). A partir de là, la fonction du concept d'indépendance collective se montre évidente. Loin de décrire seulement la pratique anglaise, le concept d'indépendance collective sert surtout à critiquer le droit positif. Il est un concept normatif (B).

A. Le quasi-vide d'indépendance collective en droit positif

366. Comprendre la faiblesse du concept d'indépendance collective suppose de s'intéresser à la faiblesse du concept de séparation des pouvoirs en droit anglais. D'une manière générale, au moins jusqu'en 2005, la pratique anglaise se caractérise par une absence de séparation formelle des pouvoirs. Selon les propres termes de Kate Maleson, « *d'un point de vue strictement formel (...) en comparaison de la plupart des autres systèmes, la Grande-Bretagne a, au mieux, une appréciation très lâche de la séparation des pouvoirs, qu'il est plus approprié de décrire en terme de contrepoids plutôt qu'en terme de séparation* »⁹⁶¹. Plus précisément, et pour ce qui nous intéresse, les frontières entre d'une part, le pouvoir judiciaire et d'autre part, le pouvoir exécutif ou législatif apparaissent floues. Concrètement, jusqu'en 2005, il y a au moins *trois preuves* de la perméabilité des frontières entre la justice et l'exécutif ou le législatif. Ce sont ces trois signes qui rendent impossible l'existence d'un concept d'indépendance collective tangible⁹⁶². Premier signe : le *Lord Chancellor*⁹⁶³ occupe une position à la croisée des trois pouvoirs. « *Sur le plan de la séparation des pouvoirs, la position du Lord Chancellor, telle qu'elle existait avant le CRA de 2005, était virtuellement indéfendable* »⁹⁶⁴, fait valoir Roger Masterman. En tant qu'organe du pouvoir exécutif, le *Lord Chancellor* est l'un des principaux ministres. Il appartient au *Cabinet*. En tant qu'organe

⁹⁶¹ « *In a strictly formal sense (...) compared with most other systems the UK has, at best, a very loose appreciation of the separation of powers, more accurately described as balanced rather than separated* ». K. Maleson, *The new judiciary : the effects of expansion and activism*, Aldershot, Dartmouth, 1999, p. 124.

⁹⁶² R. Stevens, « *Judicial Independence in England : A Loss of Innocence* », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 614.

⁹⁶³ Le titre complet du *Lord Chancellor* est, en fait, *Lord High Chancellor of Great Britain and Keeper of the Great Seal*.

⁹⁶⁴ « *In pure separation of powers terms, the office of Lord Chancellor, as it existed prior to the CRA 2005, was virtually indefensible* ». R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 214.

du pouvoir législatif, il est président (*speaker*) de la Chambre des Lords et siège donc à la Chambre Haute. En tant qu'organe du pouvoir judiciaire, il est le « chef » et peut siéger comme juge à la Chambre des Lords. Il est aussi en charge de la nomination et de la discipline des juges⁹⁶⁵. Si cette position apparaît sans nul doute « curieuse »⁹⁶⁶ – c'est le mot employé par Frederick Maitland –, elle est pendant très longtemps plébiscitée par les acteurs politiques et judiciaires. Sur ce point, les propos de Lord Schuster (secrétaire permanent de plusieurs *Lord Chancellors* entre 1915 et 1944)⁹⁶⁷ sont particulièrement éclairants. En 1943, il justifie la position du *Lord Chancellor* en évoquant « *les avantages que peut tirer le Cabinet de la présence d'un collègue qui a non seulement une haute réputation judiciaire, mais peut également représenter devant eux le point de vue du pouvoir judiciaire ; ceux que peut tirer le pouvoir législatif de la présence en son sein d'un individu qui est à la fois juge et ministre ; et ceux que peut tirer le pouvoir judiciaire du fait que son président est en contact étroit avec les affaires politiques actuelles* »⁹⁶⁸. Ajoutée à la position constitutionnelle ambiguë du *Lord Chancellor*, le double rôle assumé par les *Law Lords* est également problématique pour l'indépendance collective. Les *Law Lords* sont en même temps juges suprêmes et membres du pouvoir législatif, pouvant participer à l'élaboration et l'adoption des lois dans la Chambre Haute⁹⁶⁹. « *La violation flagrante de tout modèle formel de séparation des pouvoirs résultant de la présence des Law Lords dans le pouvoir législatif était justifiée* », explique Kate Malleson, « *par son efficacité dans la pratique dans la mesure où la retenue qu'ils s'imposaient dans les débats parlementaires limitaient leur participation à ces domaines où leur expertise pouvait être la plus utile, tout en fournissant également aux juges de précieux renseignements sur le processus législatif et d'élaboration des politiques qui contribuent à une amélioration de leur fonction judiciaire* »⁹⁷⁰. Enfin, troisième et dernier signe du quasi-

⁹⁶⁵ Pour de plus amples renseignements sur les tâches multiples assumées par le *Lord Chancellor*, voir, par exemple : A. Le Sueur, « Judicial power in the changing Constitution », in J. Jowell, D. Oliver (éd.), *The Changing Constitution*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 326 ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 218-219.

⁹⁶⁶ F. W. Maitland, *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, p. 131.

⁹⁶⁷ Pour de plus amples renseignements sur Lord Schuster, voir : A. Napier, « Schuster, Claud, Baron Schuster (1869-1956) », in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (disponible en ligne).

⁹⁶⁸ « *the advantages which accrue to the Cabinet from the presence of a colleague who is not only of a high judicial reputation, but who can represent to them the view of the judiciary ; to the legislature from the presence in it of one who is both a judge and a minister ; and to the judiciary from the fact that its President is in close touch with current political affairs* ». Cité dans : R. Stevens, « Judicial Independence in England : A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 164.

⁹⁶⁹ R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 216.

⁹⁷⁰ « *the blatant breach of any formal model of separation of powers committed by having the Law Lords in the legislature was justified as working in practice because their self-imposed restraint in parliamentary debate*

vide d'indépendance collective en droit positif: les juges sont nommés par le pouvoir exécutif. En général, la nomination des juges relève, plus particulièrement, du *Lord Chancellor* : « *les nominations étaient faites au nom de la Couronne, mais la Reine agissait sur les conseils du Lord Chancellor* »⁹⁷¹. Pour les positions les plus élevées dans la hiérarchie judiciaire, c'est le Premier Ministre qui intervient. Il est expliqué, afin de légitimer la compétence du pouvoir exécutif en matière de nomination des juges, que le système fonctionne « *parce que par convention le Lord Chancellor nomme les juges sans parti pris politique* »⁹⁷².

367. Pour s'expliquer la faiblesse du concept d'indépendance collective en Angleterre, il faut vraisemblablement tenir compte – comme l'indiquent plusieurs auteurs⁹⁷³ – de l'importance du principe de la souveraineté parlementaire⁹⁷⁴. En élevant le Parlement au sommet de la hiérarchie constitutionnelle, Albert venn Dicey (1835-1922) a suggéré que les trois pouvoirs ne sont pas égaux et que les juges sont, en quelque sorte, cantonnés au rôle de délégués du Parlement. Pour rappel, Dicey écrit : « *Tout le pouvoir de l'Etat anglais est concentré dans le Parlement Impérial, et toutes les branches du gouvernement sont légalement soumises au despotisme parlementaire (...) la justice ne prétend pas être au même niveau que le Parlement* »⁹⁷⁵. A l'appui de son propos, le célèbre constitutionnaliste explique encore que le Parlement est libre de modifier les fonctions du pouvoir judiciaire : « *ses fonctions [celles du pouvoir judiciaire] peuvent être modifiées à tout moment par une loi du Parlement ; et une*

limited their participation to those areas where their expertise could be most useful, while also giving the judges valuable insights into the legislative and policy-making processes which improve their judicial function ». K. E. Malleon, « Modernising the constitution : completing the unfinished business », *Legal Studies*, 2004, p. 124.

⁹⁷¹ A. W. Bradley, « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 301. V. aussi sur ce point : R. Stevens, « Judicial Independence in England : A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 166.

⁹⁷² « *the judicial appointments process, it was claimed, worked because by convention the Lord Chancellor appointed judges on a non-partisan basis* ». K. E. Malleon, « Modernising the constitution : completing the unfinished business », *Legal Studies*, 2004, p. 124.

⁹⁷³ V. sur ce point les arguments de Robert Stevens (R. Stevens, « Judicial Independence in England : A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 164 ; R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 89). V. aussi : M. Shapiro, *Courts : A comparative and political analysis*, Londres, The University of Chicago Press, 1981, p. 66.

⁹⁷⁴ Pour une définition du principe de la souveraineté parlementaire dans l'œuvre de Dicey, voir, déjà, *Supra*, n° 319. Pour une analyse du principe de la souveraineté parlementaire dans l'œuvre de Dicey, voir : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, pp. 250 et s.

⁹⁷⁵ « *All the power of the English state is concentrated in the Imperial Parliament, and all departments of government are legally subject to Parliamentary despotism (...) the judicial department does not pretend to stand on a level with Parliament* ». A. V. Dicey, *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1^{ère} éd., Londres, Macmillan, 1885, p. 142. Pour une analyse de la définition de l'indépendance de la justice dans l'œuvre de Dicey, voir, déjà : *Supra*, n° 319.

pareille loi ne serait pas une violation du droit »⁹⁷⁶. De la théorie dyceyenne, il résulterait donc que la justice ne peut être envisagée comme une branche égale et séparée des autres pouvoirs. Elle ne peut être perçue, en tant qu'institution, comme indépendante, en particulier, vis-à-vis du pouvoir législatif. En définitive, le concept de souveraineté parlementaire empêcherait, par conséquent, l'existence en Angleterre d'un concept d'indépendance collective. Robert Stevens résume la situation en expliquant : « *Tandis qu'il est souvent affirmé que l'indépendance de la justice au sens collectif existe, dans le passé, elle a surtout existé dans l'esprit de quelques juges et d'un petit nombre d'hommes politiques libéraux pour être mise en avant au moment le plus opportun dans le débat politique et constitutionnel. Le concept de la souveraineté parlementaire, qui a atteint son point culminant à la fin de l'époque victorienne avec les travaux d'Albert Venn Dicey, a conduit jusqu'à aujourd'hui à ce que les branches séparées du gouvernement, au sens américain, n'existe pas* »⁹⁷⁷.

368. En allant encore plus loin, de l'absence presque totale d'indépendance collective en droit positif, il peut être déduit que le concept d'indépendance collective ne rend pas compte de la réalité juridique. Le quasi-vide d'indépendance collective dans la pratique montre que l'indépendance collective est inadéquate d'un point de vue descriptif⁹⁷⁸. Ainsi, plutôt que d'être un concept descriptif, le concept d'indépendance collective est, en fait, un concept normatif. Il n'a pas vocation à refléter le droit positif. Par contre, il a pour dessein de le critiquer.

B. Un concept normatif employé pour critiquer le droit positif

369. L'examen du concept d'indépendance collective implique de s'intéresser à la distinction entre concept descriptif et concept normatif. En effet, même s'il a l'apparence d'un concept

⁹⁷⁶ « *its functions might be modified at any time by an Act of Parliament ; and such a statute would be no violation of the law* ». *Id.*, pp. 142-143.

⁹⁷⁷ « *While the assertion is frequently made that judicial independence in the corporate sense exists, in the past, it has existed primarily in the minds of some judges and a few liberal politicians to be produced at convenient moments in political and constitutional debate. The concept of parliamentary sovereignty, which reached its high water mark in the late Victorian period with the writings of Albert Venn Dicey, has ensured until now that the separate branches of government, in the American sense, do not exist* ». R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 89. V. aussi : R. Stevens, « *Judicial Independence in England : A Loss of Innocence* », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (éd.), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 164.

⁹⁷⁸ Pour de plus amples renseignements sur ce point, voir : C. Eisenmann, « *Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique* », *Archives de philosophie du droit*, t. XI, 1966, p. 29.

descriptif, le concept d'indépendance collective est, en réalité, un concept normatif (ou prescriptif). Il ne constitue pas l'expression de quelque chose qui est (*sein*), mais plutôt l'expression de quelque chose qui doit être (*sollen*). Dans son ouvrage *La philosophie du droit*, Michel Troper appréhende la différence entre le descriptif et le prescriptif : « *Le langage est composé d'énoncé dont les fonctions sont multiples. Pour ce qui concerne la question de la science du droit, on peut se limiter aux fonctions indicative (ou descriptive) et prescriptive. Pour la première, nous communiquons des informations, nous décrivons le monde ; par la seconde, nous tentons de provoquer des conduites au moyen de commandements, de conseils ou de recommandations. Au moyen du langage prescriptif, nous affirmons que quelque chose est ; au moyen du langage prescriptif, que quelque chose doit être* »⁹⁷⁹.

370. Concrètement, sous couvert d'un exposé scientifique descriptif, le concept normatif d'indépendance collective a, pour l'essentiel, deux desseins : d'une manière générale, il sert, d'abord, à critiquer la réalité juridique. Plus précisément, il sert, ensuite, à orienter l'action du législateur. Grâce au concept normatif d'indépendance collective, les auteurs et juges anglais se donnent les moyens de modifier la réalité dans le sens qu'ils décrivent. Ils proposent une meilleure façon d'organiser les pouvoirs et encouragent le législateur à traduire l'indépendance collective dans le droit positif. Ils prescrivent, par conséquent, ce que l'indépendance *doit être*. En définitive, – et ce sont les mots d'Isabelle Boucobza –, l'usage du concept d'indépendance collective traduit donc « *le rôle que la doctrine juridique entend jouer à l'égard du droit. Elle ne se contente pas de le décrire, elle tend aussi à agir sur lui, à le modifier, par exemple, lorsque celui-ci dérogerait à certaines constructions intellectuelles dont elle considère qu'elles fondent et doivent fonder le droit positif* »⁹⁸⁰. Cette position est, du reste, en contradiction avec celle prônée, entre autres, par les positivistes Hans Kelsen (1881-1973) ou Herbert Hart (1907-1992). Selon les deux auteurs, la science juridique doit décrire le droit tel qu'il est, et non pas le droit tel qu'il devrait être. Pour reprendre les mots de Kelsen, la science juridique « *doit décrire son objet tel qu'il est effectivement, elle s'interdit de prescrire ce qu'il devrait être ou ne devrait pas être sur la foi d'un quelconque jugement de valeur* »⁹⁸¹. De la même manière, Herbert Hart fait valoir : « *mon but dans cet ouvrage était de fournir une théorie de ce que le droit est qui est à la fois générale et descriptive (...)*

⁹⁷⁹ M. Troper, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, p. 27.

⁹⁸⁰ I. Boucobza, « Un concept erroné, celui de l'existence d'un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, pp. 78-79.

⁹⁸¹ H. Kelsen, *Théorie générale du droit*, trad. B. Laroche, Paris, LGDJ, 1997, p. 46.

Mon ambition est descriptive en ce que qu'elle est moralement neutre et n'a pas de buts justificatifs (...) »⁹⁸².

371. Dans le fond, au moins deux signes attestent de ce que le concept d'indépendance collective est effectivement un concept normatif employé pour critiquer le droit positif. Le premier est lié à la tonalité et au lexique employés par certains auteurs et juges, qui appréhendent l'indépendance collective. Loin de décrire simplement le droit positif, quelques auteurs et juges utilisent un ton et à un lexique, qui s'inscrivent clairement dans le registre revendicatif. C'est le cas, entre autres exemples, du juge Nicolas Browne-Wilkinson. A la lumière de l'indépendance collective, Nicolas Browne-Wilkinson juge que « *la vieille machine qui régleme l'administration de la justice ne garantit plus l'indépendance de ce système vis-à-vis du contrôle du pouvoir exécutif* »⁹⁸³. S'exprimant en 1987, l'ancien *Senior Lord of Appeal in Ordinary* pointe, en particulier, du doigt, la position du *Lord Chancellor*, qui représente simultanément à la fois la justice indépendance et les intérêts du gouvernement. Il estime que cette position « *devient de plus en plus difficile (...) les demandes d'économies financières forçant le ministère du Lord Chancellor à intervenir de plus en plus dans des domaines que les juges considèrent être de leur ressort exclusif* »⁹⁸⁴. Surtout, un second élément confirme indirectement que le concept d'indépendance collective est un concept normatif employé pour critiquer le droit positif. Il s'agit de l'absence d'unanimité totale autour de l'indépendance collective dans la doctrine anglaise. En tant que concept normatif, l'indépendance collective n'est pas un concept consensuel. C'est spécialement Kate Malleson qui a surtout émis des réserves sur le concept normatif d'indépendance collective. Contrairement à la très grande majorité des auteurs et juges, dans son ouvrage *The new Judiciary* publié en 1999, si elle s'intéresse au concept d'indépendance collective, elle ne l'emploie pas pour critiquer le droit positif. Elle n'exprime aucune prescription. Selon l'auteur, l'indépendance collective n'existe pas et n'a, de toute façon, pas besoin d'exister : « *les hauts magistrats réclament souvent l'indépendance collective et pourtant la justification*

⁹⁸² « *My aim in this book was to provide a theory of what law is which is both general and descriptive (...). My account is descriptive in that it is morally neutral and has no justificatory aims (...)* ». H. L. A. Hart, *The concept of law*, 3 éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, pp. 239-240. Pour une analyse dans le détail et critique du positivisme juridique, voir : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, 739 p. ; spéc., pp. 216 et s. et pp. 437 et s.

⁹⁸³ « *the old machinery regulating the administration of justice no longer ensures the independence of that system from executive control* ». N. Browne-Wilkinson, « *The independence of the judiciary in the 1980s* », *Public Law*, 1988, p. 50.

⁹⁸⁴ « *The Lord Chancellor's own position (...) is becoming more and more difficult (...) the Lord Chancellor's Department being forced by the demands for financial economy to move more and more into areas which the judges consider to be their exclusive concern* ». *Ibidem*.

du principe qui est fondé sur une branche constitutionnelle distincte de l'Etat est difficile à établir lorsqu'on y regarde de plus près »⁹⁸⁵. Kate Malleson ajoute encore : « *le large chevauchement entre les fonctions de la justice, de l'exécutif et du Parlement continuera de telle manière qu'une définition de l'indépendance de la justice comme exigence constitutionnelle reposant sur la séparation des pouvoirs ne peut être soutenue* »⁹⁸⁶. Au demeurant, il convient, toutefois, de noter qu'entre 1999 et 2006, la position de Kate Malleson sur le concept d'indépendance collective semble légèrement évoluée⁹⁸⁷. Dans un article intitulé « *Modernising the Constitution : Completing the Unfinished Business* », et publié cinq années après *The new judiciary*, l'auteur apparaît réclamer un concept d'indépendance collective. Elle semble encourager une séparation plus stricte des pouvoirs judiciaire et législatif ou exécutif. Son ton et son lexique traduit davantage la normativité. Elle explique : « *Etant donné que les frontières entre le droit et la politique sont devenues de plus en plus floues au cours des trente années, le besoin d'une démarcation plus claire entre la justice et les autres branches du gouvernement est devenue plus pressante* »⁹⁸⁸. Plus loin, elle ajoute encore : « *Le pragmatisme traditionnel qui a fondé la Constitution britannique est atténué par une volonté nouvelle de façonner les dispositifs constitutionnel et institutionnel en vue d'être conforme à des principes qui sont conçus pour protéger l'indépendance de la justice et accroître la légitimité du système judiciaire* »⁹⁸⁹.

⁹⁸⁵ « *The claim to collective independence is often made by senior judges and yet the justification for the principle as being based on a constitutionally distinct branch of state is hard to establish when examined closely* ». K. Malleson, *The new judiciary : the effects of expansion and activism*, Aldershot, Dartmouth, 1999, p. 45.

⁹⁸⁶ « *the broad overlap between the functions of the judiciary, the executive and Parliament will continue so that a definition of judicial independence as a constitutional requirement based on the separation of powers cannot be sustained* ». *Id.*, p. 62.

⁹⁸⁷ C'est déjà le constat dressé par Roger Masterman. R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 211.

⁹⁸⁸ « *As the boundaries between law and politics have blurred over the last 30 years, the need for a clearer delineation between the judiciary and the other branches of government has become more pressing* ». K. Malleson, « *Modernising the constitution : completing the unfinished business* », in G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, p. 161.

⁹⁸⁹ « *The traditional pragmatism which has underpinned the British constitution is being tempered by a new willingness to shape constitutional and institutional arrangements so as to conform to principles which are designed to protect judicial independence and enhance the legitimacy of the judicial system* ». *Ibidem*.

§2. Un concept relayé et renforcé par la Cour européenne des droits de l'homme⁹⁹⁰

372. Avant d'analyser de manière plus approfondie l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le concept d'indépendance collective, une remarque liminaire est nécessaire : à notre connaissance, la Cour de Strasbourg n'emploie pas expressément le vocable d' « indépendance collective » (ou d' « indépendance institutionnelle ») – ni d'ailleurs, celui d' « indépendance individuelle ». D'une manière générale, elle ne produit aucun effort de théorisation. Pour ce qui nous intéresse en particulier, elle n'entreprend jamais de décrypter les sens de l'indépendance de la justice. Selon Martin Kuijer, « *la Cour n'a jamais fourni une définition abstraite claire du concept "indépendance de la justice"* »⁹⁹¹. Elle se contente plutôt de déterminer, en procédant au cas par cas, si un juge ou un tribunal est effectivement indépendant en application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en vertu duquel « *toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial (...)* ». Pour l'aider dans sa tâche, elle a, néanmoins, pris soin de préciser les critères de la *mise en œuvre* de l'indépendance. Précisément, elle a énuméré une liste – non exhaustive – de critères qui doivent être pris en compte pour décider si un juge ou un tribunal est indépendant. Dans la liste figurent entre autres : 1) le mode de nomination 2) la durée du mandat 3) l'existence de protections contre les pressions extérieures 4) l'apparence d'indépendance : « *Pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant (...) la Cour a eu égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres, à l'existence de garanties contre les pressions extérieures et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance* »⁹⁹².

373. S'agissant plus particulièrement de l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le concept anglais d'indépendance collective, il apparaît avoir été

⁹⁹⁰ Les développements qui suivent s'inspirent d'un article consacré à l'impact du droit européen sur le concept d'Etat de droit rédigé par Luc Heuschling. L'auteur y explique que si l'Europe a conforté voire accéléré la réflexion autour de l'Etat de droit, elle ne s'est pas « *fait l'instigateur d'une véritable révolution intellectuelle sur le concept* ». L. Heuschling, « L'Etat de droit », in J-B Auby (dir), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 541-552 ; spéc. pp. 542-543.

⁹⁹¹ « *The Court has not given a clear abstract definition of the notion "judicial independence"* ». M. Kuijer, *The blindfold of Lady Justice : Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, thèse, Leyde, E. M. Meijers Instituut, 2004, p. 214.

⁹⁹² CEDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c/ Royaume-Uni*, req. n° 7819/77, 7878/77, §78. Cf. également CEDH, 25 février 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni*, req. n° 22107/93, § 73. Pour de plus amples renseignements sur les quatre critères, voir, par exemple : L. F. Müller, « Judicial Independence as a Council of Europe Standard », *German Yearbook of international law*, vol. 52, 2009, pp. 462-471.

tardif. Du milieu des années 1970 jusqu'à la fin des années 1990, il semble que la doctrine anglaise réfléchit au concept d'indépendance collective sans jamais se référer au droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce n'est qu'une fois la charpente du concept d'indépendance collective établie en droit anglais que le droit européen va progressivement influencer le concept d'indépendance collective. De cela, il découle finalement que l'apport du droit européen réside, pour l'essentiel, dans la consolidation du concept d'indépendance collective. La Cour de Strasbourg n'a pas introduit le concept en droit anglais. Elle a, en revanche, joué le rôle de relais et de renfort, une fois que le concept était déjà présent.

374. Concrètement, à partir de la fin des années 1990 et encore plus des années 2000, les auteurs anglais vont progressivement parler d'indépendance collective en renvoyant à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pour ne citer qu'un seul exemple, en 2006, Kate Malleson, qui fait référence au concept de *collective independence*, observe que « *l'interprétation de ces exigences [les exigences de juges indépendants et impartiaux] dans la pratique a changé en raison de la protection garantie dans l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme* »⁹⁹³. Ce sont, en particulier, trois arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui retiennent l'attention de la littérature anglaise⁹⁹⁴. Ils sont régulièrement cités par la doctrine, parce qu'ils ont conduit à jeter des doutes sur le système institutionnel anglais – en particulier sur la position particulière de *l'Appellate Committee* de la Chambre des Lords et sur celle du Lord Chancelier. Sur ce point, Diana Woodhouse observe que « *l'article 6 (1) de la CEDH et son interprétation par la Cour européenne des droits de l'homme ont attiré l'attention sur la nécessité pour les juges non seulement d'être indépendants mais aussi d'être perçus comme tel et ainsi sur la position singulière du tribunal suprême, l'Appellate Committee de la Chambre des Lords qui était au sein de la Chambre Haute du Parlement* »⁹⁹⁵. Le Professeur émérite de l'Université d'Oxford Brookes indique encore que « *l'article 6 (1) a également amené à s'interroger sur l'exercice*

⁹⁹³ « *the interpretation of its requirements [the requirements that judges are independent and impartial] in practice has changed as a result of the entrenchment in article 6(1) of the European Convention on Human Rights* ». K. Malleson, « Modernising the constitution : completing the unfinished business », *Legal Studies*, 2004, p. 129.

⁹⁹⁴ D'autres arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme – à l'instar, entre autres, de l'arrêt *Kleyn et autres c/ Pays-Bas*, (6 mai 2003, req. n° 39343/98, n° 39651/98, 43147/98 et 46664/99) – concernent également directement le concept d'indépendance collective. Il nous apparaît toutefois qu'ils sont nettement moins fréquemment cités par la doctrine anglaise.

⁹⁹⁵ « *Article 6 (1) of the ECHR and its interpretation by the European Court of Human Rights also drew attention to the need for judges not only to be independent but to be seen as such and thus to the peculiar position of the highest court, the Appellate Committee of the House of Lords within the upper house of Parliament* ». D. Woodhouse, « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, p. 154.

continu et concomitant par le Lord Chancelier à la fois des responsabilités exécutive et judiciaire »⁹⁹⁶. Dans les trois affaires, la Cour de Strasbourg réitère plus ou moins la même démonstration : elle se prononce en faveur d'un réel pouvoir judiciaire chargé d'appliquer les lois, sans interférence des autres pouvoirs dans son fonctionnement. La première décision est la décision *Procola c/ Luxembourg* (1995)⁹⁹⁷. Dans cette affaire, la Cour estime que le cumul des fonctions judiciaires et des fonctions de conseiller du gouvernement par un même organe constitue une violation de l'article 6 § 1. En particulier, elle sanctionne le manque d'indépendance du comité du contentieux du Conseil d'Etat luxembourgeois, au motif que quatre des cinq membres le composant, lorsqu'ils étaient appelés à statuer sur le recours de la requérante, avaient déjà auparavant siégé dans la formation consultative du Conseil d'Etat qui avait donné son avis sur le projet grand-ducal concerné : la « *confusion, dans le chef de quatre conseillers d'État, de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnelles (...) est de nature à mettre en cause l'impartialité structurelle* »⁹⁹⁸ du Conseil d'État. La seconde décision est la décision *Findlay c/ Royaume-Uni* (1997)⁹⁹⁹. A la différence de la première décision, elle concerne directement le Royaume-Uni. En l'espèce, la requête du soldat, qui plaidait coupable devant la Cour martiale, est accueillie favorablement par la Cour de Strasbourg, au motif notamment que le même officier supérieur (l'officier convocateur) assumait dans la procédure de la Cour martiale plusieurs rôles. Entre autres choses, cet officier avait à la fois placé le requérant en détention provisoire en l'attente de son procès, convoqué la Cour martiale, nommé les juges de la dite Cour et désigné l'officier chargé d'assumer le rôle de procureur ; il avait le pouvoir de dissoudre la Cour martiale et également de ratifier la décision de la Cour martiale. Selon la Cour européenne, « *le rôle crucial joué par l'officier convocateur* » rendait « *les appréhensions de M. Findlay quant à l'indépendance et à l'impartialité du tribunal qui l'a jugé (...) objectivement justifiées* »¹⁰⁰⁰. La troisième et dernière décision – qui intéresse également directement le Royaume-Uni – est l'affaire *McGonnell c/ Royaume-Uni*¹⁰⁰¹. Elle concerne le bailli de Guernesey, qui jouit à la fois de pouvoirs législatif et judiciaire. Tout en reconnaissant que « *ni l'article 6 ni aucune autre disposition de la Convention n'exigent des États qu'ils se conforment à des concepts*

⁹⁹⁶ « *Article 6 (1) cast further doubt on the lord chancellor's ongoing, concomitant exercise of both executive and judicial responsibilities* ». *Ibidem*.

⁹⁹⁷ CEDH, 28 sept. 1995, req. n° 14570/89, *Procola c/ Luxembourg*.

⁹⁹⁸ CEDH, 28 sept. 1995, req. n° 14570/89, *Procola c/ Luxembourg*, § 45.

⁹⁹⁹ CEDH, 25 février 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni*, req. n° 22107/93.

¹⁰⁰⁰ CEDH, 25 février 1997, *Findlay c/ Royaume-Uni*, req. n° 22107/93, § 80.

¹⁰⁰¹ CEDH, 8 février 2000, *McGonnell c/ Royaume-Uni*, req. n° 28488/95. Pour de plus amples renseignements sur l'affaire McGonnell, voir : R. Cornes, « *McGonnell v UK, The Lord Chancellor and the Law Lords* », *Public Law*, 2000, pp. 166 et s.

constitutionnels en tant que tels », la Cour fait valoir que « *toute participation directe à l'adoption de textes législatifs ou réglementaires peut suffire à jeter le doute sur l'impartialité judiciaire d'une personne amenée ultérieurement à trancher un différend sur le point de savoir s'il existe des motifs justifiant que l'on s'écarte du libellé des textes législatifs ou réglementaires en question* »¹⁰⁰².

375. Pour terminer, il convient encore d'apporter une dernière précision : elle concerne l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur l'adoption du *Constitutional Reform Act* de 2005. A n'en pas douter, la Cour de Strasbourg a permis d'accélérer les réformes institutionnelles en droit anglais. Comme le reconnaissent de nombreux auteurs anglais, elle a contribué activement à l'impulsion donnée à la réforme de 2005. Ainsi, c'est, en grande partie, à la suite des affaires *Findlay c/ Royaume-Uni* et *McGonnell c/ Royaume-Uni* que l'Angleterre a été incité à appliquer plus strictement le concept d'indépendance collective. Dans ce sens, Roger Masterman explique que : « *l'influence de l'article 6 de la Convention (...) a assurément eu des répercussions pour la division du pouvoir gouvernemental au RU, plus manifestement dans les réformes institutionnelles adoptées dans le CRA de 2005* »¹⁰⁰³. De la même manière, Andrew Le Sueur reconnaît également que l'une des raisons possibles de l'adoption de la réforme de 2005 est « *les pressions extérieures émanant du Conseil de l'Europe* »¹⁰⁰⁴.

Section 3 : L'impact du *Constitutional Reform Act* de 2005 sur le concept d'indépendance collective

376. La réforme constitutionnelle de 2005¹⁰⁰⁵ constitue un moment clef dans l'histoire de l'indépendance de la justice anglaise : en effet, non seulement la réforme s'est incontestablement traduite par une rupture sur le plan institutionnel (§1), mais, en plus, elle a eu pour conséquence un bouleversement conceptuel. C'est, en particulier, le concept d'indépendance collective (ou d'indépendance institutionnelle) qui a évolué sous l'effet de la

¹⁰⁰² CEDH, 8 février 2000, *McGonnell c/ Royaume-Uni*, req. n° 28488/95, § 51, §55.

¹⁰⁰³ « *the influence of Article 6 of the Convention (...) has had obvious repercussions for the division of governmental power in the UK, most obviously in the institutional reforms enacted in the CRA 2005* ». R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 230.

¹⁰⁰⁴ « *A second possible reason for the reforms may have been external pressure from the Council of Europe* ». A. Le Sueur, « *Judicial power in the changing Constitution* », in J. Jowell, D. Oliver (éd.), *The Changing Constitution*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 334

¹⁰⁰⁵ *Constitutional Reform Act*, 2005, ch. 4.

réforme. Il s'est transformé au point que se pose la question de savoir s'il a cessé d'être un concept normatif pour devenir un concept descriptif (§2).

§1. Contexte : la rupture sur le plan du droit positif

377. Sur le plan institutionnel et pour ce qui concerne spécifiquement l'indépendance de la justice, la rupture provoquée par la réforme constitutionnelle de 2005 s'incarne dans, d'abord, l'inscription, pour la première fois, du mot *independence* dans les articles d'un texte de droit positif (A) ; ensuite, trois grandes transformations, qui chacune séparément représente un véritable tournant (B).

A. L'inscription en droit constitutionnel positif du mot *independence*

378. La réforme constitutionnelle de 2005 représente la première véritable consécration en droit positif anglais du mot *independence*. Si plusieurs *concepts* de l'indépendance se sont – dès le XIV^e siècle – manifestés dans les textes anglais, jamais le mot « *independence* » n'est, avant 2005, présent dans les articles mêmes d'une disposition textuelle. C'est le constat dressé par Diana Woodhouse : « *L'indépendance de la justice est traditionnellement présentée comme un élément clef des dispositifs constitutionnels de l'Angleterre et comme une caractéristique essentielle de l'Etat de droit (...). Malgré cela, le concept n'a reçu aucune reconnaissance expresse de la loi dans le droit anglais jusqu'à la réforme constitutionnelle de 2005* »¹⁰⁰⁶. Sur ce point, il convient, toutefois, d'apporter deux précisions : en premier lieu, dès avant 2005, le mot *independence* s'est *indirectement*, déjà, fait jour dans une disposition législative anglaise, en ce qu'il apparaît au sein de la déclaration de principe prononcée par le roi George III et reproduite dans le texte de la loi de 1760¹⁰⁰⁷. En second lieu, le mot se trouve inscrit non pour l'Angleterre et le Pays de Galles, mais pour l'Irlande du Nord, dès 2002 dans le *Justice (Northern Ireland) Act*. L'article un de ce texte dispose, en effet, que « *ceux à qui*

¹⁰⁰⁶ « *Judicial independence is portrayed, traditionally, as a key feature of England's constitutional arrangements and as an essential characteristic of the rule of law (...) Despite this, the concept received no direct statutory recognition in English law until the Constitutional Reform Act (CRA) 2005* ». D. Woodhouse, « United Kingdom – The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence, the English Way », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 153.

¹⁰⁰⁷ V. sur ce point : *Supra*, n° 305.

incombent la responsabilité de l'administration de la justice doivent veiller au maintien de l'indépendance de la justice »¹⁰⁰⁸.

379. Pour ce qui concerne la réforme constitutionnelle de 2005, c'est, plus précisément, à onze reprises que le mot *independence* se manifeste¹⁰⁰⁹. Il apparaît, d'abord, dans quatre des titres d'articles de la loi constitutionnelle, qui, au total, comprend cent quarante-neuf articles¹⁰¹⁰. Entre autres exemples, il se trouve dans le titre de l'article trois intitulé « *Garantie du maintien de l'indépendance de la justice* »¹⁰¹¹ ou dans celui de l'article quatre intitulé « *Garantie du maintien de l'indépendance de la justice : Irlande du Nord* »¹⁰¹². Surtout, le mot est, aussi, présent au sein même de sept des articles de la loi constitutionnelle. A titre d'illustration, le paragraphe un de l'article trois prévoit que « *le Lord Chancelier, les autres Ministres de la Couronne et tous ceux à qui incombent la responsabilité pour les questions relatives à la justice ou à l'administration de la justice doivent veiller au maintien de l'indépendance de la justice* »¹⁰¹³, tandis que le paragraphe un (2) de l'article dix-sept dispose que le Lord Chancelier doit jurer de « *respecter l'Etat de droit, défendre l'indépendance de la justice et assurer ses fonctions de manière à garantir la mise à disposition des ressources pour le soutien efficace et efficace des tribunaux dont il est responsable* »¹⁰¹⁴. Au demeurant, il convient encore de souligner que si la réforme constitutionnelle de 2005 emploie plusieurs fois le mot « *independence* », elle ne propose, en revanche, aucune définition de l'indépendance¹⁰¹⁵. Dit différemment, elle n'entreprend pas de cerner les différents sens du mot. A propos en particulier, du paragraphe six de l'article trois du CRA au terme duquel « *le*

¹⁰⁰⁸ « *Those with responsibility for the administration of justice must uphold the continued independence of the judiciary* ». Art. 1, Justice (Northern Ireland) Act, 2002, ch. 26.

¹⁰⁰⁹ Le *Constitutional Reform Act de 2005* fait l'objet de plusieurs subdivisions (une table des matières est reproduite avant la loi dans la version du *Constitutional Reform Act* disponible sur internet : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf – date de consultation: 24/11/15 –). Le dénombrement des occurrences du mot *independence* dans le *Constitutional Reform Act* inclut les occurrences du mot dans les titres des articles et dans les articles eux-mêmes. Il n'inclut, par contre, pas les occurrences du mot dans la table des matières.

¹⁰¹⁰ Il faut, du reste, ajouter aux cent quarante-neuf articles du CRA dix-huit annexes.

¹⁰¹¹ « *Guarantee of continued judicial independence* » (titre de l'article 3 du *Constitutional Reform Act de 2005*).

¹⁰¹² « *Guarantee of continued judicial independence: Northern Ireland* » (titre de l'article 4 du *Constitutional Reform Act de 2005*).

¹⁰¹³ « *The Lord Chancellor, other Ministers of the Crown and all with responsibility for matters relating to the judiciary or otherwise to the administration of justice must uphold the continued independence of the judiciary* ». Art. 3, para. 1, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰¹⁴ « *The oath is – "I, _____, do swear that in the office of Lord High Chancellor of Great Britain I will respect the rule of law, defend the independence of the judiciary and discharge my duty to ensure the provision of resources for the efficient and effective support of the courts for which I am responsible. So help me God"* ». Art. 17, para. 1 (2), Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰¹⁵ V. en ce sens les remarques générales de Charles Eisenmann sur le problème : C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. XI, 1966, pp. 26-27.

*Lord Chancellor doit agir en tenant compte – (a) de l’obligation de défendre l’indépendance (...) »*¹⁰¹⁶, Diana Woodhouse regrette l’absence de caractérisation du mot. Elle interroge : « *Que veut dire cette expression [l’indépendance de la justice] ? De quelles pressions les Lords Chanceliers sont-ils tenus de la défendre ? Comment sont-ils supposés le faire ? Et est-ce une manière efficace de protéger l’indépendance de la justice que de donner à un ministre du gouvernement, qui plus est à un portant le titre de “lord chancellor”, de pareilles responsabilités dans la loi, ou y-a-t-il d’autres manières de la protéger ? »*¹⁰¹⁷.

B. La consécration de trois grandes transformations

380. Outre la consécration textuelle du mot « *independence* », les principaux apports du *Constitutional Reform Act* résident, pour l’essentiel, dans la modification des fonctions du *Lord Chancellor* (1), la création d’une Cour suprême pour le Royaume-Uni (2) et la mise en place d’une Commission chargée de la nomination des juges (3).

(1) La modification des fonctions du *Lord Chancellor*

381. Parmi les trois grandes transformations intervenues à l’occasion de la réforme constitutionnelle de 2005, c’est certainement le changement autour de la position du Lord Chancelier qui a suscité les discussions les plus vives¹⁰¹⁸. Contrairement à l’annonce faite par

¹⁰¹⁶ « *The Lord Chancellor must have regard to – (a) the need to defend that independence ; (...) »*. Art. 3, para. 6, *Constitutional Reform Act*, 2005, ch. 4.

¹⁰¹⁷ « *What does this phrase mean? From what pressures are lords chancellor required to defend it? How are they expected to do this ? And is giving a government minister, even one with the title “lord chancellor”, such statutory responsibility an effective way of protecting judicial independence, or are there other ways to protect it?* ». D. Woodhouse, « *United Kingdom – The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence, the English Way* », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 157. Dans la même veine, voir aussi : A. Le Sueur, « *Judicial power in the changing Constitution* », in J. Jowell, D. Oliver (éd.), *The Changing Constitution*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 341.

¹⁰¹⁸ Sur la question de la modification des fonctions du Lord Chancelier, la littérature est vaste. V. entre autres : A. Le Sueur, « *Judicial power in the changing Constitution* », in J. Jowell, D. Oliver (éd.), *The Changing Constitution*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 326-327 ; A. W. Bradley, « *The constitutional position of the judiciary* », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 286-288 ; R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 221-224 ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 219-221 ; S. Turenne, « *Judicial Independence in England and Wales* », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 149-151. En langue française, voir, par exemple : C. De Beausse de la Hougue, « *Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier – D’une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ?* », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 2, n° 62, pp. 291-310 ; A. Duffy-Meunier, « *L’actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte* », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, p. 401 ; B. Rabatel, « *La réforme constitutionnelle des institutions judiciaires anglaises (Constitutional Reform Act 2005 : Impacts et enjeux)* »,

le Premier Ministre en juin 2003¹⁰¹⁹, la fonction du Lord Chancelier n'a pas été totalement abolie¹⁰²⁰. Plutôt que d'être complètement supprimée, la position du Lord Chancelier a, en fait, été réaménagée en profondeur. Antony Bradley indique qu'en vertu de la réforme constitutionnelle de 2005, « *la position du Lord Chancelier est similaire à celle d'autres ministres du Cabinet* »¹⁰²¹, tandis que Bernard Rabatel (magistrat de liaison au Royaume-Uni) fait valoir que désormais « *la compétence du Lord Chancellor se rapproche plus de celle du ministre de la justice dans l'acception française du terme, c'est-à-dire d'un membre du gouvernement doté de responsabilité exécutive dans l'administration de l'appareil judiciaire* »¹⁰²².

382. C'est surtout grâce à un accord, intitulé « les fonctions du Lord Chancelier liées à la justice » (*The Lord Chancellor's judiciary-related functions*) et conclu en janvier 2004 entre le *Lord Chancellor* et le *Lord Chief Justice* de l'époque – respectivement Lord Falconer et Lord Woolf –, que le bouleversement des fonctions du *Lord Chancellor* a été rendu possible¹⁰²³. Très souvent désigné sous le nom de « Concordat », le dit accord constitue un document clef dans lequel ont été définis les aspects essentiels de la nouvelle relation entre le pouvoir judiciaire et le gouvernement¹⁰²⁴. Concrètement, depuis le 3 avril 2006, date à laquelle sont entrées en vigueur les dispositions constitutionnelles qui nous intéressent, les larges compétences du Lord Chancelier ont fait l'objet d'un retranchement significatif. D'abord, le Lord Chancelier a cessé d'être automatiquement le *Speaker*, c'est-à-dire le

Intervention à la cour de Cassation, 16 mai 2006, pp. 2-4 (pdf); Disponible en ligne : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/rabatel_magistrat_9214.html (date de consultation: 24/11/15).

¹⁰¹⁹ V. sur ce point entre autres : A. Le Sueur, « Judicial power in the changing Constitution », in J. Jowell, D. Oliver (éd.), *The Changing Constitution*, 5^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 323 ; R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 219.

¹⁰²⁰ A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 287. V. aussi: A. Duffy-Meunier, « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, p. 401 ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 220.

¹⁰²¹ « *the position of Lord Chancellor is similar to that of other Cabinet ministers* ». A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 287.

¹⁰²² B. Rabatel, « La réforme constitutionnelle des institutions judiciaires anglaises (Constitutional Reform Act 2005 : Impacts et enjeux) », Intervention à la cour de Cassation, 16 mai 2006, p. 3 (doc. pdf) ; V. aussi sur ce point : A. Duffy-Meunier, « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, p. 401.

¹⁰²³ A. W. Bradley, « Relations between Executive, Judiciary and Parliament : an evolving saga ? », *Public Law*, 2008, p. 477 ; R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 220.

¹⁰²⁴ A. W. Bradley, « Relations between Executive, Judiciary and Parliament : an evolving saga ? », *Public Law*, 2008, p. 477.

président, de la Chambre des Lords. Désormais, la Chambre Haute peut élire son *Speaker*¹⁰²⁵. Plus encore, et pour ce qui nous concerne plus particulièrement, le Lord Chancelier n'est plus à la tête du troisième pouvoir. Il ne peut plus siéger en tant que juge¹⁰²⁶. Les fonctions judiciaires du *Lord Chancellor* ont, en fait, largement été confiées au *Lord Chief Justice*. « *Le CRA a transféré le rôle de chef du pouvoir judiciaire du Lord Chancelier, un ministre du gouvernement dont la nomination est politique, au Lord Chief Justice, qui est choisi par une commission spéciale, convoquée par la Commission chargée de la nomination des juges* »¹⁰²⁷, explique Sophie Turenne. Désormais, c'est donc le *Lord Chief Justice* qui est le Président des tribunaux d'Angleterre et du Pays de Galles et le chef du pouvoir judiciaire en Angleterre et au Pays de Galles¹⁰²⁸. Il est, notamment, responsable en matière de formation des juges ou pour représenter les intérêts de la justice devant le Parlement ou les ministres. Il est, en outre, chargé de discuter le budget de la Justice avec le Gouvernement. Si, en vertu de la réforme de 2005, le *Lord Chancellor* a été dépossédé de plusieurs de ses missions, il a, toutefois, conservé plusieurs attributions très importantes. Déjà, il a été indiqué que le *Lord Chancellor* a l'obligation de défendre l'indépendance de la justice¹⁰²⁹. Surtout, le *Lord Chancellor* est responsable de l'administration du pouvoir judiciaire. A ce titre, il partage de nombreuses compétences avec le *Lord Chief Justice*. Parmi elles figurent, entre autres choses, des pouvoirs – restreints – en matière de nomination des juges ou des pouvoirs en matière disciplinaire.

¹⁰²⁵ Art. 18, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4 ; Annexe 6, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰²⁶ D. Woodhouse, « United Kingdom – The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence, the English Way », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, p. 155.

¹⁰²⁷ « *The CRA transferred the role of head of the judiciary from the Lord Chancellor, a government minister whose appointment is a political one, to the Lord Chief Justice, who is chosen by a specially appointed committee, convened by the Judicial Appointments Commission* ». S. Turenne, « Judicial Independence in England and Wales », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 149.

¹⁰²⁸ Art. 7, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰²⁹ Art. 3, para. 1, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4 ; Art. 17, para. 1 (2), Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4. Dans un récent article intitulé « Do Lord Chancellors defend judicial independence ? » publié sur le blog « UK Constitutional Law Association », Graham Gee dresse un tour d'horizon sous forme de bilan de la mission des *Lord Chancellors* relativement à la défense de l'indépendance de la justice. Il soutient que contrairement aux idées préconçues, les *Lords Chancellors* assurent leur rôle de défenseur de l'indépendance de la justice. « *My point is that there is evidence that Lord Chancellors can and do defend judicial independence. I'm not suggesting that everything in the garden is rosy. Relations between the government and the judges are at times strained, and Lord Chancellors and judges will disagree about how best to manage, organize and fund the courts, and may have serious disagreements about important issues relating to legal aid and judicial review. There will also be times when Lord Chancellors are slow to defend judicial independence, if they do anything at all. All of this is true and yet much, and possibly most of the time, Lord Chancellors still take seriously their duty to defend judicial independence* », énonce Graham Gee. G. Gee, « Do Lord Chancellors defend judicial independence ? ». Disponible sur : <http://ukconstitutionallaw.org/2014/08/18/graham-gee-do-lord-chancellors-defend-judicial-independence/> (UK Constitutional Law blog), article publié le 18 août 2014 (date de consultation : 24/11/15).

383. De nouveaux changements structurels sont, d'ailleurs, encore intervenus en 2007 : le *Lord Chancellor* est désormais titulaire d'un véritable ministère de la justice (*Ministry of Justice*)¹⁰³⁰. Ce nouveau ministère remplace le ministère provisoire, dénommé ministère des Affaires Constitutionnelles (*Department for Constitutional Affairs*), qui avait été immédiatement créée en 2003 pour conduire la réforme de la Constitution et qui avait lui-même succédé au ministère du *Lord Chancellor* (*Lord Chancellor's Department*). Le nouveau ministère de la justice a un domaine d'action très large. En particulier, les prisons, les régimes de probation et plus généralement, la justice pénale, qui relevaient avant 2007 des attributions du ministre de l'intérieur (*Home Office*), font partie de son champ d'action. Dans sa tâche, le Ministère de la Justice est épaulé par une agence administrative, qui comprend des représentants du pouvoir judiciaire¹⁰³¹ et qui porte depuis 2011 le titre de *Her Majesty's Courts and Tribunals Service* (HMCTS)¹⁰³². De cette transformation intervenue en 2007, il résulte, finalement, – et ce sont les mots de Sophie Turenne – que « *le Lord Chancelier et le Ministre de la Justice sont désormais une seule et même personne, même si de manière assez confuse les deux titres demeurent (dans les médias, l'actuel Lord Chancelier, Kenneth Clarke est fréquemment désigné sous le titre de Ministre pour la Justice)* »¹⁰³³.

(2) La création d'une Cour suprême pour le Royaume-Uni

384. La seconde grande transformation générée par la réforme constitutionnelle de 2005 est l'établissement d'une Cour suprême pour le Royaume-Uni. C'est, précisément, le 1^{er} octobre 2009 qu'est entrée en fonction la Cour suprême¹⁰³⁴, soit quatre années après que le *CRA* ait

¹⁰³⁰ Pour de plus amples renseignements sur le nouveau Ministère de la Justice, voir : A. W. Bradley, « Relations between Executive, Judiciary and Parliament : an evolving saga ? », *Public Law*, 2008, pp. 480 et s. ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 190-191.

¹⁰³¹ A. Gillespie, *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, p. 191.

¹⁰³² S. Turenne, « Judicial Independence in England and Wales », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 149-150. A propos du HMCTS, Sophie Turenne indique : « *From April 2011, HMCS and the Tribunal Service have integrated to form Her Majesty's Courts and Tribunal Service (HMCTS) and HMCTS is responsible for managing all tribunals and courts, including the magistrates' courts, except the UK Supreme Court. It deals with the operation of court facilities and the treatment of court users, and provides the administrative system, the staff and the infrastructure (IT, buildings)* ».

¹⁰³³ « *The Lord Chancellor and the Minister of Justice are now one and the same person, although confusingly both titles remain (in the media, the current Lord Chancellor, Kenneth Clarke is more commonly referred to as the Minister for Justice)* ». S. Turenne, « Judicial Independence in England and Wales », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 149. A titre de remarque, Kenneth Clarke n'est désormais plus le *Lord Chancellor*. Chris Grayling lui a succédé dans ses fonctions en septembre 2012. Depuis 2015, c'est Michael Gove qui est le *Lord Chancellor*.

¹⁰³⁴ A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 284.

reçu la sanction royale. La mise en place de la Cour suprême met fin au mélange des genres en remplaçant la formation juridictionnelle de la Chambre des Lords, dénommée l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords¹⁰³⁵. Lord Phillips décrit la réforme en ces termes : elle est « *la dernière étape du divorce entre les Law Lords et les affaires législatives de la Chambre des Lords* »¹⁰³⁶.

385. Dotée d'un siège distinct de la Chambre des Lords, la Cour suprême s'est installée dans le bâtiment du *Middlesex Guildhall* à Westminster¹⁰³⁷. D'un point de vue formel, elle est compétente dans l'ensemble des matières, qui relevaient de l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords, ainsi que pour les matières qui concernent la dévolution et qui relevaient de la Commission Judiciaire du Conseil Privé (*Judicial Committee of the Privy Council*)¹⁰³⁸. Contrairement à son homologue américaine, elle n'a pas le pouvoir d'annuler une loi. Elle n'a pas non plus pour rôle de se prononcer *a priori* sur une question de droit soulevant des difficultés¹⁰³⁹. Elle ne se limite, pourtant, pas à être un juge de cassation, puisqu'elle est une juridiction d'appel de dernier ressort. Pour reprendre les mots d'Aurélié Duffy-Meunier, la Cour suprême se caractérise par une « *compétence générale et non spécialisée dans le contentieux constitutionnel* »¹⁰⁴⁰. Elle se trouve au sommet de la hiérarchie judiciaire et doit assurer la cohérence dans l'application du droit¹⁰⁴¹. Pour ce qui est de sa composition, la Cour suprême comprend au total douze juges, parmi lesquels figurent un président et un vice-

¹⁰³⁵ Pour de plus amples renseignements sur la réforme entourant la Cour suprême du Royaume-Uni, voir, entre autres : A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 284-285 ; J. Lennan, « A Supreme Court for the United Kingdom: a note on early days », *Civil Justice Quarterly*, 2010, pp. 139-145. En langue française, voir : A. Duffy-Meunier, « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, p. 401 ; A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013. Disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-Duffy-1-3.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

¹⁰³⁶ « *the last step in divorcing the Law Lords from any connection with the legislative business of the House of Lords* ». Cité par : J. Lennan, « A Supreme Court for the United Kingdom: a note on early days », *Civil Justice Quarterly*, 2010, p. 143. La citation est extraite d'un entretien réalisé en septembre 2009 par Jo Lennan avec Lord Phillips, qui a été Président de la Cour suprême d'octobre 2009 à septembre 2012.

¹⁰³⁷ A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 284.

¹⁰³⁸ Art. 40, *Constitutional Reform Act, 2005*, ch. 4 ; Annexe 9, *Constitutional Reform Act, 2005*, ch. 4. V. sur ce point : A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 284. Pour un exposé et une analyse critique très détaillée des compétences de la Cour suprême, voir : A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, pp. 27 et s. (doc. pdf).

¹⁰³⁹ V. sur ce point : A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, p. 9 (doc. pdf).

¹⁰⁴⁰ A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, p. 11 (doc. pdf).

¹⁰⁴¹ *Ibidem*.

président¹⁰⁴². Ils sont désignés au terme d'un processus de recrutement conduit par une Commission composée de cinq membres et qui fait également, notamment, intervenir le Lord Chancelier¹⁰⁴³. En dehors de l'obligation de siéger en nombre impair et avec trois juges au minimum, aucun critère précis n'a été établi pour ce qui concerne la sélection de la formation de jugement¹⁰⁴⁴. A ce propos, Anthony Bradley nous dit : « *il est probable que l'ancienne pratique de la Chambre des Lords (consistant à former des panels de cinq juges et parfois de sept ou neuf) continuera* »¹⁰⁴⁵. Pour finir, il faut encore signaler que le paragraphe un de l'article 45 consacre l'autonomie réglementaire de la Cour suprême, puisque son Président peut, après consultation du Lord Chancelier, établir les règles de procédure applicables à la Cour¹⁰⁴⁶.

(3) La mise en place d'une Commission chargée de la nomination des juges

386. La troisième et dernière grande réforme intervenue en 2005 concerne les changements radicaux qui se sont produits dans le système de nominations des juges. Depuis avril 2006, la nomination des juges fait intervenir, pour les positions vacantes, une Commission spéciale (*Judicial Appointments Commission* ou *JAC*)¹⁰⁴⁷. Malgré son appellation – trompeuse –, la Commission n'est pas réellement chargée de nommer les juges. Sa mission consiste, plus modestement, à *sélectionner* et *proposer* des candidats. La nomination des juges à la Cour

¹⁰⁴² Art. 23, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰⁴³ Art. 25 à 31, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4 ; Annexe 8, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4. Pour de plus amples renseignements sur les modalités de désignation des juges de la Cour suprême, voir : A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, pp. 20-22 (doc. pdf).

¹⁰⁴⁴ Art. 42, para. 1, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4. Pour une critique de l'incertitude entourant les critères de composition des formations de jugement, voir : A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, pp. 24-26 (doc. pdf).

¹⁰⁴⁵ « *it is likely that the former practice of the House of Lords (in forming panels of five judges and occasionally seven or none) will continue* ». A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 284-285.

¹⁰⁴⁶ Pour de plus amples renseignements sur ce point, voir, notamment : A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act* 2005 : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, pp. 17-18 (doc. pdf).

¹⁰⁴⁷ Art. 61, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4 ; Annexe 12, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4. Pour de plus amples renseignements sur la réforme entourant la *Judicial Appointments Commission*, voir, par exemple : A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 302-303 ; S. Turenne, « Judicial Independence in England and Wales », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 152 et s. ; spéc. pp. 158-162 ; A. Gillespie, *The English Legal System*, 3 éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 222 et s. En langue française, voir : A. Duffy-Meunier, « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, pp. 402-403 ; C. Le Grand, « L'indépendance de la justice et la nomination des juges au Royaume-Uni », in J. Aspiro Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'IEDP du 19 novembre 2010, Paris, l'Harmattan, 2011, pp. 97-114.

suprême échappe à la compétence de la *JAC*. Pour eux, c'est une commission, se formant de manière ad hoc, à chaque vacance de poste qui est chargée de proposer un candidat (*Supreme Courts Appointments Commission* ou *SCAC*). Les membres de la *JAC* ou de la *SCAC* sont à la fois des experts et des représentants de la société civile.

387. Depuis 2006, les règles applicables en matière de nomination des juges ont encore évolué sous l'impulsion du *Crime and Courts Act* de 2013¹⁰⁴⁸. Avant l'entrée en vigueur du *Crime and Courts Act* de 2013, la *JAC* ou la *SCAC* devait recommander au Lord Chancelier un candidat pour la position vacante. A partir de là, le Lord Chancelier avait trois possibilités : il pouvait (a) accepter la recommandation de la *JAC* ou de la *SCAC* ; (b) la rejeter ; (c) inviter la *JAC* ou la *SCAC* à reconsidérer sa proposition. Les deuxième et troisième cas impliquaient d'autres étapes dans la procédure de nomination. Avec l'entrée en vigueur du *Crime and Courts Act* de 2013, le Lord Chancelier a conservé sa compétence pour les positions qui sont vacantes aux *High Courts* et dans les tribunaux qui se situent au-dessus des *High Courts* dans la hiérarchie judiciaire. Pour tous les autres tribunaux, cette compétence a été transférée à des organes non politiques, à savoir soit le *Lord Chief Justice*, soit le Premier Président des Tribunaux (*Senior President of Tribunals*) – en fonction du niveau de la hiérarchie dans lequel s'inscrit le poste à pourvoir.

388. La réforme de 2005, à laquelle s'est ajoutée le changement législatif de 2013, a donc considérablement réduit l'influence des organes politiques dans le système de nomination des juges : dans tous les cas de figure, la nomination des juges doit faire intervenir une Commission spéciale apolitique. En particulier, depuis 2013, la décision finale concernant la nomination des juges échappe totalement aux pouvoirs politiques pour les juges dans les tribunaux qui se situent en dessous des *High Courts* dans la hiérarchie judiciaire.

§2. Le bouleversement conceptuel : d'un concept normatif à l'émergence d'un concept descriptif d'indépendance collective ?

389. La réforme constitutionnelle de 2005 s'est incontestablement traduite par un renforcement du concept d'indépendance collective (A). Toutefois et malgré sa consolidation, plusieurs indices montrent que le concept d'indépendance collective ne s'est pas transformé en concept descriptif. Il est, en réalité, demeuré un concept normatif (B).

¹⁰⁴⁸ P. O'Brien, « Changes to judicial appointments in the Crime and Courts Act 2013 », *Public Law*, 2014, 2014, pp. 179-188.

A. Le renforcement indiscutable du concept d'indépendance collective

390. En transformant les fonctions du *Lord Chancellor*, en créant la Cour suprême pour le Royaume-Uni et en mettant en place la Commission chargée de la nomination des juges, le législateur a modifié la réalité juridique dans le sens décrit par la grande majorité de la doctrine et des juges. Plus précisément, le législateur a appliqué en droit positif le concept normatif d'indépendance collective, qui était revendiqué par ses promoteurs. Si l'on se réfère, plus précisément, à notre typologie, avec la réforme des missions du Lord Chancelier et celle de la Chambres des Lords, le législateur a mis fin à la possibilité pour les organes judiciaires d'exercer des fonctions ou de participer à l'exercice de fonctions autres que la fonction juridictionnelle (concept II A (2) dans la typologie). Avec la création de la Cour suprême, le législateur a également interdit à la Chambre des Lords d'exercer une partie de la fonction juridictionnelle (ici, c'est, dans une perspective différente, le concept II A (1) a dans la typologie qui est concerné). Avec l'instauration de la Commission chargée de la nomination des juges, il a, enfin, limité l'influence des organes exécutifs dans le processus de nomination des juges (concept II B (2) dans la typologie). Des trois grandes réformes intervenues sur le plan institutionnel, il résulte que le quasi-*vide* d'indépendance collective en droit positif a été comblé : dans le fond, la substance du concept d'indépendance collective s'est donc approfondie. Après 2005, le concept d'indépendance collective est, par conséquent, devenu un concept nettement plus fort.

391. Au sein de la doctrine anglaise, plusieurs auteurs ont dressé, en des termes très généraux – et même imprécis, ce même constat. C'est, à titre d'illustration, le cas de Diana Woodhouse. Dans un de ses travaux consacré aux implications constitutionnelle et politique de la Cour suprême du Royaume-Uni, elle explique que « *la création de la Cour va également conduire à ce qu'il y ait, et que se donne à voir, un accroissement de l'indépendance de la justice collective ou institutionnelle* »¹⁰⁴⁹. De la même façon, dans son ouvrage *The Separation of powers in the Contemporary Constitution*, Roger Masterman évoque aussi le renforcement du concept d'indépendance collective : « *l'entrée en vigueur du CRA de 2005 a, par conséquent, conduit à lever un certain nombre d'obstacles à l'émergence d'une conception plus*

¹⁰⁴⁹ « *the establishment of the court will also increase the extent to which there is, and is seen to be, collective or institutional judicial independence* ». D. Woodhouse, « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, p. 136.

significative de l'indépendance institutionnelle »¹⁰⁵⁰. Le même auteur ajoute encore : « il devient raisonnable de penser que le pouvoir judiciaire peut finalement à juste titre être regardé comme étant structurellement séparé à la fois du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et que cette séparation peut être considérée comme étant sous-tendue par un concept institutionnel d'indépendance »¹⁰⁵¹. Enfin, et pour ne citer qu'un dernier exemple, Lorne Neudorf fait également valoir que le concept d'indépendance collective s'est approfondi. Dans un article relatif à la Cour suprême et la nouvelle indépendance de la justice, il indique que la création de la Cour suprême génère « une conception nouvelle et plus large de l'indépendance de la justice »¹⁰⁵². Il précise que « cette nouvelle indépendance de la justice exige une autonomie institutionnelle et de plus en plus d'interactions formelles entre le pouvoir judiciaire d'une part et les pouvoirs exécutif et législatif d'autre part »¹⁰⁵³.

B. La mutation inachevée vers un concept descriptif

392. Eu égard à sa consolidation, tout laisse à croire que le concept d'indépendance collective serait devenu un concept descriptif. Plutôt que l'expression de quelque chose qui *doit être*, le concept constituerait, à présent, l'expression de quelque chose qui *est*. Il serait le reflet de l'indépendance collective telle qu'elle existe. En réalité, ce constat doit, pourtant, être fortement tempéré. Même si le concept d'indépendance collective a davantage l'apparence d'un concept descriptif, il est resté un concept normatif. Il n'a pas achevé sa mutation et son renforcement est incomplet. Selon les propres termes de Diana Woodhouse, même après 2005, « l'indépendance de la justice dans son sens institutionnel est toujours limitée »¹⁰⁵⁴. Concrètement, il y a au moins trois preuves de ce que le concept d'indépendance collective est demeuré un concept normatif. Ces trois indices probants sont régulièrement mis en avant par la doctrine.

¹⁰⁵⁰ « The enactment of the CRA 2005 has therefore seen a number of the obstacles to a meaningful conception of institutional judicial independence removed ». R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 212.

¹⁰⁵¹ « it becomes reasonable to suggest that the judicial branch may finally be rightly regarded as being structurally separate of both legislature and executive and that this separation may be regarded as being underpinned by an institutional notion of judicial independence ». *Ibidem*.

¹⁰⁵² « These institutional arrangements reflect a new and much broader conception of judicial independence ». (Nous soulignons). L. Neudorf, « The Supreme Court and the New Judicial Independence », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2012, pp. 29-30.

¹⁰⁵³ « The new judicial independence demands institutional autonomy and increasingly formal interactions between the judiciary on the one hand and the executive and legislative branches on the other hand ». *Id.*, p. 30.

¹⁰⁵⁴ « judicial independence in its institutional sense is still limited ». D. Woodhouse, « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, p. 138.

393. Le premier élément est relatif à la participation des juges à des commissions d'enquêtes¹⁰⁵⁵. Fréquemment, le gouvernement confie à des juges – le plus souvent des juges en exercice et d'un rang hiérarchique élevé – la tâche de présider des commissions d'enquêtes publiques. En général, les commissions d'enquêtes publiques sont mises en place à la suite de catastrophes, de scandales ou d'événements majeurs affectant l'intérêt public¹⁰⁵⁶. Afin de justifier la présence des juges au sein de ces commissions, il est indiqué que les juges jouissent d'une expérience et d'une position indépendante qui les rendent particulièrement aptes à remplir la mission¹⁰⁵⁷. Pourtant et dans le même temps, la participation des juges aux commissions d'enquêtes publiques génère également de vives critiques¹⁰⁵⁸. Ceux – juges et auteurs – qui condamnent la présence des juges au sein des commissions d'enquête font, en particulier, valoir qu'en présidant les commissions, les juges peuvent être conduits à se mêler d'affaires présentant une nature politique. Ils expliquent aussi que ce faisant, les juges exercent des fonctions à la croisée du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif. Diana Woodhouse signale que « *leur recours [le recours aux enquêtes publiques] rend la frontière entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif floue et il y a un risque, qu'avec le cahier des charges décidé par les ministres, la procédure sera perçue comme ayant une dimension politique (...)* »¹⁰⁵⁹. Dans le fond, c'est donc la mise à mal du concept d'indépendance collective qui est pointée du doigt, et plus précisément le fait que les organes judiciaires participent à l'exercice d'une fonction autre que la fonction juridictionnelle (concept II A (2) dans la typologie). Pour éviter le risque que les juges apparaissent comme « *des instruments du pouvoir exécutif* »¹⁰⁶⁰, Diana Woodhouse invite expressément les juges à ne plus prendre part aux enquêtes publiques¹⁰⁶¹. A titre de comparaison, il faut, du reste, signaler que dans plusieurs pays, la présence des juges au sein des commissions d'enquêtes est interdite. C'est,

¹⁰⁵⁵ Pour des renseignements généraux sur les commissions d'enquêtes publiques, voir, par exemple : A. W. Bradley, « Commissions of inquiry and governmental accountability : Recent british experience », in A. Manson, D. Mullan (éd.), *Commissions of inquiry*, Toronto, Irwin Law, 2003, pp. 31 et s. ; R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, pp. 185 et s. ; M. Elliott, R. Thomas, *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 690 et s.

¹⁰⁵⁶ R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 83.

¹⁰⁵⁷ « *The judiciary also has a long tradition of independence from politics, and judges are widely accepted to be free from any party political bias* ». Department for Constitutional Affairs, Consultation Paper, *Effective inquiries*, CP 12/04, 2004. Cité dans R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 191.

¹⁰⁵⁸ A. W. Bradley, K. D. Ewing, *Constitutional and administrative law*, 15e éd., Harlow, Longman, 2011, p. 373 ; R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 84.

¹⁰⁵⁹ « *their use blurs the boundary between judicial and executive functions and there is a danger that, with terms of reference decided by ministers, the process will be seen as political (...)* ». D. Woodhouse, « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, p. 139.

¹⁰⁶⁰ « *instruments of the executive* ». *Ibidem*.

¹⁰⁶¹ « *Members of the Supreme Court should therefore guard their independence and separation by no longer accepting invitations to chair such inquiries* ». *Id.*, p. 140

entre autres exemples, le cas aux Etats-Unis, où la mise en application du principe de la séparation des pouvoirs fait l'objet d'une interprétation plus stricte¹⁰⁶².

394. Le deuxième signe qui atteste de la faiblesse persistante du concept d'indépendance collective est lié au maintien de liens résiduels entre la Chambre des Lords et la Cour suprême¹⁰⁶³. Précisément, la réforme de 2005 prévoit l'existence d'un « panel supplémentaire » (*supplementary panel*) de juges, auquel il serait possible de faire appel pour compléter les douze juges de la Cour suprême¹⁰⁶⁴. Or, parmi les multiples conditions pour devenir membre de ce panel supplémentaire figure celle au terme de laquelle il faut être membre de la Chambre des Lords¹⁰⁶⁵. L'existence de ce panel supplémentaire ébranle, à nouveau, le concept d'indépendance collective. Selon la perspective adoptée, c'est soit le concept II A (2) dans la typologie (les organes judiciaires ne doivent pas participer à l'exercice d'une fonction autre que la fonction juridictionnelle), soit le concept II A (1) a dans la typologie (les organes législatifs ne doivent pas exercer la fonction juridictionnelle) qui sont, plus particulièrement, concernés.

395. La survivance de ces connexions entre la nouvelle Cour suprême et la Chambre des Lords conduit Roger Masterman à estimer que « *la séparation institutionnelle complète de la Cour vis-à-vis du pouvoir législatif n'a par conséquent pas été accomplie par les dispositions du CRA* »¹⁰⁶⁶. D'ailleurs, d'autres liens persistants entre la nouvelle Cour suprême et la Chambre des Lords peuvent encore être mis à jour : premièrement, l'article vingt-quatre de la réforme constitutionnelle, intitulé « Premiers membres de la Cour », prévoit que les premiers membres de la Cour suprême sont les derniers membres de l'*Appellate Committee* de la Chambre des Lords¹⁰⁶⁷. « *En octobre 2009, les Law Lords alors en service sont devenus les*

¹⁰⁶² *Id.*, p. 139. R. Stevens, *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, p. 191.

¹⁰⁶³ V. sur ce point : R. Masterman, « A Supreme Court for the United Kingdom : two steps forward, but one step back on judicial independence », *Public Law*, 2004, pp. 55-57 ; R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 225 et s.

¹⁰⁶⁴ V. sur ce point : Art. 39, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰⁶⁵ Art. 39, para. 2, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

¹⁰⁶⁶ « *The complete institutional separation of court from legislature is therefore not achieved by the provisions of the CRA* ». R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, p. 226.

¹⁰⁶⁷ « *On the commencement of section 23 – (a) the persons who immediately before that commencement are Lords of Appeal in Ordinary become judges of the Supreme Court, (b) the person who immediately before that commencement is the senior Lord of Appeal in Ordinary becomes the President of the Court and, (c) the person who immediately before that commencement is the second senior Lord of Appeal in Ordinary becomes the Deputy President of the Court* ». Art. 24, Constitutional Reform Act, 2005, ch. 4.

premiers membres de la nouvelle Cour »¹⁰⁶⁸, nous dit Anthony Bradley. Progressivement, ce lien entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif qui soulève des difficultés devrait, toutefois, être rompu : dans un futur proche, au fur et à mesure que les nouvelles nominations interviendront¹⁰⁶⁹, les juges de la Cour suprême cesseront d'avoir été des membres de l'*Appellate Committee*. Déjà en 2015, il ne reste, d'ailleurs, plus que quatre anciens *Law Lords* – Lord Neuberger, Lady Hale, Lord Kerr et Lord Mance – au sein de la Cour Suprême. Deuxièmement, la réforme n'exclut pas que les membres de la Cour suprême puissent être, avant leurs nominations, des membres de la Chambre des Lords. Elle n'interdit pas non plus que les membres de la Cour suprême puissent, après leur mandat, siéger à la Chambre Haute.

396. Troisième et dernier indice de ce que le concept d'indépendance collective est resté un concept normatif : l'absence d'indépendance budgétaire de la Cour Suprême¹⁰⁷⁰. Contrairement à ce que préconisait le *Select Committee*, en vertu de la réforme de 2005, la nouvelle juridiction suprême n'est, en effet, pas autonome sur le plan budgétaire. Son budget est, au contraire, placé sous la responsabilité du ministère de la justice. Évaluant le dispositif prévu par la loi constitutionnelle de 2005, l'ancien président de la Cour Suprême Lord Phillips déplore, en 2011, qu'il ne garantisse pas l'indépendance collective du pouvoir judiciaire¹⁰⁷¹. En des termes particulièrement véhéments, il regrette, en particulier, que le lien budgétaire entre la Cour suprême et le gouvernement oblige la Cour suprême à devoir chaque année engager des négociations avec le pouvoir exécutif. Selon les propres termes de Lord Phillips, « *cette situation n'est pas satisfaisante pour la Cour Suprême du Royaume Uni. Elle conduit à ce que le Ministre de la justice essaie de faire de la Cour Suprême une annexe de son empire* »¹⁰⁷². Dans le fond, ce que préconise donc Lord Philips est que l'administration judiciaire cesse d'être du ressort exclusif des organes exécutifs : il réclame que le budget de la

¹⁰⁶⁸ « *In October 2009, the then serving Law Lords became the first members of the new Court* ». A. W. Bradley, « The constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 284.

¹⁰⁶⁹ Lord Clarke était le premier membre de la Cour suprême nommé directement à ce poste, sans avoir été préalablement *Law Lord*.

¹⁰⁷⁰ Pour de plus amples renseignements, voir : A. Duffy-Meunier, « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013, pp. 18-19. Disponible en ligne : <http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-Duffy-1-3.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

¹⁰⁷¹ N. Phillips, « Judicial Independence & Accountability : A view from the Supreme Court », Conférence donnée par Lord Phillips à *UCL Constitution Unit*, lancement du projet de recherche sur *Les politiques de l'indépendance de la justice*, 8 février 2011, pp. 10 et s. Disponible en ligne : https://www.supremecourt.uk/docs/speech_110208.pdf (consulté le 24/11/15).

¹⁰⁷² « *This is not a satisfactory situation for the Supreme Court of the United Kingdom. It is already leading to a tendency on the part of the Ministry of Justice to try to gain the Supreme Court as an outlying part of its empire* ». *Id.*, p. 12.

Cour Suprême devienne la compétence des organes judiciaires (concept II B (2) dans la typologie).

397. En définitive, en alléguant des trois éléments ci-avant, la doctrine témoigne donc des apories de la réforme constitutionnelle de 2005. Ce faisant, elle continue surtout à critiquer l'indépendance collective. Elle invite le législateur à poursuivre les réformes déjà entreprises, afin qu'à terme le concept d'indépendance collective puisse devenir un véritable concept descriptif.

Conclusion du Chapitre 4

398. Au terme de l'analyse approfondie de l'histoire des changements récents intervenus dans la conceptualisation anglaise de l'indépendance de la justice, il est possible de proposer une réponse à l'interrogation soulevée en introduction. A la question de savoir quelle est la définition actuelle de l'indépendance de la justice anglaise, il convient de répondre que l'indépendance anglaise s'organise autour de deux termes, qui sont « indépendance individuelle » et « indépendance collective » (encore appelée « indépendance institutionnelle »). Le contenu respectif de ces deux mots est incertain : les auteurs anglais fournissent des définitions relativement vagues tant de l'indépendance individuelle que de l'indépendance collective. En outre, si ces deux concepts cohabitent, ils n'ont, pourtant, pas des poids égaux. Tandis que le concept d'indépendance individuelle est un concept particulièrement fort, le concept d'indépendance collective demeure, même après la réforme de 2005, un concept nettement plus faible. Cet état des choses amène finalement à conclure – et ce sont les mots de Diana Woodhouse – qu'en dépit du *CRA*, « *la tradition du Royaume-Uni, en vertu de laquelle l'attention se focalise sur l'indépendance des juges individuels, plutôt que sur l'indépendance collective, est toujours d'actualité* »¹⁰⁷³.

¹⁰⁷³ « *the United Kingdom tradition, whereby concentration is upon the independence of individual judges, rather than the collectivity, is retained* ». D. Woodhouse, « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, p. 138.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

399. L'analyse approfondie des trajectoires de la conceptualisation anglaise de l'indépendance de la justice entre le XII^e siècle et aujourd'hui permet de comprendre que le développement de l'indépendance de la justice anglaise a été le fruit d'un long cheminement, qui s'est progressivement accéléré à partir du XIV^e siècle. L'enracinement des concepts d'indépendance en droit anglais a été rendu possible grâce à l'adoption de certaines dispositions législatives (de la loi de Northampton à la réforme constitutionnelle de 2005, en passant par l'Acte d'Etablissement), mais aussi grâce à l'implication de certains auteurs (Fortescue, Buchanan, Hooker, etc) et juges (Huse, Coke, Jones, etc). L'analyse approfondie de la conceptualisation anglaise de l'indépendance de la justice sur une large tranche historique offre aussi l'occasion de prendre la mesure des divers sens que recouvre le vocable « *judicial independence* ». Avant l'apparition au milieu des années 1970 d'un début de théorisation de l'indépendance, pas moins de six concepts d'indépendance de la justice ont été repérés : 1) Le roi ne doit pas trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie) 2) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors (concept I A (1) dans la typologie) 3) Le Parlement ne doit pas trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie) 4) Le juge doit jouir d'une protection statutaire (concept I B dans la typologie) 5) L'institution judiciaire doit être séparée des autres pouvoirs d'Etat (concept II A et concept II B dans la typologie) 6) L'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi (concept II B (1) dans la typologie).

400. Le sens numéro un était majeur dans le passé et il a fait l'objet de nombreuses justifications ; il a disparu dans les discours de la doctrine et des juges contemporains, puisque le monarque a cessé de revendiquer le droit de rendre personnellement la justice. A l'instar du sens numéro un, le sens numéro deux était également central dans le passé ; il continue, au demeurant, à être une signification essentielle, à l'heure actuelle, puisqu'il est désormais véhiculé par le concept d' « indépendance individuelle » (*individual independence*).

401. Ce concept d'indépendance individuelle constitue la première partie de la *summa divisio* qui s'est imposée à partir du milieu des années 1970. L'autre partie de la distinction renvoie au concept d'indépendance collective (ou indépendance institutionnelle). Si la distinction entre indépendance individuelle et indépendance collective témoigne des efforts des savants

et des praticiens anglais de théoriser l'indépendance, elle ne dissipe pas l'obscurité conceptuelle autour du mot « *judicial independence* ». En effet, aucune des deux expressions ne fait l'objet de définitions denses et approfondies dans la littérature juridique. Notre travail a permis de mettre en lumière les sens cachés derrière les deux labels. Ainsi, à la lumière de notre typologie, il apparaît que le terme « indépendance collective » renvoie au concept II A (1) a, au concept II A (2), et au concept II B (2) dans la typologie.

Partie 2

L'Allemagne (XIXe-XXIe siècles): une théorisation forte de l'indépendance

402. L'histoire constitutionnelle allemande est familière de « brusques sauts de progression liés à certaines dates »¹⁰⁷⁴, écrit Michael Stolleis. Par là, l'historien du droit veut dire que l'histoire constitutionnelle allemande est marquée par un certain nombre de ruptures qui ont exercé un effet à long terme. Pour ce qui intéresse en particulier la construction de l'indépendance de la justice en Allemagne, la doctrine d'outre-Rhin identifie une césure. Elle a eu lieu à peu près à partir du milieu du XVIIIe siècle. Sur ce point, Régina Ogorek explique : « (...) les (rares) études sur la justice de l'époque montrent que déjà au cours du XVIIIe siècle les jalons pour un système judiciaire à l'écart de la sphère politique ont été posés, c'est-à-dire à un moment durant lequel on ne pouvait pas encore parler d'Etat constitutionnel (*Verfassungsstaat*) au sens moderne »¹⁰⁷⁵. A l'instar du Professeur Ogorek, Dieter Simon fait aussi valoir que l' « on peut débiter cette histoire [celle de l'indépendance de la justice] à l'époque de l'Etat absolutiste du 18^e siècle »¹⁰⁷⁶. Enfin et pour ne citer qu'un dernier exemple, Michael Kotulla reconnaît également que tandis que « la conception selon laquelle le juge n'était absolument pas indépendant, mais tenu de trancher les litiges selon les volontés du souverain ou de son gouvernement, était communément admise jusque dans le dernier tiers du 18e siècle »¹⁰⁷⁷, progressivement, un basculement s'est produit et l'idée s'est

¹⁰⁷⁴ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 14-15. *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914* est la traduction récente du second volume de l'œuvre magistrale (en quatre volumes) de Michael Stolleis. Le titre du second volume en langue allemande est *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2 (1800-1914) (Munich, C.H. Beck, 1992, 486 p.). Déjà, en 1998, le premier volume (*Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 1 (1600-1800), 2^e éd., Munich, C. H. Beck, 2012, 435 p.) avait fait l'objet d'une traduction en langue française : *Histoire du droit public en Allemagne : La théorie du droit public impérial et la science de la police 1600-1800*, Paris, PUF, 1998, 654 p. Les troisième et quatrième volumes – consacrés à l'histoire du droit public en Allemagne respectivement de 1914 à 1945 et de 1945 à 1990 – n'ont, pour l'instant, pas été traduits en français. Par contre, le troisième volume a fait l'objet d'une traduction en langue anglaise.

¹⁰⁷⁵ « Gleichwohl zeigen die (wenigen) Justizforschungen zu jener Zeit, dass die Weichen für ein aus der politischen Sphäre ausgegrenztes Justizsystem bereits im 18. Jahrhundert gestellt wurden, zu einer Zeit also, als vom Verfassungsstaat im modernen Sinne noch keine Rede sein konnte ». R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, pp. 13-14.

¹⁰⁷⁶ « Man kann diese Geschichte in der Epoche des Staatsabsolutismus des 18. Jahrhunderts beginnen lassen ». D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 2.

¹⁰⁷⁷ « Die Auffassung, ein Richter sei keineswegs unabhängig, sondern gehalten, nach dem Willen des Herrschers oder seiner Regierung zu urteilen, galt bis weit in das letzte Drittel des 18. Jahrhunderts als Allgemeingut ». M. Kotulla, « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche

imposée que les juges doivent exercer leur activité juridictionnelle de manière plus autonome vis-à-vis du monarque¹⁰⁷⁸.

403. A partir de ce constat unanime des auteurs, il faut donc distinguer deux périodes : la première se termine vers le milieu du XVIIIe siècle. La seconde commence aux alentours de 1750 et se poursuit jusqu'à l'époque contemporaine. De fait, le basculement entre les deux divisions se produit à partir du milieu du XVIIIe siècle. Comprendre l'émergence et la consolidation des concepts d'indépendance de la justice en Allemagne implique, par conséquent, avant tout, d'examiner l'indépendance après le milieu du XVIIIe siècle (β). Concrètement, c'est durant cette seconde période qu'intervient la célèbre affaire du meunier Arnold (1770-1779), qui s'inscrit dans la marche vers l'indépendance (γ). Surtout, c'est durant cette seconde période que l'effervescence intellectuelle autour du contenu du mot « *Unabhängigkeit der Justiz* » est à son apogée (δ). Avant d'appréhender dans le détail la conceptualisation de l'indépendance à compter de 1750, la présente étude se propose, toutefois, d'opérer une incursion (non exhaustive) sur la situation avant le milieu du XVIIIe siècle. Elle doit permettre de rendre compte des quelques manifestations factuelles et conceptuelles de l'indépendance avant la rupture (α).

α) Bref retour en arrière : les premiers germes d'indépendance avant le milieu du XVIIIe siècle

404. En des termes très généraux, il semble qu'un commencement d'indépendance du juge voit le jour avec la mise en place et le développement du Tribunal de la Chambre impériale (*Reichskammergericht*) et du Conseil aulique impérial (*Reichshofrat*). Tous deux sont conçus pour être des juridictions suprêmes de l'Empire et sont le produit de la réforme de l'Empire introduite par Maximilien Ier (1493-1519)¹⁰⁷⁹. Le premier « *devint un instrument destiné à garantir la paix territoriale (...) Son ressort englobait les conflits entre seigneurs territoriaux,*

Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 201.

¹⁰⁷⁸ M. Kotulla, « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 201. Sur la rupture aux alentours de 1750, voir aussi: A. Hillgruber, « Art. 97 », in T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 5, Munich, Beck, Lfg. 52, 2008, para. 12 ; W. Shaffer, « Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters », *Bayerische Verwaltungsblätter*, vol. 21, 1991, p. 643.

¹⁰⁷⁹ K. Malettke, « Les traités de paix de Westphalie et l'organisation politique du Saint Empire romain germanique », *Dix-septième siècle*, vol. 1, n° 210, 2001, p. 120. Sur les deux institutions impériales, voir aussi : A. Gaillet, *L'individu contre l'Etat : Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, thèse, Paris, Dalloz, 2012, pp. 13-15.

mais aussi entre sujets. [II] jugeait en première instance pour les seigneurs immédiats d'Empire et en appel pour les sujets en désaccord avec les jugements rendus par les princes territoriaux, dans la mesure où les seigneurs de ces territoires ne bénéficiaient pas de privilèges d'appel »¹⁰⁸⁰. Le second « était compétent en matière de féodalité et de privilèges (...) [et intervenait] en tant que tribunal de dernière instance, ainsi que lors de conflits dans lesquels la décision de l'Empereur était requise en justice »¹⁰⁸¹. Un spécialiste du Saint-Empire – Guido Braun – précise encore que les juridictions des deux tribunaux entraient fréquemment en concurrence, « c'est-à-dire que, dans la plupart des causes, les parties pouvaient choisir la cour de justice à laquelle elles désiraient s'adresser »¹⁰⁸².

405. Ni le rapport du *Reichskammergericht* ni celui du *Reichshofrat* à l'indépendance n'ont fait l'objet d'étude exhaustive¹⁰⁸³. Pourtant, d'après Wolfgang Sellert, cette question n'est pas dénuée d'intérêt¹⁰⁸⁴, dans la mesure où les deux institutions ont joué un rôle significatif dans le développement de l'indépendance de la justice¹⁰⁸⁵. Entre les deux juridictions, c'est certainement davantage le Tribunal de la Chambre impériale plutôt que le Conseil aulique impérial qui a contribué à l'accroissement de l'indépendance de la justice¹⁰⁸⁶. La raison principale tient à ce qu'à la différence du Tribunal de la Chambre impériale, l'indépendance du Conseil aulique était, *de jure*, limitée, eu égard à son lien direct avec l'Empereur et la possibilité pour lui d'y siéger à tout moment¹⁰⁸⁷. Pour montrer que le Tribunal de la Chambre impériale a favorisé le perfectionnement de l'indépendance, il suffit de citer – entre autres illustrations – l'exemple d'une décision du Tribunal de la Chambre impériale en date de 1694. A cette occasion, le *Reichskammergericht* affirme qu'un souverain ne peut lui-même trancher

¹⁰⁸⁰ K. Malettke, *op. cit.*, p. 120.

¹⁰⁸¹ K. Malettke, *op. cit.*, p. 121.

¹⁰⁸² G. Braun, *La connaissance du Saint-Empire en France du baroque aux Lumières 1643-1756*, texte remanié de thèse de doctorat, Munich, R. Oldenbourg, 2012, pp. 42-43.

¹⁰⁸³ C'est en tous cas le constat dressé par Wolfgang Sellert dans un article datant de 1996 et intitulé « l'indépendance de la justice au Tribunal de la Chambre impériale et au Conseil aulique impérial ». W. Sellert, « Richterliche Unabhängigkeit am Reichskammergericht und am Reichshofrat », in M. Diesselhorst, O. Behrends, R. Dreier (dir.), *Gerechtigkeit und Geschichte : Beiträge eines Symposions zum 65. Geburtstag von Malte Diesselhorst*, Göttingen, Wallstein, 1996, p. 120.

¹⁰⁸⁴ « Diese Frage ist schon deswegen nicht ohne Bedeutung ». *Ibidem*.

¹⁰⁸⁵ Dans un autre de ses travaux, W. Sellert précise encore : « Gleichwohl hat es seit den privilegia de non appellando et de non evocando und vornehmlich seit der Entstehung des RKG [Reichskammergericht] und des RHR [Reichshofrat] z. T. beachtliche Bestrebungen zum Schutz der Justiz vor Eingriffen des Herrschers gegeben ». W. Sellert, « Unabhängigkeit des Richters (der Justiz) », in A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 5, Berlin, Schmidt, 1998, p. 443.

¹⁰⁸⁶ « Der Weg zur richterlichen Unabhängigkeit war daher am RHR [Reichshofrat] wesentlich steiniger als am RKG [Reichskammergericht] ». W. Sellert, « Richterliche Unabhängigkeit am Reichskammergericht und am Reichshofrat », in M. Diesselhorst, O. Behrends, R. Dreier (dir.), *Gerechtigkeit und Geschichte : Beiträge eines Symposions zum 65. Geburtstag von Malte Diesselhorst*, Göttingen, Wallstein, 1996, p. 132.

¹⁰⁸⁷ *Id.*, pp. 123-124.

les litiges (concept II A (1) a dans la typologie) . Pour reprendre les mots du Tribunal de la Chambre impériale, « *lorsqu'un souverain tranche l'affaire en cours pour lui et "per resolutiones", non pas au moyen des tribunaux constitués, mais dans son Cabinet princier, l'opinion insolite qui en résulte est privée de force de chose jugée (Rechtskraft)* »¹⁰⁸⁸. Une autre preuve de ce que le Tribunal de la Chambre impériale a pris part à la marche vers l'indépendance figure dans son règlement intérieur (*Ordnung*). Le titre XXV de la deuxième partie du règlement en date de 1555 prévoit que la justice doit être rendue de manière « *libre, forte et sans empêchement* »¹⁰⁸⁹. Ajouté à cela, le même règlement contient également « *une première garantie de l'indépendance personnelle de la justice* »¹⁰⁹⁰. En effet, il énonce une protection contre les destitutions des juges du Tribunal de la Chambre impériale : un juge ne peut être destitué qu'en cas d'incapacité et après un jugement du Tribunal lui-même ou d'une commission extérieure¹⁰⁹¹ (concept I B dans la typologie). Finalement, et même si ces dispositions n'étaient, en pratique, pas toujours appliquées, elles témoignent, à n'en pas douter, des premières luttes pour l'indépendance en Allemagne. « *Même si nous ne savons toujours pas précisément, si et à quel point toutes ces dispositions ont été observées dans la réalité juridique, elles tendent cependant sans ambiguïté à une justice indépendante* »¹⁰⁹², conclut Wolfgang Sellert.

¹⁰⁸⁸ « *Wenn ein Landesherr nicht durch die dazu bestellten Gerichte, sondern aus seinem fürstlichen Cabinet den vorgekommenen Streit für sich und "per resolutiones" entscheidet, die darunter ausgefallene Meinung in die Rechtskraft nicht treten (...) könne* ». *Id.*, p. 120. V. aussi sur ce point: B. W. Pfeiffer, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes*, Göttingen, Vandenhoeck und Ruprecht, 1851, p. 80.

¹⁰⁸⁹ « *Dass dem keyserlichen cammergericht unverhindert eynicher restitution, supplication, advocation oder anderer suspension und aufschleg sein freier, starcker, unverhinderter lauf gelassen und darwider nicht gegeben werden* ». *Reichskammergerichtsordnung* de 1555, Partie II, Titre XXXV. Le texte du règlement du *Reichskammergericht* est, par exemple, disponible dans : A. Laufs, *Die Reichskammergerichtsordnung von 1555*, Cologne, Böhlau, 1976, pp. 55-280. V. aussi le règlement du *Reichshofrat* de 1654, Titre I, § 18.

¹⁰⁹⁰ « *Eine erste Garantie persönlicher richterlicher Unabhängigkeit bringt in Deutschland die Reichskammergerichtsordnung von 1555* ». A. Hillgruber, *op. cit.*, para. 10. V. aussi: G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 54 ; W. Sellert, « *Unabhängigkeit des Richters (der Justiz)* », in A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 5, Berlin, Schmidt, 1998, p. 443.

¹⁰⁹¹ *Reichskammergerichtsordnung* de 1555, Partie I, Titre V. Andreas Hillgruber nous dit : « *dass, weder Kammerrichter noch Beisitzer willkürlich "abgeschafft" werden sollten, eine Entsetzung vielmehr nur bei Untauglichkeit zulässig sei und durch Urteil des Gerichts selbst oder der Visitationskommission ausgesprochen werden könne* ». A. Hillgruber, *op. cit.*, para. 10.

¹⁰⁹² « *Auch wenn wir noch immer nicht genau wissen, ob und inwieweit alle diese Bestimmungen in der Rechtswirklichkeit auch beachtet worden sind, so zielten sie doch unmissverständlich auf eine unabhängige Justiz* ». W. Sellert, « *Richterliche Unabhängigkeit am Reichskammergericht und am Reichshofrat* », in M. Diesselhorst, O. Behrends, R. Dreier (dir.), *Gerechtigkeit und Geschichte : Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Diesselhorst*, Göttingen, Wallstein, 1996, p. 123.

β) La rupture à compter de 1750 : la remise en question des « Kabinettsjustiz » et « Machtsprüche »

406. Les mots « Kabinettsjustiz » et « Machtspruch » sont deux vocables clefs dans le lexique de la dépendance de la justice en Allemagne. D'emblée, il convient de signaler qu'il est particulièrement difficile de traduire les deux mots allemands¹⁰⁹³. En effet, ils n'existent pas d'équivalents français susceptibles de refléter « *la charge conceptuelle* »¹⁰⁹⁴ des deux notions, c'est-à-dire la réalité attachée aux deux mots étrangers. À défaut de meilleure traduction, on peut employer l'expression « décision arbitraire du souverain » pour parler de « Machtspruch »¹⁰⁹⁵ et celle de « justice de cabinet » à la place de « Kabinettsjustiz ». D'une manière générale, les concepts de « Kabinettsjustiz » et de « Machtspruch » désignent les atteintes portées par le monarque au cours de la justice. Tous deux renvoient, entre autres, à l'exercice de la justice par le roi lui-même (concept II A (1) a dans la typologie), aux pressions exercées par le monarque sur l'activité juridictionnelle (concept I A (1) dans la typologie) ou à la remise en cause par le souverain de l'autorité de la chose jugée d'une décision de justice déjà tranchée par les tribunaux (concept II A (1) c dans la typologie). Au moins deux éléments distinguent, pourtant, les deux mots. Première différence : le mot « Machtspruch » est plus ancien que le mot « Kabinettsjustiz ». Le mot « Machtspruch » est apparu dans la littérature avant le mot « Kabinettsjustiz », qui a été employé pour la première fois en 1789¹⁰⁹⁶. L'émergence du mot « Kabinettsjustiz » après celui de « Machtspruch » a eu pour conséquence pratique que la seconde terminologie a progressivement remplacé la première dans les écrits¹⁰⁹⁷. Deuxième différence : le terme de « Machtspruch » véhicule un

¹⁰⁹³ L'historienne du droit Ulrike Müssig en fait, déjà, la remarque dans son article consacré à la garantie du juge naturel. V. sur ce point : U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 2, 2005, p. 217 (note n° 3). Le nom de jeune fille d'Ulrike Müssig est Seif. À partir de 2006, tous les travaux de l'auteur sont signés sous le nom d'Ulrike Müssig.

¹⁰⁹⁴ M. Cornu, « Terminologie et droit comparé dans le domaine de la culture », in X. North (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Actes du colloque international, 15 et 16 octobre 2009, Faculté de Droit de Poitiers, Paris, Dalloz, 2011, p. 167.

¹⁰⁹⁵ Déjà, Philipp Joseph von Pandin de Jariges, Grand Chancelier et Ministre d'Etat de Prusse sous le règne de Frédéric II, traduit le mot allemand « Machtspruch » par « décision immédiate et arbitraire du souverain ». P. J. von Pandin de Jariges, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procédure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, Berlin, Decker, 1765, p. 3 (note). V. sur ce point : U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 2, 2005, p. 217 (note n° 3).

¹⁰⁹⁶ W. Ogris, « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492. Disponible en ligne (sans pagination) : <http://www.hrgdigital.de/id/kabinettsjustiz/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15).

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*. V. aussi : G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 35.

sens plus large que celui de « Kabinettsjustiz ». A l'inverse du terme de « Kabinettsjustiz », le terme de « Machtspruch » ne fait pas seulement référence aux empiètements du roi dans le domaine normalement réservé à l'activité judiciaire. Il renvoie, de manière plus globale, aux décisions du souverain qui ne sont pas prises sur le fondement du droit (*Rechtssprüche*). Il s'applique à l'ensemble des actes du monarque accomplis *ex plenitune potestatis*, c'est-à-dire qui constituent l'expression du pouvoir royal suprême (*allerhöchster Machtvollkommenheit*)¹⁰⁹⁸. Aussi, la notion de « Machtspruch » peut, par exemple, désigner les décisions que le roi peut prendre de manière arbitraire en matière administrative¹⁰⁹⁹. Sur ce point, Günther Plathner fournit davantage de précisions : « le terme de “Machtspruch” n'avait tout d'abord rien à voir avec les empiètements dans des litiges pendants devant un tribunal et les décisions de justice. Il renvoyait à chaque acte du souverain qui n'était pas en conformité avec le droit positif. De pareils “Machtssprüche” se manifestaient aussi bien en matière administrative que dans les affaires judiciaires, lors de la destitution des fonctionnaires et, de manière plus générale, là où le souverain tenait son intervention pour nécessaire »¹¹⁰⁰. A partir de là, l'auteur précise encore que « ce n'est qu'à partir du moment où la justice a été fondamentalement séparée des autres activités de l'Etat et que la fonction juridictionnelle a été fondée uniquement sur la loi, que le terme de “Machtspruch” a été limité aux empiètements du juge suprême dans la fonction juridictionnelle »¹¹⁰¹.

407. Comprendre plus précisément ce que recouvrent les concepts de « Kabinettsjustiz » et de « Machtspruch » implique de s'intéresser à la période avant 1750. La raison en est que cette période est symptomatique des empiètements du roi dans l'activité juridictionnelle. C'est, en particulier, en matière pénale – et moins en matière civile – que le roi intervient dans le cours de la justice¹¹⁰². Loin d'être perçus comme des actes arbitraires, les empiètements du monarque sont, à l'époque, envisagés comme un droit, voire même un devoir du

¹⁰⁹⁸ W. Ogris, « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492.

¹⁰⁹⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰⁰ « Der Begriff “Machtspruch” hatte zunächst mit einem Eingriff in schwebende Rechtsstreitigkeiten und mit einer Entscheidung in solchen nichts zu tun. Er bedeutete jeden Akt des Landesherrn, der nicht im Einklang stand mit dem positiven Recht. Derartige Machtssprüche kamen vor in Verwaltungssachen, in Justizsachen, bei der Entlassung von Beamten und wo immer der Landesherr ein Einschreiten für nötig hielt ». G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 7.

¹¹⁰¹ « Erst als die Justiz von der übrigen Staatstätigkeit grundsätzlich gesondert wurde und die Rechtsprechung lediglich auf das Gesetz gegründet wurde, beschränkte man den Begriff Machtspruch auf Übergriffe der Gerichtsherren in die Rechtsprechung ». *Ibidem*.

¹¹⁰² F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 42.

souverain¹¹⁰³. Ils sont jugés nécessaires pour combler les lacunes d'une justice en pleine construction et pour garantir « *les intérêts et le bien des sujets* »¹¹⁰⁴. En tant que *fons justitiae*¹¹⁰⁵, le roi lui-même estimait, d'ailleurs, qu'il était dans l'obligation de prendre part à l'exercice de l'autorité judiciaire. Dans la pratique, ses sujets, confrontés aux dysfonctionnements ou aux lenteurs des procès, faisaient régulièrement directement appel à lui au moyen de pétitions (*Suppliken*)¹¹⁰⁶.

408. A l'inverse de la période avant le milieu du XVIIIe siècle, à compter approximativement de 1750, le recours aux « Kabinettsjustiz » et aux « Machtsprüche » suscitent des interrogations. Sous l'influence de la philosophie des Lumières et du principe de la séparation des pouvoirs théorisé par Montesquieu, l'usage des « Kabinettsjustiz » et des « Machtsprüche » fait progressivement l'objet de multiples critiques. Ce changement de paradigme est décrit par de nombreux auteurs contemporains. Ainsi et par exemple, selon Michael Kotulla, « *même si le souverain absolu réunissait en sa personne l'ensemble des pouvoirs d'Etat, l'influence grandissante de la philosophie des Lumières au cours du XVIIIe siècle conduisait à ce que on ressent la pratique des "Kabinettsjustiz", notamment celle des Machtsprüche comme un principe contraire à une fonction juridictionnelle bien ordonnée* »¹¹⁰⁷. Dans le droit positif, les critiques dirigées à partir du milieu du XVIIIe siècle contre les « Kabinettsjustiz » et les « Machtsprüche » aboutissent à leur interdiction dans plusieurs textes. Pour ce qui concerne la Prusse, le paragraphe six de l'introduction du

¹¹⁰³ W. Shaffer, « Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters », *Bayerische Verwaltungsblätter*, Vol. 21, 1991, p. 644 ; W. Ogris, « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492. Disponible en ligne (sans pagination) : <http://www.hrgdigital.de/id/kabinettsjustiz/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15) ; M. Kotulla, « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 202 ; *Id.*, p. 220.

¹¹⁰⁴ « *zum Nutzen und Wohle der Untertanen* ». Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wiss. Buchges., 1975, p. 2.

¹¹⁰⁵ La reconnaissance du privilège de juger au roi renvoie au concept de *fons justitiae*, qui a fait l'objet d'une étude dans le détail dans la partie consacrée à l'Angleterre.

¹¹⁰⁶ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 42.

¹¹⁰⁷ « *Vereinigte der absolutistisch herrschende Landesherr alle Herrschaftsgewalt in seiner Person, so führte der zunehmende Einfluß der Aufklärung im Laufe des 18. Jahrhunderts zunehmend dazu, daß man die Praxis der "Kabinettsjustiz", namentlich diejenige der Machtsprüche als den Prinzipien einer geordneten Rechtspflege zuwiderlaufend empfand.* ». M. Kotulla, « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 204. Sur le changement de paradigme, v. aussi : W. Ogris, « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492. Disponible en ligne (sans pagination) : <http://www.hrgdigital.de/id/kabinettsjustiz/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15) ; M. Stolleis, « Judicial Interpretation in Transition from the Ancien Régime to Constitutionalism », in Y. Morigiwa (dir.), *Interpretation of law in the age of enlightenment*, Dordrecht, Springer, 2011, p. 9.

Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten (Code général pour les Etats prussiens), adopté définitivement en 1791, prévoit que « *les décisions rendues d'autorité (Machtsprüche) ou actes du pouvoir suprême, intervenus sans la sanction des tribunaux dans des affaires contentieuses, n'engendrent ni droits ni obligations* »¹¹⁰⁸. Pour ce qui intéresse l'Autriche, le paragraphe trente-neuf de la première partie du *Westgalizische Gesetzbuch* de 1797 (Code de Galicie d'Ouest) dispose que « *les décisions, qui sont prises sans la procédure judiciaire prévue, ou les dits Machtsprüche ne doivent avoir aucune force et aucun effet* »¹¹⁰⁹. En pratique, ces dispositions textuelles ont eu peu de portée. A propos du paragraphe trente-neuf de la première partie du *Westgalizische Gesetzbuch*, Werner Ogris écrit que « *tous ces efforts sont d'abord restés sans effet appréciable et/ou durable* »¹¹¹⁰. D'ailleurs, l'*Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten* de 1791 (AGB) a été suspendu dès 1792¹¹¹¹. L'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, qui l'a remplacé dès 1794, ne contenait plus d'article relatif à la prohibition des « Kabinettsjustiz » et des « Machtsprüche »¹¹¹². A n'en pas douter, malgré leur manque d'efficacité, ces textes de droit positif ont, néanmoins, participé aux premières luttes contre la dépendance de la justice.

γ) L'exemple de l'affaire du meunier Arnold (1770-1779) dans le contexte de la marche vers l'indépendance

409. Pour illustrer d'autant plus concrètement les premiers combats menés contre les « Kabinettsjustiz » et les « Machtsprüche », une affaire est régulièrement citée par la doctrine.

¹¹⁰⁸ L'*Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten* a fait l'objet d'une traduction officielle : *Code général pour les Etats Prussiens, traduit par les Membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministre de la justice*, Paris, Imprimerie de la République, an IX-X (septembre 1800-septembre 1802), 2 tomes en 5 vol. Pour la citation, voir spéc. : *Code général pour les Etats Prussiens*, tome 1, Paris, Imprimerie de la République, an IX (septembre 1800), p. 1. Le texte de la version originale en allemand est le suivant : « *Machtsprüche, oder solche Verfügungen der obern Gewalt, welche in streitigen Fällen, ohne rechtliches Erkenntnis erteilt worden sind, bewirken weder Rechte noch Verbindlichkeiten* ». §6, Introduction, *Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten*, 1791 (C. F. Eichhorn, E. F. J. Dronke, R. Schroeder, *Allgemeines Gesetzbuch für die preussischen Staaten*, vol. 1, Berlin, Pauli, 1792, p. 3).

¹¹⁰⁹ « *Entscheidungen, welche ohne das vorgeschriebene richterliche Verfahren ergehen, oder sogenannte Machtsprüche sollen weder Kraft noch Wirkung haben* ». §39, I, *Westgalizische Gesetzbuch*, 1797.

¹¹¹⁰ « *Doch blieben alle diese Bemühungen zunächst ohne nennenswerten und/oder dauernden Erfolg* ». W. Ogris, « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492. Disponible en ligne (sans pagination) : <http://www.hrgdigital.de/id/kabinettsjustiz/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15).

¹¹¹¹ M. Kotulla, « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 210.

¹¹¹² *Ibidem*. G. Plathner, *op. cit.*, p. 32.

Il s'agit de l'affaire du meunier Arnold (1770-1779)¹¹¹³. Les faits dans l'affaire du meunier Arnold – qui se déroule en Brandebourg-Prusse – sont relativement simples. Pour l'essentiel, trois parties sont impliquées. Il s'agit, d'abord, d'un seigneur. Il est le propriétaire d'un moulin. Il s'agit, ensuite, du meunier Christian Arnold et de sa femme, Rosine. Ils sont, en vertu d'un bail emphytéotique datant de 1762, les locataires du moulin. Il s'agit, enfin, d'un voisin. Il est le « fauteur de trouble », puisqu'il détourne, à partir de 1770, une partie de l'eau du ruisseau destinée à alimenter le moulin. En utilisant l'eau pour ses propres besoins, le voisin empêche le meunier et sa femme de pouvoir exploiter le moulin de manière rentable. Privé d'une grosse partie de leurs revenus, le couple de meuniers ne parvient plus à payer l'entièreté de sa redevance annuelle dès 1771. A partir de là, le problème de droit qui se pose est alors le suivant : « *Si quelqu'un loue un droit à quelque chose, mais ne peut plus utiliser ce droit en raison des agissements d'une troisième partie, est-il en droit de refuser le paiement pour la location ?* »¹¹¹⁴. Cette question va générer une réponse de plusieurs juridictions différentes, dans la mesure où de nombreux recours vont être introduits dans cette affaire. La succession des recours rend la chronologie des événements particulièrement complexe¹¹¹⁵. Schématiquement, la première étape du scénario judiciaire débute en 1773. A cette date, le seigneur, propriétaire du moulin, décide de poursuivre pour défaut de paiement Christian et Rosine Arnold devant le tribunal patrimonial local (*Patrimonialgericht*), dans lequel il a, d'ailleurs, lui-même l'habitude de siéger. Le tribunal patrimonial local rend sa décision au cours du mois de juin 1773. Il accueille la requête du seigneur et condamne les meuniers au paiement des arriérés. Insatisfaits par la décision du tribunal patrimonial local, Christian et Rosine Arnold interjettent appel en mars 1774. Pour multiplier leurs chances d'obtenir réparation, ils envoient également, à partir de 1775, des pétitions au roi (*Suppliken*).

¹¹¹³ L'histoire du meunier Arnold est bien connue dans la littérature allemande. Pour un résumé des faits et de la chronologie judiciaire, voir, par exemple : G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, pp. 19-20 ; W. Hülle, « Müller Arnold-Prozess », in A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 3, Berlin, Schmidt, 1984, pp. 726-728 ; Voir surtout : T. Repgen, « Der Müller Arnold und die Unabhängigkeit des Rechts im friederizianischen Preußen », in U. Falk, M. Luminati, M. Schmoekkel (eds.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, Munich, Beck, 2007, pp. 223-253. En langue anglaise, voir : D. M. Luebke, « Frederick the Great and the Celebrated Case of the Millers Arnold (1770-1779): A Reappraisal », *Central European History*, vol. 32, n° 4, 1999, pp. 379-408 ; spéc. pp. 380-383 ; M. Schmoekkel, « The Mystery of Power Verdicts Solved? Frederick II of Prussia and the Emerging Independence of Jurisdiction », in G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki (dir.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle : Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 109-143 ; spéc. pp. 109-110.

¹¹¹⁴ C'est le problème de droit tel qu'il est formulé par le professeur Mathias Schmoekkel. M. Schmoekkel, *op. cit.*, p. 109.

¹¹¹⁵ La chronologie judiciaire est rendue d'autant plus complexe que la littérature ne fournit pas toujours les mêmes détails de l'histoire. Les versions diffèrent sensiblement selon les auteurs. Déjà, Mathias Schmoekkel reconnaît que « *cette affaire a été racontée de nombreuses façons* ». M. Schmoekkel, *op. cit.*, p. 110. Nous avons cherché à simplifier autant que possible la narration des événements.

Ce faisant, ils espèrent que Frédéric II, dit Frédéric le Grand (1712-1786), intervienne auprès des tribunaux en leur faveur. En janvier 1776, le tribunal provincial à Custrin (*die Neumärkische « Regierung » Küstrin*) confirme la décision du tribunal patrimonial local. Le pourvoi en cassation des époux Arnold est tout aussi infructueux : en septembre 1776, la deuxième chambre du *Kammergericht* de Berlin, après avoir constaté que la décision contestée ne comporte aucune erreur de droit, rejette le pourvoi. D'autres recours en justice sont encore introduits par le seigneur devant le tribunal patrimonial local et plusieurs autres décisions de justice sont prononcées. Il n'est, cependant, pas nécessaire de fournir le détail de ces décisions, dans la mesure où c'est, surtout, la question de l'indépendance de la justice qui nous intéresse. Il suffit d'indiquer qu'à chaque fois ou presque, le meunier Arnold est condamné¹¹¹⁶. En 1778, le moulin est finalement mis aux enchères, et Arnold est, par voie de conséquence, définitivement privé de son outil de travail. Loin de se décourager, les époux Arnold décident, pourtant, de poursuivre le combat judiciaire. Après avoir cherché à obtenir compensation auprès du seigneur, ils décident de poursuivre le voisin pour le préjudice subi. Surtout, ils écrivent, à partir de 1779, au moins trois nouvelles pétitions au roi. C'est la deuxième étape du scénario judiciaire. Il commence à la mi-août 1779. A cette date, le couple Arnold obtient, enfin, une bonne nouvelle : il est reçu en audience par le roi à Postdam. Après avoir entendu Christian et Rosine Arnold et surtout, après avoir demandé des investigations supplémentaires, le souverain est convaincu que la justice a été méprisante avec des faibles. Désireux de donner satisfaction aux meuniers, le monarque ordonne que l'affaire soit réentendue par le tribunal provincial à Custrin. Malgré l'intervention du roi, la requête du couple (dirigée contre le voisin) est, pourtant, rejetée en octobre 1779. Mis au courant de cet échec grâce à une autre pétition des meuniers en date de novembre 1779, le monarque somme la juridiction suprême – le *kammergericht* – de statuer une nouvelle fois sur l'affaire. Il exige que le litige soit tranché « *dans les plus brefs délais* » (« *ganz kurz abmachen* »¹¹¹⁷). Il précise aussi expressément dans quel sens le litige doit être tranché (« *wie es dero Order befolget* »¹¹¹⁸). De manière assez surprenante pour l'époque, la pression exercée par le souverain sur la juridiction suprême n'a, cependant, aucun effet: les trois juges du *kammergericht* confirment la décision rendue en octobre 1779. Furieux de la tournure des événements, Frédéric II convoque en décembre 1779 son Grand Chancelier (le baron de

¹¹¹⁶ Pour de plus amples détails sur les différents recours, consulter : T. Repgen, « Der Müller Arnold und die Unabhängigkeit des Rechts im friederizianischen Preußen », in U. Falk, M. Luminati, M. Schmoeckel (eds.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, Munich, Beck, 2007, pp. 226-227.

¹¹¹⁷ W. Hülle, « Müller Arnold-Prozess », in A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 3, Berlin, Schmidt, 1984, p. 727.

¹¹¹⁸ *Ibidem*.

Fürst) et les trois juges du *kammergericht*. Il prend alors plusieurs sanctions. D'abord, il révoque son Grand Chancelier. Ensuite, il fait emprisonner les trois juges du *kammergericht*, ainsi que certains des juges qui avaient statué antérieurement sur l'affaire et destitue le président du tribunal provincial à Custrin. En outre, il annule la décision rendue par le *kammergericht*. Enfin et surtout, il ordonne aux juges restants du *kammergericht* de condamner l'ensemble des juges impliqués dans l'affaire à indemniser les meuniers. A nouveau, l'injonction du roi rencontre la résistance des juges. Unanimement, les juges restants de la juridiction suprême s'érigent en défenseur de l'indépendance de la justice. En dépit de la consigne royale, ils refusent de reconnaître la culpabilité de leurs collègues. Günther Plathner rapporte que les dits juges auraient indiqué : « *Nous en avons décidé ainsi et cela doit suffire : car dans le Code Frédéric, il est indiqué que le juge ne doit pas tenir compte des ordres du Cabinet* »¹¹¹⁹ (concept I A (1) dans la typologie). En l'occurrence, les juges du *kammergericht* font très certainement référence à la disposition du Code Civil, qui reçut le titre de Code Frédéric – publié entre 1749 et 1751 et rapidement entièrement abrogé¹¹²⁰ – prévoyant que pour « *les ordres que nous donnerons de notre Cabinet, si les Tribunaux les croyaient contraire à la disposition du Corps de Droit, ils auront à faire leur représentation, & à demander de nouveaux ordres* »¹¹²¹. Au terme de l'histoire, le 1^{er} janvier 1780, Frédéric II est, finalement, face à l'inflexibilité des juges, obligé de prononcer lui-même la décision définitive : il condamne certains des juges impliqués dans l'affaire à un an d'emprisonnement et à indemniser les meuniers. En dernier lieu, les époux Arnold récupèrent le moulin et le voisin est interdit d'utiliser l'eau destinée au moulin.

410. L'affaire du meunier Arnold est marquée par une forte ambivalence : elle illustre la permanence des interventions du roi dans l'activité juridictionnelle même après 1750. Elle témoigne aussi de l'engagement des juges en faveur de l'indépendance de la justice. Rétrospectivement, l'affaire du meunier Arnold a souvent été interprétée comme un tournant dans la lutte contre les « *Machtsprüche* » et les « *Kabinettsjustiz* ». Quand bien même tous les

¹¹¹⁹ « *Wir haben so erkannt und das muss genügen : denn im codice Fridericiano steht, dass der Richter sich an Kabinetsordres nicht kehren soll* ». G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 20.

¹¹²⁰ V. sur ce point, les « *Avant-Propos* » précédant la traduction française de l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* (1794) : « *Avant-Propos* », in *Code général pour les Etats prussiens, traduit par les Membres du bureau de Législation étrangère, et publié par ordre du Ministère de la Justice*, t. 1, vol. 1, Paris, De l'Imprimerie de la République, an IX (1800).

¹¹²¹ §9, Titre II (De la Jurisprudence ; De la Justice, et des Loix en général), Livre I, Partie I, Code Frédéric. Le Code Frédéric a fait l'objet d'une traduction en langue française : *Code Frédéric; ou Corps de droit, pour les états de sa majesté le roi de Prusse: fondé sur la raison, & sur les constitutions du pays*, traduction de l'allemand par A. A. de Campagne, Conseiller privé du roi, 2 vol, 1751-1752.

problèmes de dépendance ne sont évidemment pas résolus après 1779, plusieurs auteurs en dressent le constat. Ainsi et par exemple, Michael Stolleis observe qu' « à partir de ce moment précis, les jugements du souverain (*ex plenitudine potestatis*) étaient vus non seulement comme des déviations de la norme, mais en plus, quand ils se produisaient, ils étaient désormais perçus comme le contraire de décisions légales »¹¹²². De la même façon, Michael Kotulla témoigne de ce que l'affaire du meunier Arnold constitue un point de non retour dans le combat contre les interventions du roi dans la fonction fonctionnelle. Il explique qu'« en résumé, les péripéties autour de l'affaire du meunier Arnold peuvent être vues comme un catalyseur vers l'indépendance de la justice en Prusse »¹¹²³.

δ) Le déploiement des débats autour des sens du mot « *Unabhängigkeit der Justiz* »

411. A partir du milieu du XVIIIe siècle, en même temps que les premières luttes à l'égard des « Kabinettsjustiz » et des « Machtsprüche », un mouvement parallèle et complémentaire se dessine : il s'agit de l'agitation intellectuelle autour des significations du mot « *Unabhängigkeit der Justiz* ». En s'opposant aux « Kabinettsjustiz » et aux « Machtsprüche », les acteurs – juges, hommes politiques et plus encore, auteurs – contribuent à fournir des définitions de l'indépendance de la justice. Dit différemment, les acteurs, qui participent à la sauvegarde de l'indépendance, contribuent à appréhender les différents concepts d'indépendance. Au titre des définitions de l'indépendance après 1750, il est, par exemple, possible de citer celle du roi Frédéric II. Quoique le monarque n'ait pas toujours respecté l'indépendance des juges dans la pratique¹¹²⁴, il affirme dans son *Testament Politique*, écrit en français en 1752, qu'en principe le roi ne doit pas rendre la justice. Il dit :

¹¹²² « *From that time on, judgements of the sovereign (ex plenitudine potestatis) were viewed as not only deviations from the norm, but when they were brought they were now perceived to be the opposite of legal decisions* ». M. Stolleis, « Judicial Interpretation in Transition from the *Ancien Régime* to Constitutionalism », in Y. Morigiwa (dir.), *Interpretation of law in the age of enlightenment*, Dordrecht, Springer, 2011, pp. 9-10.

¹¹²³ « *Resümierend dürfen die Ereignisse um den Müller-Arnold-Prozess als Katalysator auf dem Weg zur richterlichen Unabhängigkeit in Preußen angesehen werden* ». M. Kotulla, « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, p. 208. Dans le même sens, voir aussi: G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 20. Si de nombreux auteurs considèrent que l'affaire du meunier est un véritable tournant dans le développement de l'indépendance de la justice, d'autres préfèrent l'interpréter différemment. Au lieu de souligner que l'affaire du meunier Arnold est un catalyseur vers l'indépendance de la justice, ils expliquent qu'elle est symptomatique du recours très fréquent aux « Kabinettsjustiz » et « Machtsprüche ». En ce sens, Eduard Kern parle de « *l'un des plus terribles Machtsprüche dans l'histoire de la justice prussienne* ». E. Kern, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Otto Libmann, 1927, p. 80.

¹¹²⁴ Pour un exemple concret d'atteinte à l'indépendance de la justice par Frédéric II, voir le récit de l'affaire du meunier Arnold : *Supra*, n° 409-410.

« *C'est dans les tribunaux où les lois doivent parler et où le souverain doit se taire* »¹¹²⁵ (concept II A (1) a dans la typologie). Immédiatement, il précise néanmoins qu'il ne souhaite pas abandonner tout pouvoir de contrôle sur les juges. « *Mais en même temps ce silence ne m'a point empêché d'avoir les yeux ouverts pour veiller sur la conduite des juges* »¹¹²⁶, écrit Frédéric II. Par cette allégation, le souverain montre, en fait, qu'il se méfie des juges et qu'il refuse d'abandonner son rôle de juge suprême. Davantage, pour les concepts sur l'indépendance après 1750, il est possible de renvoyer à ceux de Philipp Joseph von Pandin de Jariges (1706-1770), Grand Chancelier et Ministre d'Etat de Prusse durant le règne de Frédéric II. A l'instar de Frédéric II de Prusse, dans ses *Réflexions philosophiques et historiques*, rédigées en français et publiées anonymement en 1765, Pandin de Jariges fait valoir que seuls les juges doivent trancher les différends. Selon ses propres termes, « *un Monarque qui règne sur des hommes libres, & qui les gouverne par des Loix, ne doit jamais faire la fonction de Juge, s'il entreprendoit, il s'exposeroit à des erreurs, à des surprises, à des injustices sans nombre* »¹¹²⁷ (concept II A (1) a dans la typologie). Pour justifier l'interdiction pour le roi de trancher les différends, il emploie au moins deux arguments « classiques ». Il fait référence à la menace d'un pouvoir arbitraire et tyrannique¹¹²⁸. Il indique : « *les Courtisans abuseroient de sa faveur, & de fausses représentations, lui arracheroient les Arrêts les plus iniques. Les Formalités essentielles dans un Examen juridique, seroient méprisées, la Protection des Loix, seroit sans vigueur ; le trouble & l'effroi s'empareroit de tous les Sujets, la crainte & la paleur se verroit sur tous les visages* »¹¹²⁹. Il recourt aussi à la

¹¹²⁵ « Testament politique [1752] », in Frédéric II de Prusse, *Die Politischen Testamente Friederich's des Grossen*, Berlin, Hobbing, 1920, p. 2. Même si le titre de l'ouvrage consulté est en langue allemande, son contenu est en français. L'ouvrage rassemble cinq « textes » de longueur inégale : 1. Le Testament Politique de 1752 2. Le Testament Politique de 1768 3. L'Exposé du gouvernement prussien des principes sur lesquels il roule, avec quelques réflexions politiques (1776) 4. Les Considérations sur l'état politique de l'Europe (1782) 5. Les Réflexions sur l'administration des finances pour le gouvernement prussien (1784). Dans le Testament Politique de 1768, Frédéric II réaffirme le même concept sur l'interdiction pour le souverain de prendre des décisions en matière de justice. « Testament politique [1768] », in Frédéric II de Prusse, *Die Politischen Testamente Friederich's des Grossen*, Berlin, Hobbing, 1920, p. 110.

¹¹²⁶ « Testament politique [1752] », in Frédéric II de Prusse, *Die Politischen Testamente Friederich's des Grossen*, Berlin, Hobbing, 1920, p. 2. V. aussi la concession à l'indépendance de la justice dans le Testament Politique de 1768 : « *Quoiqu'un souverain n'administre pas la justice en personne, il n'en doit pas moins avoir l'œil sur la justice et sur les juges* ». « Testament politique [1768] », in Frédéric II de Prusse, *Die Politischen Testamente Friederich's des Grossen*, Berlin, Hobbing, 1920, p. 111.

¹¹²⁷ P. J. von Pandin de Jariges, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procédure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, Berlin, Decker, 1765, p. 21. Les citations ici reproduites constituent l'exacte réplique d'extraits de l'ouvrage de von Pandin de Jariges. Si certains mots apparaissent mal orthographiés, c'est, en fait, vraisemblablement parce qu'ils sont écrits en ancien français.

¹¹²⁸ Pour une analyse approfondie de cette justification de l'indépendance, voir, déjà, *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 234-236.

¹¹²⁹ P. J. von Pandin de Jariges, *op. cit.*, p. 21.

justification « problème d'agenda »¹¹³⁰. Les difficultés liées à l'agenda sont décrites en ces termes : « *Un Prince qui commande à des millions d'hommes, est assez occupé du soin de gouverner l'Etat. Les affaires importantes, les grands intérêts d'un Royaume, ne lui laissent pas le tems nécessaire pour écouter, les contestations des Parties, examiner leurs prétentions, lire de longues discussions, consulter des Auteurs, fouiller dans de vieux Documents, & juger d'une affaire avec l'exactitude & le loisir que mérite son importance* »¹¹³¹. Finalement, Pandin de Jariges conclut en expliquant que « *les Sentences, même les plus équitables des Souverains, sont illégales & contraires à la Constitution de l'Etat* »¹¹³². Au fur et à mesure de leurs mobilisations, les acteurs de la défense de l'indépendance fournissent des définitions de plus en plus précises, de plus en plus riches et élaborées. C'est particulièrement le cas *au cours du XIXe siècle*, qui fait figure d'âge d'or pour le développement des conceptualisations en Allemagne. Selon les propres termes de Günther Plathner, « *c'est seulement après la révolution française de juillet 1830 que les travaux doctrinaux commencèrent aussi à s'animer, à nouveau, en Allemagne. Klüber et Feuerbach, les deux amis, furent les premiers à avoir le courage de monter à nouveau au créneau et à se faire les porte-bannières de l'indépendance de la justice. (...) Les écrits de Feuerbach et Klüber furent ensuite suivis d'une discussion nourrie* »¹¹³³.

412. De ce foisonnement intellectuel autour de l'indépendance au cours du XIXe siècle, il résulte, en Allemagne, une forte théorisation du mot « *Unabhängigkeit der Justiz* ». Par « forte théorisation », il faut entendre un fort investissement conceptuel du terme. Il faut comprendre tant l'existence de définitions explicites du mot que celle d'une hiérarchisation des définitions du mot. Evidemment, la « forte théorisation » d'un mot rend plus aisée la découverte de ses sens. A l'opposé, lorsque qu'un terme n'est pas ou peu théorisé, le travail de recherche est plus complexe. A la manière d'un archéologue, il faut alors extraire et reconstruire ses définitions¹¹³⁴. En soi, la forte théorisation du mot indépendance n'apparaît pas surprenante. Si la doctrine française et surtout la doctrine anglaise paraissent davantage se

¹¹³⁰ Pour une analyse approfondie de cette justification de l'indépendance, voir, déjà, *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 248-250.

¹¹³¹ P. J. von Pandin de Jariges, *op. cit.*, p. 22.

¹¹³² P. J. von Pandin de Jariges, *op. cit.*, p. 22.

¹¹³³ « *Erst nach der französischen Julirevolution von 1830 begann auch in Deutschland das Schrifttum wieder zu beleben. Klüber und Feuerbach, die beiden Freunde, waren die Mutigen, die zuerst wieder auf den Plan traten und die Bannerträger der richterlichen Unabhängigkeit wurden (...) Zunächst schloss sich an die Schriften von Feuerbach und Klüber eine lebhaftige Aussprache an* ». G. Plathner, *op. cit.*, pp. 72-73.

¹¹³⁴ C'est précisément le travail qui a été entrepris pour faire apparaître les sens de l'indépendance dans les ouvrages doctrinaux en Angleterre avant 1701.

satisfaisante de la seule dogmatique juridique, les juristes allemands sont connus pour leur inclination pour la théorie du droit. Dans *les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, Joseph Barthélemy reconnaît – non sans ironie – à la doctrine allemande les qualités suivantes : « *la patiente analyse, une certaine rigueur logique (...) le goût enfin des raisonnements abstraits et des constructions juridiques poussé jusqu'au point que le populaire appelle l'art de couper les cheveux en quatre* »¹¹³⁵. Dans son *Traité de droit constitutionnel*, le même auteur parle des « *sommets glacés de la doctrine allemande* »¹¹³⁶. D'ailleurs, pour preuve de ce que le mot indépendance est fortement théorisé, il suffit de constater qu'à notre connaissance, à l'heure actuelle, aucun auteur contemporain allemand ne soulève d'interrogation sur son contenu. Outre Rhin, les sens du mot indépendance apparaissent plus évidents. A l'inverse, en Angleterre, plusieurs auteurs regrettent, aujourd'hui encore, l'opacité sémantique et conceptuelle du mot indépendance. Le professeur anglais Robert Stevens observe que le concept d'indépendance « *est un concept vague* »¹¹³⁷, qu'« *il est rarement, voire jamais, défini* »¹¹³⁸, tandis que son collègue, Roger Masterman évoque « *la nature relativement sous-théorisée des idées associées à l'indépendance de la justice* »¹¹³⁹.

413. La présente partie a donc vocation à s'intéresser de plus près au principal *marqueur* de la conceptualisation allemande: le développement d'une théorisation forte de l'indépendance de la justice à partir du début du XIXe siècle. Il s'agit, d'un point de vue théorique, de montrer que le bilan de la conceptualisation allemande de l'indépendance est particulièrement dense. Pour se faire, l'analyse de l'existence d'une forte théorisation de l'indépendance en Allemagne est entreprise en suivant une division chronologique. Cette articulation en apparence schématique résulte de ce qu'il existe entre les deux périodes de temps une progression dans la structuration des débats intellectuels autour de l'indépendance. Il y a, pour

¹¹³⁵ La suite de citation complète est ainsi formulée: « *Mais ces qualités sont compensées par un dédain presque absolu des faits, et par l'indifférence à ce que deviennent toutes les déductions à l'épreuve de la pratique* ». J. Barthélemy, *Les institutions politiques de l'Allemagne contemporaine*, Paris, F. Alcan, 1915, p. 5.

¹¹³⁶ La citation complète est la suivante : « *A mi-côte entre les sommets glacés de la doctrine allemande et le positivisme concret de la doctrine anglo-américaine, il y a place pour une méthode constitutionnelle proprement française* ». J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, L.G.D.J. Editions Panthéon-Assas, 2004, p. VIII (Préface de 1926). Paul Duez est co-auteur du *Traité de droit constitutionnel*. Mais, en réalité, l'ouvrage est largement celui de Barthélemy.

¹¹³⁷ « *the concept of judicial independence (...) is an inchoate one* ». R. Stevens, « *Judicial Independence in England: A loss of Innocence* », in P. H. Russell, D. M. O'Brien (eds), *Judicial independence in the age of democracy : Critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, p. 155.

¹¹³⁸ « *It is rarely, if ever, defined* ». *Id.*, p. 158.

¹¹³⁹ « *relatively under-theorised nature of the ideas associated with judicial independence* ». R. Masterman, *The Separation of powers in the Contemporary Constitution: Judicial Competence and Independence in the United Kingdom*, New York, Cambridge University Press, 2011, pp. 243-244.

le dire simplement, deux paliers dans la théorisation de l'indépendance de la justice. La première phase couvre le long XIXe siècle. Elle s'ouvre en 1806 avec la dissolution du Saint Empire romain germanique. Elle se clôt en 1914 avec le début de la première guerre mondiale. Elle voit s'établir des conceptualisations explicites de l'indépendance de la justice (Chapitre 1). La seconde phase s'étend sur la période à partir du début du XXe siècle. Elle débute en 1914. Elle est marquée par une théorisation de l'indépendance de la justice encore plus sophistiquée que durant la phase précédente. Elle voit émerger une stratification implicite des conceptualisations (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le XIXe siècle (1806-1914) : des conceptualisations explicites

Chapitre 2 : Depuis 1914 jusqu'à nos jours : une stratification progressive des conceptualisations

Chapitre 1 : Le XIXe siècle (1806-1914) : des conceptualisations explicites

414. Pour connaître les sens du mot allemand « *Unabhängigkeit der Justiz* » tout au long du XIXe siècle, il convient, à titre principal, de mobiliser *deux* sources du droit : il s'agit, d'abord, des Constitutions. Il s'agit, ensuite, de la doctrine¹¹⁴⁰. En effet, tant les Constitutions – qui ont été adoptées progressivement à partir du début du XIXe siècle – que les auteurs fournissent des définitions sophistiquées de l'indépendance.

415. Avant d'envisager les conceptualisations explicites de l'indépendance dans le droit positif constitutionnel et dans les discours doctrinaux, il convient de dresser deux constats : premièrement, entre 1806 et 1914, le nombre d'atteintes dans la pratique au principe de l'indépendance de la justice est relativement faible (α). Deuxièmement, de manière relativement surprenante, les sens du mot indépendance n'ont, en général, pas eu tendance à évoluer durant la période de recherche. En substance, il existe une certaine continuité des conceptualisations au cours du long XIXe siècle (β).

α) Le faible nombre des atteintes à l'indépendance de la justice dans la pratique

416. D'une manière générale, il apparaît que durant le long XIXe siècle les auteurs et les juges dénoncent relativement peu d'atteintes à l'indépendance de la justice. A notre connaissance, il n'existe pas de scandale retentissant autour de l'indépendance à l'égal de l'affaire du meunier Arnold, qui avait marqué la seconde moitié du XVIIIe siècle. Ces assertions sont confirmées par Dieter Simon. Il énonce que « *jusqu'à la dernière décennie de*

¹¹⁴⁰ La « théorie des sources du droit » est largement débattue en doctrine. Il n'y a pas d'accord sur le nombre de sources du droit et leur ordre de présentation. S'il est, indiscutablement, admis que la loi – au sens large – constitue une source du droit, la controverse demeure sur la place qu'il faut reconnaître à la jurisprudence, à la coutume ou à la doctrine. C'est à François Gény (*Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif*, paru pour la première fois en 1899) que l'on doit l'une des premières présentations systématiques de la théorie des sources du droit. Très schématiquement, à l'heure actuelle, pour ce qui concerne la doctrine, il est possible de distinguer deux groupes d'auteurs : 1) Ceux qui font de la doctrine une « autorité ». Voir en ce sens : J-L. Aubert, E. Savaux, *Introduction au droit*, 14^e éd., Paris, Sirey, 2012, pp. 190-191. Jean-Luc Aubert et Eric Savaux nous disent : « *La doctrine n'est pas, et ne peut pas être, une source de droit, même indirecte ; elle n'est investie d'aucun pouvoir institutionnel qui lui permette de créer la règle de droit (...)* Elle est une autorité de fait. *En tant que telle elle exerce une influence sur l'interprétation jurisprudentielle* ». 2) Ceux qui font de la doctrine une « source » du droit. Pour le deuxième groupe d'auteurs, en général, la doctrine constitue non pas une source formelle du droit, mais plutôt, une source matérielle, informelle ou indirecte. V. aussi la position de Philippe Jestaz : Il range la doctrine dans la catégorie « source du droit inclassable » (P. Jestaz, *Les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2005, 157 p. ; spéc. p. 7 ; pp. 113-143). De manière générale, pour ce qui concerne le débat sur la théorie des sources du droit, voir notamment : *Libres propos sur les sources du droit : Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz*, Paris, Dalloz, 2006, 644 p.

la seconde moitié du XIXe siècle, il n'y a pratiquement pas de plaintes rendues publiques par les juges concernant une atteinte à leur indépendance »¹¹⁴¹. Dans le même sens, Martin Löhnig explique aussi qu' « au cours du XIXe siècle, il n'y avait pratiquement pas d'ingérence monarchique directe dans les tribunaux ou sur les membres des tribunaux »¹¹⁴². A priori, le faible nombre des empiètements sur l'activité juridictionnelle découverts dans la littérature publiée entre 1806 et 1914 témoigne d'un très fort ancrage de l'indépendance de la justice dans la pratique. Il révèle que les auteurs et les juges de l'époque considèrent l'indépendance de la justice comme pleinement établie. En se fondant sur une première intuition, Dieter Simon propose d'interpréter la faible fréquence des controverses autour de l'indépendance dénoncées par les juges comme signifiant « qu'ils étaient satisfaits du degré d'indépendance obtenu, soit, parce ce qu'ils croyaient être aussi indépendants qu'il est seulement possible de l'être, soit, parce ce qu'ils estimaient de toute façon être aussi indépendants, qu'ils le jugeaient nécessaire »¹¹⁴³.

417. En réalité, il est probable qu'il y ait un décalage entre le nombre d'atteintes à l'indépendance rapportées par les auteurs et les juges et le nombre d'atteintes qui se sont effectivement produites. Précisément, les interférences réelles dans le domaine de l'activité juridictionnelle pourraient avoir été plus denses que celles qui ont été signalées. Dieter Simon lui-même le reconnaît implicitement. Revenant sur sa première intuition, il indique qu'il est assez « invraisemblable »¹¹⁴⁴ que les juges aient été entièrement satisfaits de leurs indépendances. A partir de là, il émet l'hypothèse que de nombreuses plaintes de juges n'ont jamais été rendues publiques et ont, en fait, été réglées en interne¹¹⁴⁵. Un autre élément au moins pourrait corroborer l'idée d'un décalage entre les atteintes réelles et les atteintes dénoncées. Il s'agit de la censure dont les auteurs et les juges ont sans doute été victimes¹¹⁴⁶.

¹¹⁴¹ « (...) dann gibt es bis zum letzten Dezennium in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts so gut wie keine publizierten Klagen von Richtern über eine Beeinträchtigung ihrer Unabhängigkeit ». Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 42.

¹¹⁴² « Im 19. Jahrhundert gab es kaum noch direkte monarchische Einflußnahme auf Gerichte oder auf Gerichtspersonen ». M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, p. 440.

¹¹⁴³ « Dies könnte bedeuten, daß sie mit dem erreichten Unabhängigkeitsgrad zufrieden waren, sei es, weil sie glaubten, so unabhängig zu sein, wie es nur möglich ist, sei es, weil sie meinten, jedenfalls so unabhängig zu sein, wie sie es für nötig hielten ». Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, p. 42.

¹¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹¹⁴⁵ *Ibidem*.

¹¹⁴⁶ Plathner évoque brièvement « la censure et l'inquisition secrète ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 72. A propos du climat général de censure, Michael Stolleis nous fournit quelques informations. Il indique que « quiconque enseignait le droit public après 1819 évoluait sur un terrain potentiellement dangereux, aussi bien subjectivement qu'objectivement. Nombreux furent ceux qui rencontrèrent des difficultés avec leur

Les auteurs et les juges n'auraient pas toujours pu s'exprimer librement et ainsi, révéler l'ensemble des violations de l'indépendance de la justice. Pour dénoncer un manquement à l'indépendance de la justice et éviter des représailles politiques, certains auteurs et juges ont préféré publier leurs travaux de manière anonyme. C'est le cas de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833). Son essai – intitulé « l'organisation judiciaire d'un Etat constitutionnel peut-elle être modifiée légalement par de simples règlements ? »¹¹⁴⁷ – est, eu égard à sa « *la force explosive* »¹¹⁴⁸, d'abord, publié anonymement. Il n'est finalement officiellement imprimé sous le nom de Feuerbach qu'en 1833¹¹⁴⁹. Feuerbach, qui a notamment exercé les fonctions de juge, y écrit en réaction à la proposition faite par le ministre de l'intérieur bavarois de modifier complètement l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassung*) du Land en recourant au pouvoir réglementaire, sans passer par l'approbation des Chambres.

418. Cela dit, malgré le relatif silence des auteurs et des juges, des exemples concrets d'interférences dans le domaine de l'activité juridictionnelle peuvent néanmoins être découverts en parcourant la littérature. En des termes très généraux, Plathner indique que « *malgré les claires affirmations des souverains de ne pas intervenir dans les affaires judiciaires, il y avait toujours des empiètements du Prince dans le domaine de l'activité juridictionnelle dans les petits Etats territoriaux (Territorialstaaten)* »¹¹⁵⁰. A titre d'illustration des influences directes du monarque sur l'activité juridictionnelle, il faut faire mention de l'affaire Fonk en date de 1816¹¹⁵¹. Cette affaire concerne un négociant de Cologne reconnu coupable de meurtre par la Cour d'assise de Trèves et condamné à la peine de mort. Jusqu'à environ le milieu du XIXe siècle, le monarque est tenu de confirmer les décisions

gouvernement ». A titre d'illustration, il mentionne le renvoi de Klüber, de Behr, de Jordan, de Rotteck, de Welcker ou encore des « Sept de Göttingen » (sept professeurs de Göttingen révoqués par le gouvernement de Hanovre). M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 77-78.

¹¹⁴⁷ P. J. A. von Feuerbach, « Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch blosse Verordnungen rechtsgültig geändert werden ? », in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, pp. 178-228. Pour de plus amples renseignements sur Feuerbach et l'objet de son essai, voir : *Infra*, n° 475 et s.

¹¹⁴⁸ Ce sont les mots de Regina Ogorek. R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, p. 345.

¹¹⁴⁹ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, p. 345 ; G. Plathner, *op. cit.*, p. 76.

¹¹⁵⁰ « *Trotz der lebhaften Beteuerungen der Regenten, sich nicht in Justizangelegenheiten zu mischen, kamen in kleineren Territorialstaaten immer noch Übergriffe des Landesherrn in die Rechtsprechung vor* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 40. *Id.*, p. 71.

¹¹⁵¹ Pour de plus amples renseignements sur l'affaire Fonk, voir : G. Plathner, *op. cit.*, pp. 90-96. V. surtout : I. S. Reuber, *Der Kölner Mordfall Fonk von 1816 : Das Schwurgericht und das königliche Bestätigungsrecht auf dem Prüfstand*, Cologne, Böhlau, 2002, 171 p. L'affaire Fonk sera également examinée dans les développements ci-dessous : *Infra*, n° 484.

prononcées en matière pénale par les tribunaux. Or, en l'espèce, le roi, Frédéric-Guillaume III (1770-1840), refuse de confirmer le jugement pénal. La Cour d'Assise conteste l'exercice de cette prérogative royale – qui conduirait, en fait, à annuler la sanction prononcée. Malgré l'opposition de la Cour d'assise, Fonk est, pourtant, finalement, libéré¹¹⁵². Un autre exemple de violation de l'indépendance de la justice est rapporté par le rationaliste Johann Ludwig Klüber (1762-1837). Dans sa monographie intitulée *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen* [l'autonomie de la magistrature et l'indépendance de son jugement dans l'activité de dire le droit] (1832), l'auteur fait valoir que le décret prussien du 25 janvier 1823 porte atteinte à l'indépendance de la justice¹¹⁵³. Concrètement, le décret en question prive les juges du droit de trancher les différends sur le sens et l'applicabilité des traités internationaux et l'attribue au ministère d'Etat. Enfin, et pour ne citer qu'une dernière illustration, un cas d'atteinte à l'indépendance est encore signalé par le juge à la ville (*Stadtgerichtsrat*) August Heinrich Simon (1805-1860)¹¹⁵⁴. Dans un article signé « H. S. »¹¹⁵⁵, Simon s'oppose à la loi prussienne en date du 29 mars 1844, qui remet en question la garantie – consacrée dans l'*Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten* de 1794¹¹⁵⁶ – au terme de laquelle un juge ne peut être destitué qu'en vertu d'une décision judiciaire¹¹⁵⁷. A la place, la dite loi organise la révocation d'un juge par la voie d'une simple procédure administrative. Suite notamment à la publication de ce pamphlet, Simon quitte son poste en 1845. Il fournit lui-même les raisons de sa démission dans son livre *Mein Austritt aus dem preussischen Staatsdienst* (*Ma démission du service de l'Etat*)¹¹⁵⁸.

β) Une continuité d'ensemble des conceptualisations

419. A priori, tant l'instabilité constitutionnelle que la succession des écoles doctrinales paraient exclure une continuité des conceptualisations entre 1806 et 1914. Plus précisément, la variété des régimes constitutionnels et la diversité des courants doctrinaux ne permettraient pas de constater l'existence de définitions communes de l'indépendance. Or, aussi étonnant

¹¹⁵² G. Plathner, *op. cit.*, p. 92.

¹¹⁵³ Pour de plus amples renseignements sur Klüber et l'objet de sa monographie, voir : *Infra*, n° 476 et s.

¹¹⁵⁴ Pour de plus amples renseignements sur Simon, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 287-288.

¹¹⁵⁵ L'article est intitulé « Les juges prusses et la loi du 29 mars 1844 » (« Die preussischen Richter und die Gesetze vom 29. März 1844 »). Il a été publié le 28 mai 1844 dans le journal silésien (« *Schlesischen Zeitung* »).

¹¹⁵⁶ § 99, Tit. 17, Partie II, *Allgemeines Landrecht für die preussischen Staaten*, 1794 : « *Wer ein richterliches Amt bekleidet, kann nur bei den vorgesezten Gerichten oder Landeskollegiis wegen seiner Amtsführung belangt, in Untersuchung genommen, bestraft oder seines Amtes entsetzt werden* ». (Nous soulignons).

¹¹⁵⁷ R. Gehrke, *Landtag und Öffentlichkeit : provinzialständischer Parlamentarismus in Schlesien 1825-1845*, Cologne, Böhlau, 2009, pp. 372-375.

¹¹⁵⁸ A. H. Simon, *Mein Austritt aus dem preussischen Staatsdienste*, Leipzig, J. G. Mittler, 1846, 44 p.

que cela puisse apparaître, il apparaît qu'en réalité, les mêmes sens de l'indépendance ont été consacrés peu ou prou tout au long de la période de recherche. Ni les ruptures constitutionnelles ni les ruptures doctrinales ne conduisent à des glissements significatifs des constructions conceptuelles de l'indépendance. Entre le début du XIXe siècle et le début du XXe siècle, les définitions de l'indépendance forment un seul bloc monolithique.

420. Pour preuve, d'abord, de ce que le contenu de l'indépendance n'est pas lié au régime en vigueur, il suffit, par exemple, de comparer, le paragraphe trois du titre VIII (intitulé de la justice) de la Constitution de Bavière de 1818 avec les paragraphes 175 et 177 de la Constitution impériale dite de l'église Saint-Paul du 28 mars 1849 (*Paulskirchenverfassung*)¹¹⁵⁹. La première phrase du paragraphe trois du titre VIII de la Constitution de Bavière de 1818 prévoit que « *les tribunaux sont indépendants dans les limites de leurs compétences* »¹¹⁶⁰, tandis que le premier alinéa du paragraphe 175 de la Constitution de 1849 dispose que « *le pouvoir judiciaire est exercé de manière indépendante par les tribunaux* »¹¹⁶¹. La seconde phrase du paragraphe trois du titre VIII de la Constitution de Bavière de 1818 indique que « *les juges ne peuvent être destitués ou privés de leurs charges avec perte de leur traitement que par une décision judiciaire* »¹¹⁶², tandis que le paragraphe 177 de la Constitution de 1849 énonce qu'« *aucun juge ne peut être destitué ou lésé dans son rang ou ses honoraires en dehors d'un jugement et du droit. La suspension ne peut pas intervenir sans décision judiciaire. Aucun juge ne peut être déplacé ou mis à la retraite contre son gré, en dehors d'une décision judiciaire dans les cas et les formes*

¹¹⁵⁹ La dénomination « Constitution impériale de l'église Saint-Paul » provient de ce que la réunion des constituants a eu lieu dans l'église protestante Saint-Paul à Francfort. La Constitution du 28 mars 1849 n'est jamais entrée en vigueur. Elle a, néanmoins, eu une influence essentielle sur l'histoire constitutionnelle allemande. Ernst Rudolf Huber nous dit : « *Elle a été la première conception achevée d'une constitution d'un Etat allemand unifié de caractère national bourgeois. En associant des éléments d'unité nationale, d'Etat de droit et de démocratie, elle représentait un modèle constitutionnel, d'après lequel toutes les constitutions allemandes qui ont suivi (...) se sont orientées* ». (« *Sie war die erste vollentwickelte Konzeption einer deutschen Gesamtstaatsverfassung national-bürgerlicher Prägung. In der Verbindung nationalstaatlicher, rechtsstaatlicher und demokratischer Elemente stellte sie ein Verfassungsmodell dar, an dem alle späteren deutschen Verfassungsurkunden (...) orientiert geblieben sind* ».) E. R. Huber, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 3e éd., t. 2 (Der Kampf um Einheit und Freiheit, 1830 bis 1850), Stuttgart, Kohlhammer, 1988, p. 821.

¹¹⁶⁰ § 3, Huitième Titre (Von der Rechtspflege), Constitution de Bavière, 1818 : « *Die Gerichte sind innerhalb der Grenzen ihrer amtlichen Befugniß unabhängig* ».

¹¹⁶¹ Al. 1, § 175, Constitution du 28 mars 1849 : « *Die richterliche Gewalt wird selbstständig von den Gerichten geübt* ». Toutes les Constitutions allemandes antérieures à 1850 peuvent être consultées sur le site (en partie payant) : <http://www.modern-constitutions.de/> (date de consultation : 24/11/15). Ce site internet est le résultat d'un projet international de recherche destiné à faciliter au public l'accès aux documents constitutionnels. L'essentiel des citations d'articles reproduits dans ce chapitre sont issus de ce site internet.

¹¹⁶² § 3, Huitième Titre (Von der Rechtspflege), Constitution de Bavière, 1818 : « *(...) und die Richter können nur durch einen Rechtspruch von ihren Stellen mit Verlust des damit verbundenen Gehaltes entlassen oder derselben entsetzt werden* ».

déterminés par la loi »¹¹⁶³. Ces dispositions peuvent encore être mis en parallèle avec les articles sur l'indépendance dans la Constitution de Westphalie du 15 novembre 1807. Cette Constitution – octroyée par Napoléon – constitue non seulement « *la première Constitution moderne en Allemagne* »¹¹⁶⁴, mais aussi et surtout, celle dans laquelle les concepts et le mot indépendance sont consacrés pour la première fois¹¹⁶⁵. Au terme de l'article 49, il est indiqué que « *l'ordre judiciaire est indépendant* ». Au terme de l'article 50, il est aussi prévu que les juges jouissent d'une protection statutaire, puisqu'ils obtiennent des « *provisions à vie (...) après cinq années d'exercices* »¹¹⁶⁶. Finalement, il se dégage donc du bref examen des dispositions constitutionnelles une tendance générale au terme de laquelle les mêmes définitions de l'indépendance ont été inscrites dans les Constitutions successives depuis la consécration pour la première fois en 1807 du principe d'indépendance dans la Constitution de Westphalie¹¹⁶⁷.

421. Pour preuve, ensuite, de ce que le contenu de l'indépendance n'est pas lié aux courants doctrinaux, il suffit de constater que des auteurs aussi éloignés dans le temps et aussi distincts par leurs postures théoriques que Karl von Rotteck (1775-1840) et Paul Laband (1838-1918) fournissent des définitions quasi-identiques de l'indépendance de la justice. Tous deux expliquent que seuls les juges doivent trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie). Le premier – qui est un libéral issu du droit rationnel¹¹⁶⁸ – indique que « *pour rendre des jugements, donc pour la fonction principale de la justice, le détenteur du pouvoir lui-même ne convient pas, mais que c'est à lui – lui qui doit, par son pouvoir, protéger le droit, l'appliquer, l'exécuter –, que ce droit devrait être donné, c'est-à-dire trouvé par (...)*

¹¹⁶³ § 177, Constitution du 28 mars 1849 : « *Kein Richter darf, außer durch Unheil und Recht, von seinem Amt entfernt, oder an Rang und Gehalt beeinträchtigt werden. Suspension darf nicht ohne gerichtlichen Beschluß erfolgen. Kein Richter darf wider seinen Willen, außer durch gerichtlichen Beschluß in den durch das Gesetz bestimmten Fällen und Formen, zu einer andern Stelle versetzt oder in Ruhestand gesetzt werden* ».

¹¹⁶⁴ D. Grimm, *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Francfort, Suhrkamp, 1988, p. 59.

¹¹⁶⁵ W. Schubert, *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869-1877): Entstehung und Quellen*, Francfort, Klostermann, 1981, p. 25 ; M. Kotulla, « Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert », *Deutsche Richterzeitung*, vol. 8, 1992, p. 287 ; M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, p. 433.

¹¹⁶⁶ Art. 50, Constitution de Westphalie de 1807 : « *Les Juges sont nommés par le Roi ; des provisions à vie leur seront délivrées lorsqu'après cinq années d'exercices, il sera reconnu, qu'ils méritent d'être maintenus dans leur emploi* ». La Constitution de Westphalie – octroyée par Napoléon – est disponible en langue française sur le site <http://www.modern-constitutionen.de/>.

¹¹⁶⁷ D'autres preuves – plus précises – de la continuité d'ensemble des conceptualisations dans les Constitutions seront apportées à l'occasion de l'examen approfondi des concepts de l'indépendance dans la section une de ce chapitre.

¹¹⁶⁸ Pour une présentation plus détaillée de Rotteck, voir : *Infra*, n° 452 et s.

des auteurs de jugements ou juges spécialement désignés à cette fin »¹¹⁶⁹, tandis que le second – qui est l’un des principaux chefs de fil de l’Ecole positiviste qui domine la science constitutionnelle à partir de 1860¹¹⁷⁰ – fait valoir que « le Chancelier (...) ne peut donc (...) prendre une décision en leur lieu et place [en lieu et place des autorités juridictionnelles] »¹¹⁷¹. Tous deux se réfèrent aussi à la prohibition pour les organes, autres que les organes juridictionnels, de s’immiscer dans la fonction de juger (concept I A (1) dans la typologie).¹¹⁷² Rotteck vise, en particulier, le ministre de la justice¹¹⁷³, alors que Laband évoque plutôt le Chancelier¹¹⁷⁴. Finalement, il résulte donc de l’incursion dans la littérature en droit constitutionnel une tendance générale au terme de laquelle les mêmes définitions de l’indépendance ont été mobilisées par les auteurs¹¹⁷⁵.

422. Le prélude terminé, il convient, à présent, d’examiner de manière approfondie les sens de l’indépendance aussi bien dans les Constitutions que dans les ouvrages doctrinaux durant le XIXe siècle. Il s’agit de rendre compte, d’un point de vue théorique, des conceptualisations explicites de l’indépendance de la justice fournies par le droit positif constitutionnel et les auteurs pour la période du long XIXe siècle. Plus particulièrement, il s’agit de montrer que les appréhensions de l’indépendance, loin de constituer des « bricolages » modestes, prennent

¹¹⁶⁹ « zum Rechtsprechen, also zur Hauptfunktion der Justiz, der Gewaltshinhaber selbst nicht geeignet sei, sondern daß ihm, der da mit seiner Macht das Recht schützen, handhaben, in Vollzug setzen soll, dieses Recht müsse gegeben, d.h. gefunden werden durch eigens dafür aufgestellte (...) Urtheilsschöpfer oder Richter ». K. von Rotteck, « Justiz; Justizgewalt oder Hoheit; Justizsache; Justizverwaltung; Justizstellen; Justizministerium; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz; hohe und niedere Justiz; Civil und Criminaljustiz; Administrativjustiz; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 4-5. L’édition que nous utilisons a été éditée par le fils de Rotteck, Hermann von Rotteck (1815-1845) et Carl Welcker.

¹¹⁷⁰ Pour une présentation plus détaillée de Laband, voir : *Infra*, n° 463 et s.

¹¹⁷¹ « Daher kann der Reichskanzler (...) nicht (...) statt ihrer selbst entscheiden ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, pp. 374-375.

¹¹⁷² Il convient, toutefois, de remarquer que le concept en question est beaucoup plus fréquent chez Laband que chez Rotteck.

¹¹⁷³ « das Justiz-Ministerium, welches (...) in die Entscheidung concreter Fälle sich durchaus nicht einzumischen [hat] (...) ». K. von Rotteck, « Justiz; Justizgewalt oder Hoheit; Justizsache; Justizverwaltung; Justizstellen; Justizministerium; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz; hohe und niedere Justiz; Civil und Criminaljustiz; Administrativjustiz; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, p. 3.

¹¹⁷⁴ « Daher kann der Reichskanzler in die Geschäfte dieser Behörden materiell nicht eingreifen ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 374.

¹¹⁷⁵ D’autres preuves – plus précises – de la continuité d’ensemble des conceptualisations dans les ouvrages doctrinaux seront apportées à l’occasion de l’examen approfondi des concepts de l’indépendance dans la section deux de ce chapitre.

plutôt la forme au sein des Constitutions et des ouvrages doctrinaux de définitions complexes et articulées.

423. En soi, le travail de conceptualisation consistant à mettre au jour et à classer rigoureusement les multiples significations de l'indépendance de la justice énoncées explicitement dans les Constitutions et les travaux de la doctrine est novateur. A notre connaissance, aucun auteur allemand n'a effectué une pareille recherche. Sur le sujet plus général du développement de l'indépendance de la justice au cours du long XIXe siècle, il existe, par contre, plusieurs études substantielles de grande qualité. Les développements qui suivent s'appuient sur cette littérature secondaire. Sans prétendre à l'exhaustivité, il faut, avant tout, mentionner les monographies de Günther Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848* [La lutte pour l'indépendance de la justice jusqu'en 1848] (1935)¹¹⁷⁶, Hans Tigges, *Die Stellung des Richters im modernen Staat* [La situation du juge dans l'Etat moderne] (1935)¹¹⁷⁷, Dieter Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters* [L'indépendance du juge] (1975)¹¹⁷⁸, Regina Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert* [Le juge comme roi ou comme machine à subsumer le droit ? De la théorie de la justice au XIXe siècle] (1986)¹¹⁷⁹ et Ulrike Müssig, *Recht und Justizhoheit* [Droit et souveraineté judiciaire] (1ere éd.: 2003)¹¹⁸⁰. Quelques éléments peuvent aussi être trouvés dans la thèse d'habilitation de Fabian Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt* [L'administration du troisième pouvoir] (2006)¹¹⁸¹. Aux monographies, il convient également d'ajouter quelques articles. Il faut, par exemple, citer l'article de Michael Kotulla, « Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert » [« Le développement constitutionnel de la garantie de l'indépendance de la justice au 19^e siècle »] (1992)¹¹⁸², celui d'Ulrike Müssig, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des

¹¹⁷⁶ G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, 152 p.

¹¹⁷⁷ H. Tigges, *Die Stellung des Richters im modernen Staat*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, 195 p.

¹¹⁷⁸ D. Simon, *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, 197 p. Sur l'indépendance de la justice durant le long XIXe siècle, voir spécifiquement: *Id.*, pp. 1-20.

¹¹⁷⁹ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, 423 p.

¹¹⁸⁰ U. Müssig, *Recht und Justizhoheit : Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 630 p. ; spéc. pp. 214-326.

¹¹⁸¹ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 883 p. ; spéc. pp. 41-52.

¹¹⁸² M. Kotulla, « Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert », *Deutsche Richterzeitung*, vol. 8, 1992, pp. 285-292.

théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle »¹¹⁸³ (2005) ou celui de Martin Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus » [« La situation du juge au temps du constitutionalisme précoce »] (2012)¹¹⁸⁴.

424. Conformément à la démonstration, il s'agit donc, d'abord, d'examiner les concepts explicites de l'indépendance dans les Constitutions (section 1). Il s'agit, ensuite, d'étudier les concepts explicites de l'indépendance articulés par les auteurs (section 2).

Section 1 : Les concepts dans le droit positif constitutionnel

425. D'emblée, il convient de rendre compte de la liste des Constitutions qui ont été consultées. Pour l'essentiel, il s'agit de la Constitution de Westphalie de 1807, la Constitution de Bavière de 1808, la Constitution de Francfort de 1810, la Constitution de Berg de 1812, la Constitution de Waldeck de 1814, la Constitution de Bavière de 1818, la Constitution de Bade de 1818, la Constitution de Wurtemberg de 1819, la Constitution de Saxe de 1831, la Constitution de Brunswick de 1832, la Constitution de Hanovre de 1833, la Constitution impériale dite de l'église Saint-Paul de 1849, la Constitution de Reuss branche cadette (*Reuss Jüngere Linie*) de 1849, la Constitution de Prusse de 1850, la Constitution de l'Empire allemand de 1871 et la Constitution de Hambourg de 1879.

426. Avant d'analyser les définitions explicites de l'indépendance dans les textes constitutionnels, trois observations préliminaires doivent être dressées. Première remarque : certaines des Constitutions consultées ne garantissent pas l'indépendance de la justice. Elles demeurent totalement silencieuses sur la question. C'est notamment le cas de la Constitution du Grand-Duché de Berg de 1812. C'est aussi le cas de la Constitution de l'Empire allemand de 1871¹¹⁸⁵ ou de la Constitution de Hambourg de 1879. En réalité, si certaines constitutions ne contiennent aucun article relatif à l'indépendance, c'est parce que dans certains régimes constitutionnels, c'est la loi qui garantit l'indépendance. A titre d'illustration, pour ce qui est

¹¹⁸³ U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », vol. 83, n° 2, 2005, pp. 215-245. Le nom de jeune fille d'Ulrike Müssig est Seif. A partir de 2006, tous les travaux de l'auteur sont signés sous le nom d'Ulrike Müssig. L'essentiel des travaux d'Ulrike Müssig est rédigé en langue allemande. L'auteur écrit, cependant, aussi en français (comme c'est le cas dans le présent article) et en anglais.

¹¹⁸⁴ M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, pp. 427-441.

¹¹⁸⁵ Dans la Constitution du 16 avril 1871, seules quelques dispositions mentionnent le mot « *justice* » et l'emploi de l'adjectif « *judiciaire* » est rare. Le mot « *juge* » n'apparaît, au demeurant, pas dans le texte constitutionnel de 1871.

de l'Empire allemand régi par le texte constitutionnel de 1871, il faut attendre la loi sur le système judiciaire du 27 janvier 1877 (*Gerichtsverfassungsgesetz, GVG*) – en particulier, la première partie § 1 à § 11 – pour que des dispositions sur l'indépendance de la justice valables sur tout le territoire soient adoptées. Deuxième précision : toutes les Constitutions ne renferment pas l'ensemble des concepts sur l'indépendance. Parfois, certains concepts particuliers de l'indépendance sont absents dans une Constitution. A titre d'illustration, alors que plusieurs définitions de l'indépendance apparaissent dans la Constitution de Bavière de 1808, il n'est, par contre, pas écrit explicitement que le chef de l'Etat (qu'il soit roi, grand-duc, prince ou empereur) ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge (concept II A (1) c dans la typologie). Autre exemple : aucune protection statutaire – inamovibilité ou maintien du salaire – n'est inscrite dans la Constitution de Bade de 1818. Dans ce cas précis, c'est, en fait, parce que ce concept de l'indépendance (concept I B dans la typologie) est consacré dans un règlement qui complète la Constitution¹¹⁸⁶. Troisième et dernier constat : la grande majorité des Constitutions contiennent un article au terme duquel – sous des formulations légèrement différentes – un sujet ne peut être soustrait arbitrairement à son juge naturel. Tel est le cas dans la Constitution de Bavière de 1808. Le paragraphe quatre du cinquième titre (intitulé de la Justice) prévoit que « *le roi [ne] peut (...) en aucun cas (...) priver une partie de son juge naturel* »¹¹⁸⁷. Tel est aussi le cas dans la Constitution de Bade de 1818. Le paragraphe quinze dispose que « *nul ne peut en matière criminelle être privé de son juge de droit commun* »¹¹⁸⁸. Enfin, et pour ne citer qu'un dernier exemple, tel est encore le cas dans la Constitution de Prusse de 1850. Au terme de l'article sept, il est indiqué « *nul ne peut être privé de son juge naturel* »¹¹⁸⁹. Ce que recouvrent ces dispositions n'est, *a priori*, pas évident. Aucune conceptualisation *explicite* de l'indépendance n'est consacrée dans les articles relatifs à la garantie du juge naturel. Bien au contraire, les significations des dispositions qui renvoient au juge naturel apparaissent plutôt indéterminées.

427. La présente section a pour ambition de cerner les définitions *explicitement* consacrées dans le droit positif constitutionnel. Elle a pour objet d'identifier et d'examiner les définitions longues et approfondies de l'indépendance présentes dans les Constitutions. Pour cette raison, les articles sur la garantie du juge naturel ne feront pas l'objet d'une étude dans le détail dans

¹¹⁸⁶ Regelung zum Staatsdienst im 7. Constitutionsedict. Voir sur ce point : M. Löhnig, *op. cit.*, p. 438.

¹¹⁸⁷ § 4, Cinquième Titre (Von der Justiz), Constitution de Bavière, 1808 : « *Der König kann (...) in keinem Falle (...) eine Parthei ihrem gesetzlichen Richter entziehen* ».

¹¹⁸⁸ § 15, Constitution de Bade, 1818 : « *Niemand darf in Criminalsachen seinem ordentlichen Richter entzogen werden* ».

¹¹⁸⁹ Article 7, Constitution de Prusse, 1850 : « *Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden* ».

la section une de ce chapitre. Les sens de la garantie du juge naturel seront, par contre, abordés dans la section deux. La raison en est que les auteurs – à la différence des dispositions constitutionnelles – circonscrivent, plus rigoureusement, le contenu de la garantie. A ce stade, il convient, néanmoins, d'indiquer qu'en creux, au cours du XIXe siècle, l'idée derrière la garantie du juge naturel est que les affaires judiciaires doivent être décidées conformément à la rationalité du droit et de la loi. Implicitement, la garantie du juge naturel renvoie surtout à la prohibition d'établir des tribunaux d'exception et plus largement, au concept au terme duquel l'organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs (concept II B (1) dans la typologie). Elle fait aussi référence au concept seuls les juges doivent trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie).

428. Au-delà de ces premières constatations, l'étude permet, en fait, d'établir une distinction : dans les discours structurés sur l'indépendance présents au sein des Constitutions, il est possible d'identifier cinq concepts qui sont explicitement consacrés (§1). En même temps, il est aussi permis de remarquer que deux concepts sur l'indépendance ne sont pas consacrés (§2).

§1. Les cinq concepts consacrés

429. La compulsation des Constitutions conduit à dénombrer cinq concepts explicitement consacrés. Trois concepts apparaissent comme des concepts centraux. Le premier s'articule autour de l'idée selon laquelle « seuls les juges doivent trancher les différends » (A) (concept II A (1) a dans la typologie). Le second concept prévoit que « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (B) (concept I A (1) dans la typologie). Il est fréquemment combiné à un autre concept fondamental qui prévoit que « le juge doit jouir d'une protection statutaire » (C) (concept I B dans la typologie). Ensemble, les deuxième et troisième concepts sont fréquemment, désormais, présentés comme une forme de tandem¹¹⁹⁰. Dans l'ordre quantitatif de leur manifestation, les autres concepts – plus périphériques – sont « l'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassung*) ne peut être modifiée que par la loi » (D) (concept II B (1) dans la typologie) et « le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge » (E) (concept II A (1) c dans la typologie).

¹¹⁹⁰ Pour de plus amples renseignements sur le tandem formé par les deux concepts, voir : *Infra*, n° 512 et s.

A. Premier concept : « Seuls les juges doivent trancher les différends »

430. Nombreuses sont les constitutions qui renvoient à ce concept (concept II A (1) a dans la typologie). En général, elles font valoir au moyen de dispositions générales que la justice doit être exercée par des tribunaux établis par le droit. C'est le cas de la Constitution de Bade de 1818. Dans l'alinéa 2 du paragraphe 14, elle énonce que « *toutes les décisions dans les affaires de droit civil doivent procéder des tribunaux de droit commun* »¹¹⁹¹. Quelques constitutions font référence au concept qui nous intéresse de manière encore plus précise. A titre d'illustration, il convient, ici, de mentionner la Constitution impériale de l'église Saint-Paul de 1849 – encore appelée Constitution impériale de Francfort (*Frankfurter Reichsverfassung*). Dans son paragraphe 175, elle évoque succinctement l'interdiction de l'exercice de la fonction juridictionnelle par le pouvoir exécutif : « *Le pouvoir judiciaire est exercé de manière indépendante par les tribunaux. La justice de cabinet et la justice ministérielle (Cabinets- und Ministerialjustiz) sont interdites* »¹¹⁹².

431. Le premier concept est souvent combiné au sein des dispositions constitutionnelles avec l'idée selon laquelle la justice appartient au roi¹¹⁹³. A titre d'illustration, le paragraphe 9 de la Constitution de Hanovre de 1833 dispose que « *la fonction juridictionnelle émane du roi et est exercée par les tribunaux de droit communs du pays, sur lesquels le roi exerce un droit de regard* »¹¹⁹⁴. Dans le même sens, l'article 86 de la Constitution de Prusse de 1850 indique que « *le pouvoir judiciaire est exercé au nom du roi par (...) des tribunaux indépendants. Les jugements sont rendus et exécutés au nom du roi* »¹¹⁹⁵. Déjà, Michael Stolleis fait remarquer que fréquemment, dans les articles des Constitutions, les discours relatifs à l'indépendance de la justice sont associés aux prérogatives du roi en matière juridictionnelle. Pour l'expliquer, l'historien du droit fait valoir que les textes constitutionnels cherchent à « *conserver un équilibre entre la justice comme droit souverain du monarque d'un côté, et la contrainte*

¹¹⁹¹ Al. 2 § 14, Constitution de Bade, 1818 : « *Alle Erkenntnisse in bürgerlichen Rechtssachen müssen von den ordentlichen Gerichten ausgehen* ».

¹¹⁹² Al. 1, § 175, Constitution du 28 mars 1849 : « *Die richterliche Gewalt wird selbstständig von den Gerichten geübt. Cabinets- und Ministerialjustiz ist unstatthaft* ».

¹¹⁹³ En creux, les prérogatives du roi en matière de justice renvoient au concept de *fons justitiae*. V. sur ce point les développements consacrés au concept de *fons justitiae* dans la partie sur l'Angleterre.

¹¹⁹⁴ § 9, Constitution de Hanovre, 1833 : « *Die Gerichtsbarkeit geht vom Könige aus und wird durch die ordentlichen Gerichte des Landes geübt, über welche Denselben die Aufsicht zusteht* ». Il convient de remarquer que le morceau de phrase prévoyant que « le roi exerce un droit de regard » limite l'indépendance accordée aux juges.

¹¹⁹⁵ Art. 86, Constitution de Prusse, 1850 : « *Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch (...) unabhängige Gerichte ausgeübt. Die Urtheile werden im Namen des Königs ausgefertigt und vollstreckt* ».

légale d'une justice indépendante de l'autre »¹¹⁹⁶. Chemin faisant, il précise, en outre, que « *faire découler la souveraineté judiciaire de la souveraineté du monarque semblait nécessaire ne serait-ce que parce que les Etats allemands du début du XIX^e siècle devaient encore fondre l'autorité judiciaire patrimoniale et l'autorité judiciaire religieuse dans une institution juridictionnelle étatique unitaire* »¹¹⁹⁷. Finalement, il conclut en affirmant que les articles sur l'indépendance qui font référence au pouvoir du roi en matière de justice se justifient par l'importance du principe monarchique¹¹⁹⁸ : « *la raison principale en était la volonté de conserver intactes les prérogatives du pouvoir monarchique précisément dans le domaine des droits de souveraineté classiques* »¹¹⁹⁹.

B. Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »

432. De manière générale, hormis les Constitutions qui ne traitent *absolument* pas de l'indépendance de la justice, toutes les Constitutions adoptées à partir de 1807 renvoient à ce concept (concept I A (1) dans la typologie). A notre connaissance, il n'existe qu'une seule exception notable : il s'agit de la Constitution de la principauté de Waldeck de 1814. Au lieu de prévoir que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors, elle permet, au contraire, au gouvernement de fournir des directives aux juges. L'alinéa 2 du paragraphe 9 dispose : « *Notre gouvernement fournit les instructions pour les tribunaux de justice d'office supérieur (Oberamts-Justizgerichte) (...)* »¹²⁰⁰.

433. Pour se convaincre de ce que le concept est quasi-systématiquement présent dans les Constitutions successives, il convient de fournir quelques exemples concrets. En général, il n'est pas fait référence spécifiquement à un adversaire particulier de l'indépendance dans les

¹¹⁹⁶ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 130.

¹¹⁹⁷ *Ibidem*. Le texte original en allemand est : « *Die Ableitung der Justizhoheit aus der Souveränität schien schon deswegen notwendig, weil die deutschen Staaten des frühen 19. Jahrhunderts die Einschmelzung der Patrimonialgerichtsbarkeit und der geistlichen Gerichtsbarkeit in ein einheitliches staatliches Gerichtswesen noch zu leisten hatten* ». M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 2 (1800-1914) Munich, C.H. Beck, 1992, p. 118.

¹¹⁹⁸ Sur l'importance du principe monarchique en Allemagne au XIX^e siècle, voir, en langue française : J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée*, texte remanié de thèse de doctorat, Paris, PUF, 2002, 351 p. V. aussi : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 109-114.

¹¹⁹⁹ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 130.

¹²⁰⁰ Al. 2 § 9, Constitution de Waldeck, 1814 : « *Die Instructionen für die Oberamts-Justizgerichte haben Unsere Regierung (...)* ». Déjà, Michael Kotulla mentionne cette exception : M. Kotulla, « Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert », *Deutsche Richterzeitung*, vol. 8, 1992, p. 287 (note n° 19).

dispositions constitutionnelles. Les articles, qui renvoient au concept, se contentent d'affirmer que « *l'administration de la justice doit décider de manière indépendante et selon la conscience du juge (...)* »¹²⁰¹ ou que « *les tribunaux, de droit civil comme de droit pénal, sont indépendants dans les limites de leurs compétences* »¹²⁰². Lorsqu'un « ennemi » de l'indépendance est visé, il s'agit, d'abord et surtout, du chef de l'Etat (qu'il soit roi, grand-duc, prince ou empereur). Il s'agit, ensuite, du gouvernement dans son ensemble. Au terme du paragraphe neuf de la Constitution de Hanovre de 1833, il est ainsi indiqué que « *le roi promet de ne pas entraver le cours de la justice (...)* »¹²⁰³. De son côté, le premier alinéa de l'article 47 de la Constitution de Saxe de 1831 dispose qu'« *ils [les tribunaux] sont indépendants des influences du gouvernement dans l'exercice des fonctions judiciaires qui relèvent de leurs compétences* »¹²⁰⁴. Du reste, il faut, dès à présent, déjà signaler que le concept qui nous intéresse a obtenu une labellisation scientifique. Unanimement, depuis le début du XXe siècle, la doctrine allemande s'y réfère en parlant de « *die sachliche Unabhängigkeit* ». L'expression est régulièrement traduite par les vocables « indépendance matérielle » ou « indépendance fonctionnelle ». De notre côté, nous préférons la terminologie « indépendance décisionnelle ».

C. Troisième concept : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire »

434. En comparaison des autres Constitutions, la Constitution de Westphalie de 1807, qui est la première Constitution dans laquelle est consacrée le principe d'indépendance, est plutôt timide sur la consécration de ce concept (concept I B dans la typologie). Pour rappel¹²⁰⁵, elle prévoit, certes, que les juges obtiennent des « *provisions à vie* », mais seulement « *lorsqu'après cinq années d'exercices, il sera reconnu, qu'ils méritent d'être maintenus dans leur emploi* »¹²⁰⁶. Par la suite, les différentes Constitutions offrent aux juges une protection statutaire sensiblement plus large. Par exemple, la Constitution de Bavière de 1818 – qui a,

¹²⁰¹ § 46, Constitution de Francfort, 1810 : « *dass die Justizverwaltung unabhängig und nach dem Gewissen der Richter entscheiden müsse (...)* ».

¹²⁰² § 93, Constitution de Wurtemberg, 1819 : « *Die Gerichte, sowohl die bürgerlichen als die peinlichen, sind innerhalb der Grenzen ihres Berufes unabhängig* ».

¹²⁰³ § 9, Constitution de Hanovre, 1833 : « *Der König verspricht, den Lauf der Rechtspflege nicht zu hemmen (...)* ».

¹²⁰⁴ Al. 1 § 47, Constitution de Saxe, 1831 : « *Sie sind bei Ausübung ihres richterlichen Amtes innerhalb der Grenzen ihrer Kompetenz von dem Einflusse der Regierung unabhängig* ».

¹²⁰⁵ V., déjà, en ce sens : *Supra*, n° 420.

¹²⁰⁶ Art. 50, Constitution de Westphalie de 1807 : « *Les Juges sont nommés par le Roi ; des provisions à vie leur seront délivrées lorsqu'après cinq années d'exercices, il sera reconnu, qu'ils méritent d'être maintenus dans leur emploi* ». La Constitution de Westphalie – octroyée par Napoléon – est disponible en langue française sur le site <http://www.modern-constitutions.de/>.

selon Martin Löhnig, influencé d'autres Constitutions du Sud¹²⁰⁷ –, établit l'inamovibilité des juges, sans période de probation. Elle fait aussi allusion au maintien du traitement. Le paragraphe trois du titre VIII (intitulé de la justice) dispose que : « *Les juges ne peuvent être destitués ou privés de leurs charges avec perte de leur traitement que par une décision judiciaire* »¹²⁰⁸. A propos de cette disposition, Martin Löhnig révèle, toutefois, qu'elle a été sérieusement limitée, voire même contredite par une norme de niveau inférieur adoptée la même année : la *Dienstpragmatik* de 1818 (en particulier, dans ses paragraphes 19 et 23) prévoit que « *les juges pouvaient toujours être mis à la retraite pour un certain temps ou être définitivement destitués, donc être relevés de leurs fonctions tout en gardant l'intégralité de leurs traitements, et ils pouvaient aussi continuer à être déplacés* »¹²⁰⁹. A l'instar de la Constitution de Bavière, la Constitution impériale de l'église Saint-Paul de 1849 fait référence à l'inamovibilité et au maintien du traitement. Par rapport à la Constitution de Bavière, la Constitution impériale de l'église Saint-Paul de 1849 semble, toutefois, encore plus prolixe. Le paragraphe 177 circonscrit en détail la protection statutaire. Il fait, notamment, expressément référence à l'interdiction des suspensions, des déplacements ou des mises à la retraite arbitraires : « *aucun juge ne peut être destitué de ses fonctions et aucune atteinte ne peut être portée à son rang et à son traitement, sauf suite à un jugement et conformément au droit. Une suspension ne peut intervenir qu'en vertu d'une décision judiciaire. Aucun juge ne peut, contre sa volonté être déplacé ou mis à la retraite sauf en vertu d'une décision judiciaire dans les cas et selon les formes déterminées par la loi* »¹²¹⁰. Un autre exemple de Constitution tout aussi précise que la Constitution de Francfort sur la question de la protection statutaire est la Constitution de Reuss branche cadette (*Reuss Jüngere Linie*) de 1849. Dans

¹²⁰⁷ M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, p. 437.

¹²⁰⁸ § 3, Huitième Titre (Von der Rechtspflege), Constitution de Bavière, 1818 : « (...) und die Richter können nur durch einen Rechtsspruch von ihren Stellen mit Verlust des damit verbundenen Gehaltes entlassen oder derselben entsetzt werden ». Cette disposition peut être mise en parallèle avec le paragraphe 3 du titre V de la Constitution de Bavière de 1808. Déjà, il indiquait : « *Les membres des collèges de justice sont nommés à vie par le roi, et ne peuvent être privés de leurs charges que par une sentence formelle* » (« *Die Glieder der Justiz-Kollegien werden von dem Könige auf Lebenszeit ernannt, und können nur durch einen förmlichen Spruch ihre Stellen verlieren* »).

¹²⁰⁹ « nach §§ 19, 23 der revidierten Dienstpragmatik von 1818 [können] Richter aber weiterhin für eine gewisse Zeit quiesziert oder endgültig entlassen, also bei Erhalt der vollen Bezüge ihrer Aufgabe enthoben werden, und sie waren weiterhin auch versetzbar ». M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, p. 435. Déjà, la *Dienstpragmatik* de 1805 (en particulier dans ses articles XI et XVIII) prévoit aussi des limites à la protection statutaire des juges. V. en ce sens : *Ibidem*.

¹²¹⁰ § 177, Constitution du 28 mars 1849 : « *Kein Richter darf, außer durch Urtheil und Recht, von seinem Amte entfernt, oder an Rang und Gehalt beeinträchtigt werden. Suspension darf nicht ohne gerichtlichen Beschluß erfolgen. Kein Richter darf wider seinen Willen, außer durch gerichtlichen Beschluß in den durch das Gesetz bestimmten Fällen und Formen, zu einer andern Stelle versetzt oder in den Ruhestand gesetzt werden* ».

son paragraphe 47, elle reprend exactement mot pour mot les dispositions du paragraphe 177. Du reste, il faut, dès à présent, déjà signaler que le concept qui nous intéresse a obtenu une labellisation scientifique. Unanimement, depuis le début du XXe siècle, la doctrine allemande s’y réfère en parlant de « *die persönliche Unabhängigkeit* ». L’expression peut être traduite par « indépendance personnelle ».

D. Quatrième concept : « L’organisation judiciaire (*Gerichtsverfassung*) ne peut être modifiée que par la loi »

435. D’emblée, le concept en question (concept II B (1) dans la typologie) appelle deux remarques : d’abord, à la différence des premier, deuxième et troisième concept, il est un concept secondaire dans les textes constitutionnels. Surtout, il n’est pas formulé *en tant que tel* dans le droit positif constitutionnel. C’est l’une de ses manifestations concrètes – *l’interdiction de la mise en place des tribunaux d’exception par les organes exécutifs* – qui apparaît explicitement dans les Constitutions. Les articles consacrant la prohibition des tribunaux d’exception n’ont pas besoin de longs commentaires. La raison en est qu’ils sont succincts et particulièrement clairs. A titre d’exemple, le deuxième alinéa du paragraphe 175 de la Constitution impériale de l’église Saint-Paul de 1849 dispose que « *les tribunaux d’exception sont interdits* »¹²¹¹, tandis que l’article 7 de la Constitution de Prusse de 1850 prévoit que « *les tribunaux d’exception et les commissions extraordinaires sont interdits* »¹²¹². A propos de l’interdiction des tribunaux d’exception, il faut encore souligner qu’elle est très souvent associée à la garantie du juge naturel dans les dispositions constitutionnelles. Entre autres exemples, le paragraphe 45 de la Constitution de Reuss branche cadette de 1849 se réfère à la fois aux tribunaux d’exception et à la garantie du juge naturel. Dans son deuxième alinéa, l’article énonce que « *personne ne peut être privé de son juge naturel. Les tribunaux d’exception sont interdits* »¹²¹³. Pour rappel¹²¹⁴, la garantie du juge naturel renvoie, en substance, à l’idée selon laquelle l’organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs .

¹²¹¹ Al. 2, § 175, Constitution du 28 mars 1849 : « *Ausnahmegerichte sollen nie stattfinden* ».

¹²¹² Art. 7, Constitution de Prusse, 1850 : « *Ausnahmegerichte und außerordentliche Kommissionen sind unstatthaft* ».

¹²¹³ Al. 2, § 45, Constitution de Reuss branche cadette, 1849 : « *Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Ausnahmegerichte sollen nie Statt finden* ».

¹²¹⁴ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 427.

E. Cinquième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge »

436. A l'instar du quatrième concept, le concept sur la prohibition de la confirmation ou de l'homologation des jugements pénaux par le chef de l'Etat (« *Bestätigungsrecht* ») est un concept périphérique dans les textes constitutionnels (concept II A (1) c dans la typologie). Il est relativement rare dans les Constitutions. Par exemple, il apparaît explicitement dans la Constitution de Wurtemberg de 1819. Au terme du paragraphe 96, il est prévu que « *les décisions des tribunaux de droit pénal ne nécessitent pas de confirmation du monarque pour acquérir l'autorité de la chose jugée* »¹²¹⁵. Pour ce qui concerne ce paragraphe, Martin Löhnig rapporte, du reste, que l'adoption de la disposition a généré un débat intense. Il indique : « *Quelques membres conservateurs avaient proposé de rendre nécessaire la confirmation du monarque pour les peines d'emprisonnement supérieures à 10 ans. Une opposition indignée s'était cependant dressée contre cela : "La confirmation d'un jugement par le roi entre en contradiction avec le concept d'autonomie de la fonction juridictionnelle, de là, non" (Burkhardt). "(...) Le changement proposé rappelle la justice de cabinet (Cabinetsrechtssprüche)" (Rettenmaier). Le vote se solda par 82 voix contre le droit de confirmation, 30 pour* »¹²¹⁶.

437. Comprendre la consécration du concept qui nous intéresse dans le droit positif constitutionnel implique de s'intéresser brièvement au droit de confirmation du chef de l'Etat. D'emblée, il convient de signaler que le droit de confirmation du monarque concernait uniquement la matière pénale, et non pas le droit civil. Il est une conséquence directe de l'obligation qu'avaient les tribunaux de soumettre, en matière pénale, au chef de l'Etat leur décision de justice avant la publication. Jusqu'à approximativement le début du XIXe siècle, le droit de confirmation n'est pas considéré comme un acte arbitraire du chef de l'Etat (*Machtspruch*). *A contrario*, en tant qu'acte judiciaire¹²¹⁷, il est envisagé comme un

¹²¹⁵ § 96, Constitution de Wurtemberg, 1819 : « *Die Erkenntnisse der Criminalgerichte bedürfen, um in Rechtskraft überzugehen, keiner Bestätigung des Regenten* ».

¹²¹⁶ « *Einige konservative Mitglieder hatten vorgeschlagen, Haftstrafen über zehn Jahre von der Bestätigung des Regenten abhängig zu machen. Dagegen hatte sich jedoch empörter Widerspruch erhoben: "Bestätigung eines Rechtserkenntnisses durch den König steht mit dem Begriff der Selbständigkeit der Justizpflege im Widerspruch, daher Nein" (Burkhardt). "(...) die vorgeschlagene Änderung erinnert an Cabinetsrechtssprüche" (Rettenmaier). Die Abstimmung endete mit 82-30 Stimmen gegen das Bestätigungsrecht* ». M. Löhnig, *op. cit.*, p. 439.

¹²¹⁷ S. Schmon, *Machtspruch und Gesetzesherrschaft: Das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists « Prinz Friedrich von Homburg* », Cologne, Böhlau, 2007, p. 60.

*Rechtsspruch*¹²¹⁸. « Le droit de confirmation s'inscrivait dans la mission du prince de surveiller continuellement la fonction juridictionnelle en matière pénale »¹²¹⁹, affirme Günther Plathner. Sans la confirmation du chef de l'Etat, la sanction prononcée en matière pénale est annulée. En des termes plus concrets, si la personne mise en cause a été condamnée par les tribunaux, elle peut finalement être remise en liberté¹²²⁰. En cela, le refus du chef de l'Etat d'homologuer un jugement peut donc, dans une certaine mesure, être rapproché du droit de grâce¹²²¹. Dans les faits, ce n'est que très progressivement que le droit de confirmation du chef de l'Etat en matière pénale tombe en désuétude¹²²². Tout d'abord, le champ d'application du droit de confirmation est rigoureusement limité aux peines privatives de liberté les plus importantes et aux peines de mort¹²²³. Le paragraphe 193 de la Constitution de Brunswick de 1832 illustre la restriction du champ d'application du droit de confirmation. Les termes du paragraphe sont les suivants : « *Les jugements en matière pénale des tribunaux supérieurs (Gerichtshöfe) ne nécessitent pas de confirmation du prince, cependant l'exécution des peines les plus lourdes telles qu'elles sont définies par loi ne doit s'effectuer qu'après l'autorisation du prince (landesfürstlicher Genehmigung)* »¹²²⁴. Par la suite, vers le milieu du XIXe siècle, le droit de confirmation du chef de l'Etat disparaît totalement. A propos de l'extinction du « *Bestätigungsrecht* », Günther Plathner explique qu'en Prusse, le souverain exerce son droit de confirmation jusqu'en 1840 et que c'est Frédéric-Guillaume IV (1795-1861) qui y renonce officiellement lors de son accession au trône¹²²⁵.

¹²¹⁸ Pour une définition des vocables « *Machtspruch* » et « *Rechtsspruch* », voir : *Supra*, n° 406. Pour de plus amples renseignements sur la manière dont la doctrine envisage et conceptualise le droit de confirmation du monarque, voir : *Infra*, n° 483 et s.

¹²¹⁹ « *Das Bestätigungsrecht diene dem Zweck des Fürsten, die Strafrechtspflege laufend zu überwachen* ». G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 47.

¹²²⁰ S. Schmon, *Machtspruch und Gesetzesherrschaft: Das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists « Prinz Friedrich von Homburg »*, Cologne, Böhlau, 2007, p. 59.

¹²²¹ Pour des renseignements sur le droit de grâce, voir le deuxième concept non consacré : *Infra*, n° 442 et s.

¹²²² F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 44.

¹²²³ G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, pp. 47-48.

¹²²⁴ § 193, Constitution de Brunswick, 1832 : « *Die Strafurtheile der Gerichtshöfe bedürfen keiner Bestätigung des Landesfürsten, doch soll die Vollziehung der durch das Gesetz bezeichneten schweren peinlichen Strafen nur nach landesfürstlicher Genehmigung erfolgen* ».

¹²²⁵ G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 95. V. aussi sur ce point : S. Schmon, *Machtspruch und Gesetzesherrschaft: Das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists « Prinz Friedrich von Homburg »*, Cologne, Böhlau, 2007, pp. 60-61. « *Erst König Friedrich Wilhelm IV. verzichtete auf sein Bestätigungsrecht (...)* ».

§2. Les deux concepts non consacrés

438. La très grande majorité des textes constitutionnels ne consacre ni l'interdiction pour le chef de l'Etat (qu'il soit roi, grand-duc, prince, empereur) de mettre un terme à une procédure pénale en cours avant un jugement (A) (concept II A (1) b dans la typologie), ni même l'interdiction pour lui de changer la peine décidée dans un jugement pénal (B) (concept II A (1) c dans la typologie). Bien au contraire, les Constitutions contiennent, le plus souvent, un article au terme duquel le chef de l'Etat peut interrompre une procédure pénale en cours. De nombreuses constitutions renferment, en outre, un article au terme duquel le chef de l'Etat peut diminuer ou remettre la peine décidée dans un jugement pénal. Ces dispositions constitutionnelles apparaissent au lecteur contemporain comme des limites à l'indépendance de la justice.

A. Premiers concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours »

439. La plupart du temps, les Constitutions comportent une disposition au terme de laquelle le chef de l'Etat peut interrompre une procédure pénale en cours. Déjà, Michael Kotulla en dresse le constat. Il montre que « *les garanties constitutionnelles étaient encore loin de signifier que le monarque ne pouvait absolument plus intervenir de manière légale dans le cours de la fonction juridictionnelle. En effet, en vertu de la plupart des Constitutions, il lui était toujours possible de classer sans suite une procédure pénale et ainsi d'empêcher une décision de justice* »¹²²⁶. Parmi les premières Constitutions, seuls les textes adoptés en 1808 et en 1818 en Bavière font figure d'exceptions : ils rejettent *expressément* la possibilité pour le souverain de faire cesser une procédure pénale en cours. Avec exactement les mêmes mots, le paragraphe 4 du cinquième titre de la Constitution de 1808 et le paragraphe 4 du huitième titre de la Constitution de 1818 disposent que « *le roi ne peut (...) en aucun cas interrompre une affaire pendante ou une enquête qui a débuté (...)* »¹²²⁷.

¹²²⁶ « *Die Verfassungsgarantien bedeuteten aber noch lange nicht, dass der Monarch überhaupt nicht mehr rechtmäßig in den Lauf der Rechtspflege eingreifen durfte. Denn nach den meisten Verfassungen war es ihm auch weiterhin möglich, laufende Strafverfahren niederzuschlagen und so ein gerichtliches Urteil zu unterbinden* ». M. Kotulla, « Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert », *Deutsche Richterzeitung*, vol. 8, 1992, pp. 289-290.

¹²²⁷ § 4, Cinquième Titre (Von der Justiz), Constitution de Bavière, 1808 : « *Der König kann (...) in keinem Falle irgend eine anhängige Streit-Sache oder angefangene Untersuchung hemmen (...)* ». § 4, Huitième Titre (Von der Rechtspflege), Constitution de Bavière, 1818 : « *Der König kann (...) in keinem Falle irgend eine anhängige Streitsache oder angefangene Untersuchung hemmen* ».

440. Pour parler de la faculté reconnue au roi de mettre un terme à une procédure pénale en cours, la doctrine allemande emploie la formule « droit d'abolition » (*Abolitionsrecht*)¹²²⁸. Elle parle aussi parfois de « grâce au sens large » (*Begnadigung im weiteren Sinne*)¹²²⁹. L'« abolition » par le monarque intervient avant que la personne mise en cause ait été condamnée. Entres autres illustrations, le droit d'abolition est inscrit dans le paragraphe 9 de la Constitution de Hanovre de 1833. Au terme de la disposition, il est indiqué qu'en matière pénale, « le roi (...) a le droit (...) d'interrompre ou de classer sans suite une procédure contre une personne mise en cause »¹²³⁰. Le droit d'abolition est aussi présent dans la Constitution de Wurtemberg de 1819 ou dans celle de Brunswick de 1832. Dans ces derniers cas, il est néanmoins encadré. Précisément, l'exercice du droit d'abolition en matière pénale par le souverain est soumis à l'intervention d'un deuxième acteur qui doit fournir un avis. Le paragraphe 97 de la Constitution de Wurtemberg énonce ainsi que « de même, si au vu de l'avis consultatif du ministre de la justice il existe des raisons suffisantes, toute la procédure contre une personne mise en cause peut, en vertu du droit d'abolition inhérent à l'autorité royale, être arrêtée ou classée sans suite avant toute instruction du crime ou du délit »¹²³¹. Dans le même sens, le paragraphe 208 de la Constitution de Brunswick dispose que « le Prince ne peut (...) classer sans suite une instruction qui a débuté, qu'après que le tribunal d'appel supérieur (*das Ober-Appellationsgericht*) ait fourni sur la question un avis »¹²³².

441. A n'en pas douter, le droit d'abolition inscrit dans les textes constitutionnels limite l'indépendance de la justice (concept II A (1) b dans la typologie). Déjà, à l'occasion de l'adoption du paragraphe 97 de la Constitution de Wurtemberg de 1819, une majorité des membres de l'assemblée des Etats (*Ständeversammlung*) s'oppose au droit d'abolition du

¹²²⁸ A. Bauer, « Gnade », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 424-430. Disponible en ligne (sans pagination) : <http://www.hrgdigital.de/id/gnade/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15).

¹²²⁹ C'est le vocable, notamment, employé par Paul Johann Anselm von Feuerbach. Il s'agit alors de distinguer la grâce au sens large de la grâce au sens strict, la dernière renvoyant au concept « le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal ». V. sur ce point : G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 96. V. aussi: *Infra*, n° 443.

¹²³⁰ § 9, Constitution de Hanovre, 1833 : « Der König (...) hat aber das Recht (...) das Verfahren gegen den Beschuldigten einzustellen und niederschlagen ».

¹²³¹ Al. 2 § 97, Constitution de Wurtemberg, 1819 : « Auf gleiche Weise kann auch, wenn nach dem Gutachten des Königlichen Justiz- Ministeriums hinlängliche Gründe dazu vorhanden sind, vermöge des dem Könige zustehenden Abolitions-Rechts, noch ehe das Verbrechen oder Vergehen untersucht, (...) alles Verfahren gegen den Beschuldigten eingestellt und niederschlagen werden ».

¹²³² § 208, Constitution de Brunswick, 1832 : « Der Landesfürst kann (...) eine angefangene Untersuchung nur, nachdem das Ober-Appellationsgericht sich gutachtlich darüber geäußert hat, niederschlagen ».

monarque en matière pénale¹²³³. L'un des membres de l'assemblée qualifie le droit d'abolition « *de privilège méprisable en soi* »¹²³⁴. L'assemblée des Etats prie dans une note le roi de renoncer à son droit d'abolition. Malgré l'insistance de l'assemblée, le monarque refuse, en définitive, d'abandonner complètement sa prérogative. Il promet, toutefois, qu'il exercera son droit en tenant compte « *de ne pas porter atteinte se faisant à l'autorité et l'efficacité de la législation pénale* »¹²³⁵. Au demeurant, il faut encore souligner que le droit d'abolition n'est pas aboli dans la Constitution impériale de l'église Saint-Paul de 1849 ou dans la Constitution de Prusse de 1850. Même s'il est encadré, il est expressément réaffirmé. L'alinéa 1 du paragraphe 81 de la Constitution impériale de l'église Saint-Paul prévoit qu' « *en matière pénale (...) l'Empereur ne peut décider d'interdire le déclenchement ou le prolongement d'une instruction qu'avec l'accord de la Diète impériale (Reichstag)* »¹²³⁶, tandis que l'alinéa 3 de l'article 49 de la Constitution de Prusse dispose que « *le roi ne peut classer sans suite une instruction qui a débuté qu'en vertu d'une loi spéciale* »¹²³⁷.

B. Deuxième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal »

442. La quasi-totalité des Constitutions comporte un article au terme duquel le chef de l'Etat peut soit exempter un condamné de l'exécution de la peine prononcée contre lui, soit commuer, c'est-à-dire adoucir, cette peine. A cet égard, les exemples de la Constitution de Westphalie de 1807 et de la Constitution de Prusse de 1850 sont symptomatiques. Pour ce qui est de la Constitution de Westphalie, l'article 52 dispose que « *les jugements des Cours et Tribunaux sont rendus au nom du Roi. Seul il peut faire grâce, remettre ou commuer la peine* »¹²³⁸. Pour ce qui concerne la Constitution de Prusse, le premier alinéa de l'article 49 de la Constitution de Prusse indique que « *le roi a le droit de faire grâce et de commuer la*

¹²³³ M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, pp. 439-440.

¹²³⁴ « *an sich gehässiges Vorrecht* ». Cité par M. Löhnig. *Id.*, p. 439.

¹²³⁵ Cité par M. Löhnig. *Id.*, p. 440. Al. 3 § 97 : « *Der König wird jedoch bei Ausübung (...) darauf Rücksicht nehmen, daß dem Ansehen und der Wirksamkeit der Straf-Gesetze dadurch nicht zu nahe getreten werde* ». (Nous soulignons).

¹²³⁶ Al. 1 § 81, Constitution du 28 mars 1849 : « *In Strafsachen (...) das Verbot der Einleitung oder Fortsetzung von Untersuchungen kann der Kaiser nur mit Zustimmung des Reichstages erlassen* ».

¹²³⁷ Al. 3 Article 50, Constitution de Prusse, 1850 : « *Der König kann bereits eingeleitete Untersuchungen nur auf Grund eines besonderen Gesetzes niederschlagen* ».

¹²³⁸ La Constitution de Westphalie – octroyée par Napoléon – est disponible en langue française sur le site <http://www.modern-constitutions.de/>.

peine »¹²³⁹. En comparaison des autres Constitutions, la Constitution de Wurtemberg de 1819 va encore plus loin. Non seulement elle parle – à l’instar des autres textes constitutionnels – du droit pour le roi d’abroger ou d’adoucir les peines¹²⁴⁰, mais en plus elle instaure expressément un dispositif qui est destiné à faciliter les exemptions et les commutations de peine. Il consiste en une obligation pour les tribunaux de présentation au chef de l’Etat – via le ministre de la justice – des cas difficiles. Dans l’alinéa un du paragraphe 97, il est écrit que « *par conséquent, les juridictions pénales sont (...) tenues dans les affaires graves de présenter au roi, par l’intermédiaire du ministère royal de la justice, les données de l’affaire (...) en vue d’une éventuelle grâce (...)* »¹²⁴¹.

443. Pour parler de la faculté reconnue au chef de l’Etat d’exempter un condamné ou de commuer sa peine, la doctrine – qu’elle soit anglaise, française ou allemande – emploie le concept de « grâce » (en allemand : *Gnade*)¹²⁴². La doctrine allemande parle aussi parfois de « grâce au sens strict » (*Begnadigung im engeren Sinne*)¹²⁴³. A la différence du droit d’abolition (ou grâce au sens large), la grâce au sens strict intervient *après* le prononcé d’un jugement pénal ayant acquis l’autorité de la chose jugée. Pour cette raison, il est, en général, admis que la grâce au sens strict ne fait pas perdre à la décision de justice sa vérité légale. Elle ne ferait que masquer les obligations qui incombent en vertu du jugement pénal. Dit autrement, elle ne concernerait que l’exécution du jugement. De là, il résulte que la grâce au sens strict ne porterait pas atteinte à l’indépendance de la justice. Cette manière de concevoir les choses domine encore assez largement. Du reste, elle semble expliquer pourquoi le droit de grâce est encore inscrit dans les Constitutions plus modernes du XXe et du XXIe siècles.

¹²³⁹ Al. 1 Art. 49, Constitution de Prusse, 1850 : « *Der König hat das Recht der Begnadigung und Strafmilderung* ».

¹²⁴⁰ Al. 1 § 97, Constitution de Wurtemberg, 1819 : « *Dagegen steht dem Könige zu, Straf-Erkenntnisse vermöge des Begnadigungs-Rechtes auf erforderten und erstatteten Bericht des erkennenden Gerichts aufzuheben oder zu mildern* ».

¹²⁴¹ Al. 1 § 97, Constitution de Wurtemberg, 1819 : « *Es sind daher die Criminal-Gerichte (...) verbunden, in schweren Fällen die Akten (...) durch das Königliche Justiz-Ministerium dem Könige zum Behuf einer etwaigen Begnadigung vorzulegen* ».

¹²⁴² A. Bauer, « Gnade », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 424-430. Disponible en ligne (sans pagination) : <http://www.hrgdigital.de/id/gnade/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15). A titre de parallèle, voir la définition du mot « grâce » donnée dans le *Vocabulaire juridique* de Gérard Cornu : « *Mesure de clémence par laquelle le Président de la République, en vertu du droit que lui confère l’a. 17 de la Constitution du 4 octobre 1958, soustrait en tout ou partie un condamné à l’exécution de la peine prononcée contre lui (*remise de peine) ou substitue à cette peine une peine plus douce (*commutation de peine)* ». (« Grâce », in G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, 4^e éd., Paris, PUF, 2003, p. 426).

¹²⁴³ C’est le vocable, notamment, employé par Paul Johann Anselm von Feuerbach. Il s’agit alors de distinguer la grâce au sens large de la grâce au sens strict, la première renvoyant au concept « le chef de l’Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours ». V. sur ce point : G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 96.

Sans employer expressément les mots « remettre » et « commuer », la Constitution fédérale allemande de 1949 fait, par exemple, référence très succinctement au droit de grâce. Les termes de l'alinéa trois de l'article 60 sont les suivants : « *il [le Président] exerce au nom de la Fédération le droit de grâce dans les cas individuels* ». Avec une formulation très proche, l'article 49 de la Constitution de Weimar de 1919 prévoit aussi que « *le Président du Reich exerce pour le Reich le droit de grâce* »¹²⁴⁴.

444. Il est possible de considérer qu'en organisant le droit de grâce au sens strict les textes constitutionnels ne permettent au chef de l'Etat que de remettre en cause *l'exécution* d'un jugement pénal. Il nous semble, toutefois, aussi envisageable de considérer qu'en offrant *de manière explicite* au chef de l'Etat la possibilité de remettre et de réduire la sanction prononcée, les Constitutions accordent, en fait, au chef de l'Etat le pouvoir de *changer* la décision de justice prise par les tribunaux. Plus précisément, elles lui confèrent la faculté de substituer au jugement prononcé son propre jugement. Si cette démonstration est admise, alors il convient de conclure que l'indépendance de la justice peut être atteinte (concept II A (1) c dans la typologie). C'est, au demeurant, vraisemblablement cette considération qui a conduit, au fil du temps, à encadrer de plus en plus l'intervention du chef de l'Etat après le prononcé d'un jugement. D'abord, tout en reconnaissant au roi le droit de remettre ou de commuer la peine, plusieurs Constitutions ont expressément exclu la possibilité pour le monarque *d'aggraver* la peine. C'est le cas, entre autres, de l'alinéa 3 du paragraphe 15 de la Constitution de Bade de 1818. Il dispose que « *le grand-duc peut commuer ou complètement abroger les peines prononcées, mais pas les aggraver* »¹²⁴⁵. C'est encore le cas du paragraphe 9 de la Constitution de Hanovre de 1833¹²⁴⁶ ou du paragraphe 208 de la Constitution de Brunswick de 1832¹²⁴⁷. En outre, les Constitutions ont restreint le droit de grâce du chef d'Etat *au droit pénal*. La grâce a été totalement prohibée en matière civile. Avec quasiment les mêmes mots, la Constitution de Bavière de 1808 ou celle de 1818 prévoient qu'« *en matière criminelle, le roi peut faire grâce, remettre ou commuer la peine* »¹²⁴⁸ (Nous

¹²⁴⁴ Art. 49, Constitution du 11 août 1919 : « *Der Reichspräsident übt für das Reich das Begnadigungsrecht aus* ».

¹²⁴⁵ Al. 3 § 15, Constitution de Bade, 1818 : « *Der Großherzog kann erkannte Strafen mildern oder ganz nachlassen, aber nicht schärfen* ».

¹²⁴⁶ § 9, Constitution de Hanovre, 1833 : « *Der König verspricht (...) Straferkenntnisse nicht zu schärfen* ».

¹²⁴⁷ § 208, Constitution de Brunswick, 1832 : « *Der Landesfürst kann in strafrechtlichen Sachen begnadigen, die Strafe mildern oder erlassen, aber in keinem Falle schärfen* ».

¹²⁴⁸ § 4, Cinquième Titre (Von der Justiz), Constitution de Bavière, 1808 : « *Der König kann in Kriminal-Sachen Gnade ertheilen, die Strafe erlassen oder mildern* » ; § 4, Huitième Titre (Von der Rechtspflege), Constitution de Bavière, 1818 : « *Der König kann in strafrechtlichen Sachen Gnade ertheilen, die Strafe mildern oder erlassen* ». V. dans le même sens : § 40, Constitution de Francfort, 1810.

soulignons). Enfin, quelques textes constitutionnels ont strictement organisé, voir même interdit le bénéfice de la grâce pour certains condamnés particuliers. Ce sont, en particulier, *les ministres* qui ont été visés. A titre d'illustration, l'alinéa 2 du paragraphe 81 de la Constitution impériale de l'église Saint-Paul dispose que « *pour un ministre de l'Empire (Reichsminister) condamné à raison des actes accomplis dans l'exercice de ses fonctions, l'empereur ne peut exercer le droit de grâce et de commutation de peine que sur proposition de la Chambre [du parlement] qui a mis en accusation le ministre. Il ne peut exercer un pareil droit en faveur d'un ministre du Land (Landesminister)* »¹²⁴⁹.

Section 2 : Les concepts dans les travaux doctrinaux

445. D'entrée, il convient d'indiquer que par « travaux doctrinaux », il faut, ici, entendre, pour l'essentiel, les travaux de la doctrine de droit public du long XIXe siècle. Parmi les auteurs de droit public étudiés figurent, entre autres, Johann Ludwig Klüber (1762-1837), Carl Salomo Zachariä (1769-1843), Karl von Rotteck (1775-1840), Carl Theodor Welcker (1790-1869), Robert von Mohl (1799-1875), Friedrich Julius Stahl (1802-1861), Romeo Maurenbrecher (1803-1843), Ludwig von Rönne (1804-1891), Carl Friedrich von Gerber (1823-1891), Hermann Schulze (1824-1888), Albert Hänel (1833-1918), Paul Laband (1838-1918) et Georg Jellinek (1851-1911). *Par exception*, quelques écrits rédigés par des auteurs qui ne pas des spécialistes du droit public – mais dont l'apport au principe d'indépendance est significatif – sont également analysés. Ce sont surtout les travaux de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833), Burkhard Wilhelm Pfeiffer (1777-1852) et, de manière auxiliaire, Eduard Henke (1783-1869) qui sont examinés.

446. Avant d'analyser les concepts explicites de l'indépendance dans les discours de ces auteurs, quelques observations d'ensemble doivent être dressées. Premièrement, d'une manière générale, il apparaît que la thématique de la justice constitue un des centres d'intérêts majeurs de la doctrine de droit public pour la période qui nous intéresse. Déjà, Michael Stolleis en fait le constat. Il remarque que « *la garantie constitutionnelle et légale de la justice fut un thème central du XIXe siècle. (...) Pour la bourgeoisie dans son ensemble, la question*

¹²⁴⁹ Al 2 § 81, Constitution du 28 mars 1849 : « *Zu Gunsten eines wegen seiner Amtshandlungen verurtheilten Reichsministers kann der Kaiser das Recht der Begnadigung und Strafmilderung nur dann ausüben, wenn dasjenige Haus, von welchem die Anklage ausgegangen ist, darauf anträgt. Zu Gunsten von Landesministern steht ihm ein solches Recht nicht zu* ». V. dans le même sens : Al. 2, Art. 49, Constitution de Prusse, 1850 : « *Zu Gunsten eines wegen seiner Amtshandlungen verurtheilten Ministers kann dieses Recht nur auf Antrag derjenigen Kammer ausgeübt werden, von welcher die Anklage ausgegangen ist* ».

«*quis judicabit ?*» fut décisive dans le processus de mise à plat des reliquats de la société d'ordres au sein de la société civile et pour la création d'une nouvelle justice économique et politique¹²⁵⁰. A l'intérieur de la thématique « justice », plusieurs questions retiennent, en particulier, l'attention de la doctrine. Parmi les « thèmes âprement discutés »¹²⁵¹, Michael Stolleis cite pêle-mêle la « *publicité des tribunaux, [les] cours d'assise, [le] parquet et [la] magistrature, et même l'architecture des tribunaux (...)* »¹²⁵². Il convient certainement d'y ajouter aussi la question de la justice administrative et celle de la justice constitutionnelle¹²⁵³. Surtout et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, il faut compléter la liste par la question de l'indépendance de la justice. Dans le fond, plusieurs preuves témoignent du vif intérêt de la doctrine de droit public pour l'indépendance de la justice : 1. D'abord, rares sont les auteurs qui ne traitent pas du tout ou presque pas de l'indépendance de la justice. Au nombre des ouvrages consultés qui ne comportent pas ou peu de développements sur l'indépendance, il y a, entre autres, la *Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht* [*La Philosophie du droit dans une perspective historique*] de Friedrich Julius Stahl (1802-1861)¹²⁵⁴, le *Deutsches Staatsrecht : Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt* [*Droit public allemand : Les principes de l'Etat allemand et du pouvoir impérial*] d'Albert Hänel (1833-1918)¹²⁵⁵ ou l'*Allgemeine Staatslehre* [*Théorie générale de l'Etat*] de Georg Jellinek (1851-1911)¹²⁵⁶. 2. Ensuite, plusieurs ouvrages sont entièrement

¹²⁵⁰ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 131.

¹²⁵¹ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 131-132.

¹²⁵² *Ibidem*.

¹²⁵³ Pour une étude approfondie de la justice administrative et de la justice constitutionnelle en Allemagne au XIXe siècle, voir : A. Gaillet, *L'individu contre l'Etat : Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, thèse, Paris, Dalloz, 2012, 531 p. Sur la justice constitutionnelle en particulier, consulter : A. Le Divellec, « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnollaude (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe – XXe siècle*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, pp. 103-140.

¹²⁵⁴ F. J. Stahl, *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, 3 vol., Heidelberg, Mohr, 1830-1837. Stahl est un professeur de philosophie du droit, de droit ecclésiastique et de droit public. Il est aussi un homme politique et le chef de file du groupe conservateur. Il est considéré « comme le précurseur de la pensée politique des conservateurs prussiens ». M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 184. Pour de plus amples renseignements sur Stahl, voir notamment : *Id.*, p. 185. V. aussi : A. Gaillet, *L'individu contre l'Etat : Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, thèse, Paris, Dalloz, 2012, p. 51 (note n° 181).

¹²⁵⁵ A. Hänel, *Deutsches Staatsrecht*, vol. 1 (Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt), Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, 856 p. Michael Stolleis rappelle qu' Hänel est souvent décrit comme « l'antipode d'un Laband à peine plus jeune que lui ». Il ajoute qu'il est un « "professeur politique" célèbre, porte-parole du libéralisme au Reichstag et véritable institution du Schleswig-Holstein ». M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 483. Le *Deutsches Staatsrecht* ne comprend qu'un seul volume, car il est resté inachevé « sans que l'on sache exactement pourquoi ». *Id.*, p. 487.

¹²⁵⁶ G. Jellinek, *Allgemeine Staatslehre*, 1ere éd., Berlin, Häring, 1900, 726 p. *L'Allgemeine Staatslehre* a fait l'objet d'une traduction en français parue en deux volumes sous le titre *L'Etat moderne et son droit* (G. Jellinek, *L'Etat moderne et son droit*, 2 vol., Paris, Girard & Brière, 1911-1913). Réédition en fac-similé : Paris, Panthéon Assas, 2005. Pour de plus amples renseignements sur Georg Jellinek, voir notamment : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 93-94 ; *Id.*, pp. 102-105 ; O. Jouanjan, « Les fondations

consacrés au principe de l'indépendance de la justice. A titre d'illustration, il faut mentionner *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen* [L'autonomie de la magistrature et l'indépendance de son jugement] de Johann Ludwig Klüber¹²⁵⁷ ou *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes* [L'autonomie et l'indépendance de la magistrature] de Burkhard Wilhelm Pfeiffer¹²⁵⁸. 3. Enfin, dans les ouvrages plus généraux, les développements sur l'indépendance sont, en général, relativement longs. Souvent, l'indépendance de la justice est le titre d'une partie, d'un chapitre, d'une section ou d'un paragraphe. Pour ne citer qu'un seul exemple, c'est le cas dans le tome un de l'ouvrage de Ludwig von Rönne intitulé *Das Staats-Recht der Preußischen Monarchie* [Droit public de la monarchie prussienne]. Le titre du paragraphe 54 est le suivant: « *Exercice exclusif de celui-ci [du pouvoir judiciaire] dans des tribunaux autonomes et indépendants* »¹²⁵⁹. Lorsque l'indépendance de la justice ne fait pas l'objet d'un titre spécifique, la thématique est abordée dans d'autres subdivisions comme, par exemple, celle qui concerne le monarque¹²⁶⁰. Elle est aussi notamment évoquée dans les subdivisions consacrées aux serviteurs (*Staatsdiener*) ou fonctionnaires de l'Etat (*Staatsbeamten*)¹²⁶¹ ainsi que dans les subdivisions sur l'administration¹²⁶². Il s'agit alors d'opérer une nette distinction

de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, vol. 16, 2004, pp. 6-16 ; M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 628-634. Jellinek représente une césure dans l'histoire de la science du droit public allemande. Luc Heuschling met l'accent sur le dualisme méthodologique de Jellinek. Il présente Jellinek comme s'inspirant « *des axiomes méthodologiques de l'école positiviste de Laband tout en faisant preuve d'une grande originalité* ». Il énonce que « *s'il [Jellinek] entend distinguer nettement la sphère du droit des autres sciences telles que la philosophie, la morale, la sociologie, etc., il n'insiste pas moins sur la nécessaire pluridisciplinarité du savoir du juriste* ». L. Heuschling, *op. cit.*, p. 102.

¹²⁵⁷ J. L. Klüber, *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort, Andrea, 1832, 168 p.

¹²⁵⁸ B. W. Pfeiffer, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes : Ein Wort der ersten Mahnung*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1851, 382 p.

¹²⁵⁹ § 54 : « *Ausschließliche Ausübung derselben durch selbständige und unabhängige Gerichte* ». (Nous soulignons). L. Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, pp. 185 et s.

¹²⁶⁰ Si l'indépendance de la justice est abordée dans les développements sur le monarque, c'est en raison des prérogatives traditionnelles du roi en matière de justice. En creux, les prérogatives du roi en matière de justice renvoient au concept de *fons justitiae*. V. sur ce point les larges développements consacrés au concept de *fons justitiae* dans la partie sur l'Angleterre. Entre autres illustrations, l'indépendance de la justice est notamment traitée dans la subdivision relative au monarque chez Mohl (V. par exemple : R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, vol. 1 (Das Verfassungsrecht), 2^e éd., Laupp, Tübingen, 1840, pp. 212 et s.) ou chez Gerber (C. F. W. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, pp. 94 et s.).

¹²⁶¹ Entre autres illustrations, l'indépendance de la justice est notamment traitée dans la subdivision relative aux serviteurs et fonctionnaires de l'Etat chez Rönne (L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 2, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1863, pp. 305 et s.).

¹²⁶² Entre autres illustrations, l'indépendance de la justice est notamment traitée dans la subdivision relative à l'administration chez Laband (P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1911), 1964, pp. 172 et s.).

entre d'une part, les juges et les autres serviteurs de l'Etat ou fonctionnaires et, d'autre part, la fonction juridictionnelle et l'administration.

447. Deuxièmement, un autre constat essentiel s'impose: le plus souvent, les auteurs se font des ardents défenseurs de l'indépendance de la justice, lorsqu'ils abordent la thématique. Peu d'auteurs soutiennent la dépendance de la justice. Au titre des exceptions, le professeur d'histoire du droit Ulrike Müssig¹²⁶³ cite, entre autres illustrations, Romeo Maurenbrecher (1803-1843)¹²⁶⁴. Hormis les quelques auteurs singuliers à l'instar de Maurenbrecher, la doctrine fait, le plus souvent, l'apologie de l'indépendance. Sans ambiguïté, elle lutte en faveur du principe. La position de la science du droit allemand sur l'indépendance est résumée très clairement par Karl Albert Christoph Heinrich von Kamptz (1769-1849) et le baron d'Empire Karl vom und zum Stein (1757-1831). Ils indiquent que « *le pouvoir judiciaire est ainsi, d'après les concepts et le modèle des Etats civilisés, un pouvoir absolument indépendant du monarque pour ce qui concerne la résolution des litiges individuels. Toute immixtion du monarque ou de son cabinet dans la résolution des litiges de droit individuel est, par conséquent, une atteinte anticonstitutionnelle au pouvoir judiciaire, un franchissement anticonstitutionnel des frontières de la fonction royale* »¹²⁶⁵. Tout particulièrement, il convient ici de mentionner les travaux de Klüber¹²⁶⁶. Il faut aussi citer l'essai de Paul Johann Anselm von Feuerbach intitulé « *l'organisation judiciaire d'un Etat constitutionnel peut-elle être modifiée légalement par de simples règlements ?* »¹²⁶⁷.

¹²⁶³ U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du "juge naturel" en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », vol. 83, n° 2, 2005, p. 234 (note n° 148). Le nom de jeune fille d'Ulrike Müssig est Seif. A partir de 2006, tous les travaux de l'auteur sont signés sous le nom d'Ulrike Müssig.

¹²⁶⁴ Le raisonnement de Maurenbrecher sera étudié dans les développements qui suivent. Maurenbrecher permet au roi de trancher les différends. V. sur ce point : *Infra*, n° 460. Il admet aussi l'établissement de tribunaux d'exception par le monarque. V. sur ce point : *Infra*, n° 482.

¹²⁶⁵ « *Die richterliche Gewalt ist daher, nach Begriffen und nach dem Beispiele aller zivilisirten Staaten, eine in Ansehung der Entscheidung der einzelnen Streitigkeiten von dem Regenten durchaus unabhängige Staatsgewalt. Jede Einschreitung des Regenten oder seines Kabinetts in die Entscheidung einzelner Rechtsstreitigkeiten ist mithin ein verfassungswidriger Eingriff in die Justizgewalt, eine konstitutionswidrige Ueberschreitung der Grenzen des hohen Regenteamts* ». A. C. H. v. Kamptz, K. baron d'Empire v. u. z. Stein, « Gedanken über Kabinettsjustiz besonders in den Staaten des Rheinbundes », in P. A. Winkopp (dir.), *Der Rheinische Bund: Eine Zeitschrift historisch, politisch, statistisch, geographischen Inhalts*, 4^e vol., Francfort, Mohr, 1807, p. 410.

¹²⁶⁶ J. L. Klüber, *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort, Andrea, 1832, 168 p..

¹²⁶⁷ P. J. A. von Feuerbach, « Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch blosse Verordnungen rechtsgültig geändert werden ? », in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, pp. 178-228.

448. Troisième et dernière observation préliminaire : si la littérature de droit public défend fermement l'indépendance de la justice, elle ne fournit pas systématiquement – comme c'était le cas en Angleterre – de fondements justificatifs à l'appui de ses propos. D'une manière générale, l'indépendance de la justice ne repose pas sur le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, au XIXe siècle, les idées de Montesquieu sont connues de la doctrine allemande, mais relativement peu acceptées¹²⁶⁸. Davantage, l'indépendance de la justice repose sur la distinction des fonctions. Pour fonder l'indépendance de la justice, les auteurs distinguent la législation (adoptée par les députés en collaboration avec le monarque), l'administration (mise en action par les serviteurs de l'Etat) et la justice (rendue par les tribunaux). Parfois, la justice indépendante est une subdivision de l'administration. Dans les ouvrages doctrinaux, il est, en outre, encore possible de repérer les mêmes arguments classiques que ceux découverts chez les auteurs anglais qui écrivaient avant 1701 : soumission au droit, rejet de l'arbitraire et de la tyrannie, absence de connaissance du droit, problèmes d'agenda, etc.¹²⁶⁹. A cette liste s'ajoutent, par exemple, d'autres arguments plus nouveaux comme celui de la « confiance dans la justice » : certains auteurs font état de la nécessité de sauvegarder l'indépendance de la justice pour accroître la confiance dans la justice¹²⁷⁰.

449. L'examen des travaux de la doctrine ne prétend pas à l'exhaustivité. A n'en pas douter, une étude plus approfondie pourrait permettre de mettre au jour des définitions explicites de l'indépendance dans d'autres ouvrages que ceux étudiés. Les développements ci-après se concentrent sur les auteurs allemands les plus renommés. Ils portent sur l'échantillon le plus représentatif possible des différents courants de pensée de la doctrine de droit public allemande. En compulsant un maximum d'ouvrages de la doctrine de droit public, il s'agit, en fait, de rendre compte, au moyen d'une synthèse générale, des principales définitions complexes et articulées proposées par les auteurs entre 1806 et 1914. En comparaison, par

¹²⁶⁸ V. sur ce point : U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », vol. 83, n° 2, 2005, p. 231. En 1824 encore, la doctrine de la séparation des pouvoirs est considérée par Johann Christoph Freiherr von Aretin comme un « *impératif très faible* » (*papierener Imperativ*). *Id.*, p. 235.

¹²⁶⁹ V. sur ce point les constats de Günther Plathner et d'Ulrike Müssig : G. Plathner, pp. 24-26 ; *Id.*, p. 34 ; U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », vol. 83, n° 2, 2005, p. 235. Pour une analyse approfondie des justifications « classiques » de l'indépendance, voir, déjà : *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 230 et s. V. aussi les mêmes justifications « classiques » de l'indépendance employées au cours du milieu du XVIIIe en Allemagne par Philipp Joseph von Pandin de Jariges : *Supra*, n° 411.

¹²⁷⁰ L'argument de la confiance en la justice est présent dans les écrits de Nicolaus Thaddäus Gönner (1764-1827). Cité par G. Plathner, *op. cit.*, p. 44.

exemple, de l'analyse complexe consistant à extraire les « balbutiements » de l'indépendance formulés par les auteurs anglais avant 1701, l'examen des significations de l'indépendance dans la littérature en Allemagne est rendu plus aisé par la présence de discours riches et élaborés sur l'indépendance. L'analyse des concepts de l'indépendance dans les ouvrages doctrinaux permet, en fait, d'établir la même distinction que celle révélée dans le droit positif constitutionnel : dans les discours structurés sur l'indépendance présents au sein des ouvrages doctrinaux, il est possible d'identifier cinq concepts qui sont explicitement consacrés (§1). En même temps, il est aussi permis de remarquer que deux concepts de l'indépendance ne sont pas consacrés (§2).

§1. Les cinq concepts consacrés

450. Il est possible de dégager cinq significations explicites de l'indépendance *consacrées* par les auteurs. Comme dans le droit positif constitutionnel, trois concepts apparaissent comme des concepts centraux dans les travaux doctrinaux. Ils se concentrent autour des idées au terme desquelles « seuls les juges doivent trancher les différends » (A) (concept II A (1) a dans la typologie) ou « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (B) (concept I A (1) dans la typologie). A ces deux premiers concepts, il faut ajouter un troisième concept majeur : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire » (C) (concept I B dans la typologie) . Les autres concepts – plus périphériques – sont les suivants : « l'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi » (D) (concept II B (1) dans la typologie) et « le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge » (E) (concept II A (1) c dans la typologie).

A. Premier concept : « Seuls les juges doivent trancher les différends »

451. Parmi les ardents défenseurs du premier concept figure sans nul doute Karl von Rotteck (1775-1840). Son raisonnement riche en enseignements pour notre travail mérite d'être étudié en profondeur (1). Dans la lignée du professeur de l'université de Fribourg-en-Brisgau, de très nombreux autres auteurs théorisent la prohibition pour d'autres organes que les juges de prononcer des décisions de justice. Dans leur lutte, ils insistent surtout sur l'interdiction de rendre la justice pour deux organes principaux : le chef de l'Etat et le ministre de la justice (2).

(1) L'exemple du raisonnement de Rotteck

452. Rotteck¹²⁷¹ est un libéral qui s'inscrit dans le courant rationaliste d'inspiration kantienne. Il considère que la « *légitimation décisive d'une institution ou d'une norme juridique* » doit reposer non pas sur son adéquation à la tradition historique, mais plutôt sur « *son adéquation à la raison* »¹²⁷². Parmi les nombreux travaux d'histoire ou de droit qu'il a rédigés¹²⁷³, son plus grand succès est, sans doute, son *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften* [*Manuel de droit rationnel et de sciences de l'Etat*] (1^{ère} éd. : 1829-1835)¹²⁷⁴. Il doit également sa renommée au *Staatslexikon* [*Dictionnaire de l'Etat*] (1^{ère} éd. en 15 volumes: 1834-1843)¹²⁷⁵, qu'il a dirigé avec Carl Theodor Welcker (1760-1869). En dehors de la vie académique, le « professeur politique »¹²⁷⁶ se distingue aussi par ses activités politiques : il est membre de la première Chambre du Grand-duché de Bade entre 1819 et 1824, puis de la seconde Chambre entre 1831 et 1840¹²⁷⁷.

453. Avant de s'intéresser dans les détails au premier concept, il convient de rendre compte de la conception générale de Rotteck sur la justice. Cette conception est essentielle pour comprendre le premier concept, et plus encore l'ensemble des autres concepts de l'indépendance de la justice énoncés par Rotteck. Elle constitue le fondement des définitions de l'indépendance fournies par Rotteck. En des termes généraux, Rotteck rejette le pouvoir créateur du juge. Précisément, il fait valoir que le juge n'est que la bouche de la loi et que

¹²⁷¹ Pour de plus amples renseignements sur Rotteck, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 194-200 ; I. Rademacher, « La première encyclopédie politique allemande : Le Staats-Lexikon de Rotteck et Welcker (1834-1848) », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 2, n° 24, 2006, pp. 255-297 ; spéc. pp. 263-267.

¹²⁷² V. sur ce point : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 198.

¹²⁷³ Rotteck a rédigé plusieurs travaux importants en histoire avant d'écrire des ouvrages juridiques. V. sur ce point : I. Rademacher, *op. cit.*, pp. 263-264.

¹²⁷⁴ Pour cet ouvrage en quatre volumes, nous utilisons la seconde édition pour les volumes un et deux et la première édition pour les volumes trois et quatre : K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., Stuttgart, Hallberg, 1840, vol. 1 & 2 ; K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., Stuttgart, Hallberg, 1834-1835, vol. 3 & 4.

¹²⁷⁵ Le *Staats-Lexikon* a fait l'objet de trois éditions (et d'une reproduction intégrale en 1990). La première édition a été complétée par la publication de quatre volumes supplémentaires entre 1846 et 1848. V. sur ce point : I. Rademacher, *op. cit.*, p. 255 (note n° 2). Nous utilisons la seconde édition, qui corrige et augmente la première édition : H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), Altona, Hammerich, 12 vol., 1845-1848. La seconde édition a été éditée par le fils de Rotteck, Hermann von Rotteck (1815-1845) et Carl Welcker. Pour des détails très précis sur les éditions successives du *Staats-Lexikon* et la transformation du contenu des différentes éditions, voir : I. Rademacher, *op. cit.*, pp. 255-256.

¹²⁷⁶ L'expression « professeur politique » renvoie à l'idée que les plus grands spécialistes du droit public avant 1848 « étaient conscients qu' (...) ils ne perpétuaient pas seulement une tradition universitaire, mais avaient aussi à défendre un ensemble de positions politiques de fond ». V. sur ce point : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 28.

¹²⁷⁷ I. Rademacher, *op. cit.*, p. 264.

l'opération consistant à trancher les différends est essentiellement une opération mécanique. Il envisage le juge comme une courroie de transmission entre les règles abstraites et préétablies et les cas particuliers qui se présentent à lui. L'auteur décrit la fonction consistant à prononcer les décisions de justice en ces termes : il s'agit d' « *une fonction logique* »¹²⁷⁸. Il ajoute également que la justice n'est « *rien d'autre qu'un organe d'application, donc avant tout d'identification du droit* »¹²⁷⁹. A partir de ce constat, Rotteck en déduit, dans la suite de son argumentation, une distinction fondamentale entre le niveau juridique et le niveau politique. Il explique que : 1. La prise de décision judiciaire n'est pas un acte de pouvoir ; 2. C'est à la puissance publique qu'il appartient d'exécuter les décisions prises par le juge au moyen d'un acte de pouvoir¹²⁸⁰. Dans le fond, le premier point veut dire que Rotteck nie totalement l'existence d'un pouvoir juridictionnel. S'inscrivant en faux contre la théorie de la séparation en *trois* pouvoirs de Montesquieu¹²⁸¹, il se prononce, plutôt, en faveur d'un modèle dualiste qui comprend deux organes, le gouvernement monarchique et le Parlement – qui doit être au centre et représenter le plus fidèlement possible la volonté des électeurs¹²⁸². Dans le tome deux du *Lehrbuch*, au sein d'un paragraphe 68 sur le pouvoir judiciaire (« *Von der richterlichen Gewalt* ») – lui-même inséré dans une section sur le partage des pouvoirs (« *Theilung der Gewalten* »)¹²⁸³ –, Rotteck énonce qu' « *il n'est absolument pas nécessaire, et cela conduit même à des erreurs dangereuses d'admettre en plus des deux pouvoirs principaux un troisième, le pouvoir judiciaire* »¹²⁸⁴. Dans la même veine, l'auteur écrit également que « *le pouvoir judiciaire est donc une aberration, (...) la plus extravagante des*

¹²⁷⁸ « *eine logische Funktion* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 2 (Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre), Stuttgart, Hallberg, 1840, p. 215.

¹²⁷⁹ « *Die Justiz ist nach allem den nichts anderes, als eine Anstalt zur Handhabung, daher allernächst zur Erkennung des Rechts (...)* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 178.

¹²⁸⁰ V. déjà sur ce point le constat dressé par Luc Heuschling : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 170 (note n° 234).

¹²⁸¹ Montesquieu est considéré comme l'un des penseurs de la théorie de la séparation en trois pouvoirs. Si Rotteck se distingue de Montesquieu en refusant de reconnaître l'existence d'un pouvoir juridictionnel, il se rapproche, par contre, de l'auteur en faisant comme lui du juge *la bouche de la loi*.

¹²⁸² M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 196.

¹²⁸³ Déjà, Ingrid Rademacher et Jacky Hummel signalent que Rotteck préfère l'emploi de la terminologie « *partage des pouvoirs* » (« *Gewaltenteilung* ») à celle de « *séparation des pouvoirs* » (« *Gewaltentrennung* »), car elle reflète davantage la structure constitutionnelle définie par Rotteck. I. Rademacher, « *La première encyclopédie politique allemande : Le Staats-Lexikon de Rotteck et Welcker (1834-1848)* », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 2, n° 24, 2006, p. 291 ; J. Hummel, « *Convergences et discordances des discours libéraux allemand et français (1815-1848)* », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 2, n° 24, 2006, p. 247.

¹²⁸⁴ « *Es ist also unnöthig, ja zu gefährlichen Irrthümern führend, neben den beiden aufgestellten Hauptgewalten noch eine dritte, die richterliche, anzunehmen* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 2 (Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre), Stuttgart, Hallberg, 1840, pp. 214-215.

arrogances (...)»¹²⁸⁵. Le second point signifie, quant à lui, qu'il revient à la puissance étatique « de procurer une effectivité pratique »¹²⁸⁶ à la décision du juge. Dit autrement, le jugement ne peut être exécuté que par la volonté de la puissance publique¹²⁸⁷.

454. Le raisonnement général de Rotteck sur la justice se rapproche de celui de la grande majorité des auteurs du XIXe siècle. Il se distingue, toutefois, nettement de celui de Carl Theodor Welcker. La lecture de l'article intitulé « déni de Justice » (*Justizverweigerung*)¹²⁸⁸ publié par Carl Theodor Welcker¹²⁸⁹ dans le *Staatslexikon* offre l'occasion de constater que Welcker a une position totalement opposée à celle de Rotteck sur la question de la justice. A la différence de son ami avec qui il dirige le *Staatslexikon*, Welcker refuse de considérer que la prise de décision juridictionnelle n'est pas un acte de pouvoir et qu'il appartient seulement à la puissance publique d'exécuter les décisions prises par un juge au moyen d'un acte de pouvoir. Sans le citer explicitement, Welcker se dresse contre Rotteck qui refuse de reconnaître l'existence d'un pouvoir judiciaire: « Tandis que, de manière de plus en plus consciente, tous les régimes étatiques les plus perfectionnés, à l'instar de l'Angleterre, de la France, de la Hollande, de la Suède (...) font de ces trois pouvoirs, de leur autonomie et de leur médiation organique leur fondement et leur premier but, certaines théoriciens plus récents ne veulent précisément pas reconnaître la fonction de juge comme un troisième pouvoir autonome, lui, ce pouvoir judiciaire dont le nom est pourtant aussi ancien que l'histoire des Etats civilisés, et qui est même plus ancien et peut-être même plus indispensable que le pouvoir exécutif et législatif. Ils objectent dans un premier temps que : l'exécution des décisions judiciaires revient au gouvernement, mais que la décision judiciaire elle-même serait uniquement, tout comme la résolution d'un problème mathématique, un acte de la

¹²⁸⁵ « Die richterliche Gewalt ist also ein Unding, (...) die abenteuerlichste aller Anmassungen (...) ». *Id.*, p. 216.

¹²⁸⁶ « eine praktische Wirksamkeit ». K. von Rotteck, « Justiz ; Justizgewalt oder Hoheit ; Justizsache ; Justizverwaltung ; Justizstellen ; Justizministerium ; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz ; hohe und niedere Justiz ; Civil und Criminaljustiz ; Administrativjustiz ; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, p. 5.

¹²⁸⁷ « Seine Sentenz wird alsdann vollzogen durch den Willen der Staatsgewalt (...) ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 2 (Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre), Stuttgart, Hallberg, 1840, p. 215.

¹²⁸⁸ C. T. Welcker, « Justizverweigerung; die Bedingungen ihres Eintrittes und die des Landes- und des Bundesschutzes gegen sie », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 32-46.

¹²⁸⁹ Pour une brève présentation de Welcker, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 221-222.

raison et en quelque sorte une expertise juridique, et non pas un acte de volonté »¹²⁹⁰. Welcker estime que ces arguments sont inexacts. Sans fournir d'arguments particulièrement forts au soutien de sa thèse, l'auteur explique qu'il est contre la nature de la chose et contre la tradition historique de refuser aux tribunaux le pouvoir d'exécution des décisions de justice. « *Cela va déjà à l'encontre de la nature de la chose et à l'encontre de toute organisation judiciaire historique de détacher entièrement des tribunaux toute exécution des décisions judiciaires* »¹²⁹¹, nous dit-il.

455. A présent que la conception générale de Rotteck sur la justice a été explicitée, il faut étudier sa manière d'appréhender l'indépendance de la justice. Selon Rotteck, l'indépendance implique l'absence de pouvoir. L'auteur fait valoir que pour être indépendante, la justice doit être absolument sans pouvoir. Pour lui, la logique est implacable : plus la justice dispose de pouvoir, plus grand est le danger que la puissance publique entreprenne de faire pression sur elle. Si le juge détient un pouvoir, son indépendance sera mise en péril, car la puissance publique cherchera, en toute vraisemblance, à l'influencer. Rotteck rend compte du problème de la dépendance en ces termes : « *Plus on élargit en fin de compte le domaine de compétences des tribunaux (...) ou plus on repousse les limites de leur autorité dans le domaine politique, plus intenses seront naturellement et inévitablement les efforts du gouvernement à corrompre les tribunaux, que ce soit par le choix ou la titularisation qu'il se réserve des juges, ou par l'influence qu'il exerce en permanence sur ceux-ci en décidant de l'avancement de rang et de traitement, de la mutation et de la mise à la retraite, bref par les multiples manifestations de la faveur ou de la disgrâce* »¹²⁹². Dans la pratique, pour soustraire

¹²⁹⁰ « *Während immer mehr mit Bewußtsein alle vollkommeneren Staatsorganisationen, wie z.B. die von England, Frankreich, Holland, Schweden (...), jene drei Gewalten, ihre Selbstständigkeit und ihre organische Vermittlung zu ihrer Grundlage und Hauptaufgabe machen, wollen freilich einzelne neuere Theoretiker gerade die richterliche Function nicht als eine selbstständige dritte Gewalt anerkennen, sie, diese richterliche Gewalt, deren Name doch so alt ist als die Geschichte civilisirter Staaten, welche selbst älter und vielleicht unentbehrlicher ist als die regierende und gesetzgebende. Sie wenden fürs Erste ein: die Vollziehung richterlicher Urtheile gehöre der Regierung an, das richterliche Urtheil selbst aber sei lediglich, eben so wie die Lösung eines mathematischen Problems, eine Function der Urtheilskraft und etwa eines juristischen Kunstverständes, kein Willensact* ». C. T. Welcker, « Justizverweigerung; die Bedingungen ihres Eintrittes und die des Landes- und des Bundesschutzes gegen sie », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 37-38.

¹²⁹¹ « *Allein es ist schon gegen die Natur der Sache und gegen alle geschichtliche Gerichtseinrichtung, alle Vollziehung gerichtlicher Anordnungen gänzlich von den Gerichten loszureißen* ». *Id.*, p. 38.

¹²⁹² « *Je weiter man endlich den Kreis der Competenz für die Gerichte zieht, (...), oder je weiter in das politische Gebiet man die Grenze ihrer Autorität versetzt, desto eifriger wird natürlich und unvermeidlich das Bestreben der Regierung seyn, die Corruption in die Gerichtssäle zu bringen, sey es durch die sich selbst vorbehaltene Wahl oder Aufstellung der Richter, sey es durch fortwährenden Einfluß auf die selben mittelst der gleichfalls vorbehaltenden Macht des Beförderns an Rang und Gehalt, des Versezens und zur Ruhe Sezens, überhaupt der*

la justice au pouvoir et par suite, garantir son indépendance, le théoricien du droit rationnel recommande de limiter strictement le domaine de compétence des tribunaux. Plus précisément, il préconise d'interdire au juge de connaître du contentieux de l'administration. Après avoir évoqué les particularités du système de recours de droit public, Rotteck écrit : « *S'ajoute à cela qu'avec un dispositif étendant la compétence des tribunaux aux objets de l'administration, le gouvernement (...) se sent beaucoup plus tenté de corrompre les tribunaux que lorsque seules les choses relevant purement du droit civil et du droit pénal sont attribuées à eux [aux tribunaux]* »¹²⁹³. De là, il affirme fermement : « *Nous disons que les affaires administratives – ou plutôt politiques – (...) ne doivent pas être soumises au jugement des tribunaux* »¹²⁹⁴. En dernière analyse, à la question de savoir quel est l'organe compétent pour décider des requêtes dirigées contre l'administration, Rotteck apporte une réponse sans ambiguïté : l'alternative se résume à l'attribution du contrôle de l'administration à l'administration elle-même. « *(...) Certaines affaires peuvent être confiées pour la décision aux autorités gouvernementales avec une plus grande fiabilité qu'aux cours de justice totalement indépendantes* »¹²⁹⁵, conclut l'auteur.

456. Pour ce qui est plus spécifiquement du premier concept relatif à l'interdiction pour d'autres organes que les organes judiciaires de trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie), il repose tout entier sur les risques liés à la détention d'un pouvoir. Rotteck ne cesse de le répéter: la jouissance d'un pouvoir par le titulaire de la fonction de juger met en danger l'indépendance de la justice et génère un risque de tyrannie et d'arbitraire. Convaincu que « *le droit perd toute sa signification dès lors qu'il est dicté par le pouvoir* »¹²⁹⁶, l'auteur

vielfachen Erweisung von Gunst oder Ungunst (...) ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 178.

¹²⁹³ « *Dazu kommt, daß die Regierung (...) bei einer Einrichtung, welche die Kompetenz der Gerichte auf Gegenstände der Administration ausdehnt, sich weit mehr versucht fühlt, die Gerichte zu corumpieren, als wenn denselben blos die rein civilrechtlichen und strafrechtlichen Dinge zugewiesen sind* ». K. von Rotteck, « Justiz ; Justizgewalt oder Hoheit ; Justizsache ; Justizverwaltung ; Justizstellen ; Justizministerium ; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz ; hohe und niedere Justiz ; Civil und Criminaljustiz ; Administrativjustiz ; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, p. 13.

¹²⁹⁴ « *Wir sagen : Administrativ – oder vielmehr politische – Sachen sind alle Gegenstände der Thätigkeit der Staatsgewalt, in Ansehung derer dieselbe sich dem Urtheile der Gerichte nicht unterwerfen [darf]* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 18.

¹²⁹⁵ « *(...) da können manche Sachen mit größerer Sicherheit den Regierungsbehörden zur Entscheidung überlassen werden, als den völlig unabhängigen, (...) Gerichtshöfen* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 177.

¹²⁹⁶ « *ja das Recht verliert seine ganze Bedeutung, sobald es von der Gewalt diktiert wird* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 2 (Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre), Stuttgart, Hallberg, 1840, p. 215.

maintient que « *pour rendre des jugements, donc pour la fonction principale de la justice, le détenteur du pouvoir lui-même ne convient pas* »¹²⁹⁷. Il indique également que « *si elle [la puissance publique] prononçait elle-même [le droit], elle pourrait imposer sa volonté au lieu du droit, donc anéantir ce dernier* »¹²⁹⁸. C'est, fort de cet argument, que Rotteck tranche en excluant la puissance publique (*die Staatsgewalt*) de l'exercice de la fonction juridictionnelle. En définitive, comme il l'a déjà explicité, l'auteur confie au seul juge – qui n'a pas de pouvoir – la faculté de trancher les litiges. Rotteck énonce : « *C'est à lui – lui qui doit, par son pouvoir, protéger le droit, l'appliquer, l'exécuter – que ce droit doit être donné, c'est-à-dire découvert par des pourvoyeurs de jugements ou juges. Ils sont les plus fiables possibles, car ils sont spécialement désignés à cet fin, sont tenus à certaines formes soigneusement établies et solennelles, sont experts de l'art (ici du droit) tout en étant impartiaux, autonomes, en particulier indépendants de la puissance de l'Etat, et enfin car ils ne jugent que d'après leur conviction pure et libre* »¹²⁹⁹.

457. Toutefois, il convient encore d'attirer l'attention sur le fait que Rotteck n'hésite pas à questionner son modèle théorique sur la justice. Deux éléments doivent, en particulier, être signalés. Premièrement, en même temps qu'il affirme que le juge est une machine à subsumer, Rotteck reconnaît aussi *brièvement* les limites de la soumission du juge au droit. Dans les faits, il admet qu'il est impossible de s'en tenir à la seule fonction logique, car « *dans chaque recueil de lois, il y a des lacunes, des ambiguïtés, des passages obscurs, des*

¹²⁹⁷ « (...) daß zum Rechtsprechen, also zur Hauptfunktion der Justiz, der Gewaltshinhaber selbst nicht geeignet sei (...) ». K. von Rotteck, « Justiz ; Justizgewalt oder Hoheit ; Justizsache ; Justizverwaltung ; Justizstellen ; Justizministerium ; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz ; hohe und niedere Justiz ; Civil und Criminaljustiz ; Administrativjustiz ; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, p. 4.

¹²⁹⁸ « *Würde Sie Selbst es aussprechen, so könnte sie ihren Willen an die Stelle des Rechtes setzen, das letzte daher vernichten* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 2 (Lehrbuch der allgemeinen Staatslehre), Stuttgart, Hallberg, 1840, p. 215.

¹²⁹⁹ « *Da gelangte man (...) zur Einsicht, daß zum Rechtsprechen, also zur Hauptfunktion der Justiz, der Gewaltshinhaber selbst nicht geeignet sei, sondern daß ihm, der da mit seiner Macht das Recht schützen, handhaben, in Vollzug setzen soll, dieses Recht müsse gegeben, d.h. gefunden werden durch eigens dafür aufgestellte, an sorgfältig festgesetzte, feierliche und bestimmte Formen gewiesene, Kunst- (d.h. hier rechts-) verständige, zugleich aber unbetheiligte, selbstständige, insbesondere von der Staatsgewalt unabhängige, nur nach reiner, freier Ueberzeugung sprechende, aus allen diesen Gründen also möglichst zuverlässige Urtheilsschöpfer oder Richter* ». (Nous soulignons). K. von Rotteck, « Justiz ; Justizgewalt oder Hoheit ; Justizsache ; Justizverwaltung ; Justizstellen ; Justizministerium ; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz ; hohe und niedere Justiz ; Civil und Criminaljustiz ; Administrativjustiz ; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 4-5.

*carences (...) »*¹³⁰⁰. Ce faisant, il consent à l'existence d'un certain pouvoir d'interprétation du juge. Pour combler les lacunes de la loi, le théoricien du droit rationnel recommande au juge de se référer au droit de la raison (qu'il appelle encore parfois « droit naturel ») : « *Le droit de la raison doit dicter au juge son jugement* »¹³⁰¹. Deuxièmement, en lien direct avec l'impossibilité de résumer la fonction juridictionnelle en une simple opération mécanique, Rotteck fait aussi valoir qu'il est particulièrement complexe de priver totalement le titulaire de la fonction de juger de toute apparence de pouvoir¹³⁰². Par voie de conséquence, il concède aussi les difficultés à garantir aux juges une indépendance absolue. Selon les propres termes de Rotteck, « *au grand jamais les juges permanents ou les collèges de juges ne jouiront à plein de l'indépendance que la vraie politique réclame pour elle ; le pouvoir étatique exercera presque inévitablement, du moins, partiellement une influence dangereuse* »¹³⁰³. A titre de solution pratique pour parvenir à une plus grande indépendance, Rotteck préconise une réforme profonde de la justice, qui concerne *la matière criminelle*¹³⁰⁴ : d'abord, il prône la désignation des juges par le peuple, plutôt que par le roi. La raison en est que le roi, en tant que partie au procès en matière criminelle, risque de choisir des juges complaisants. « *Le désir naturel de s'assurer la victoire, là où on la souhaite, exerce alors son influence néfaste sur le choix des juges, et introduit trop facilement un système totalement corrompu dans les*

¹³⁰⁰ « *Sind in jedem positiven Gesetzbuch Lücken, Unbestimmtheiten, Dunkelheiten, Mangel (...)* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 1 (Lehrbuch des natürlichen Privatrechts), Stuttgart, Hallberg, 1840, p. 94. Pour un autre exemple d'auteur qui reconnaît l'existence d'un pouvoir d'interprétation du juge, voir, par exemple : O. Bähr, *Der Rechtsstaat : Ein publicistische Skizze*, Aalen, Scientia (Réimpression de l'édition de 1864), 1961, 194 p. Pour une analyse approfondie du pouvoir d'interprétation du juge chez Bähr, cf. : L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 89 et s. Sur la question du pouvoir d'interprétation du juge, voir : R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, 423 p.

¹³⁰¹ « *Als dann muss das Vernunftsrecht dem Richter den Spruch diktieren* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., vol. 1 (Lehrbuch des natürlichen Privatrechts), Stuttgart, Hallberg, 1840, p. 94.

¹³⁰² « *Zwar ist, der theoretischen Ansicht nach, das Urtheilssprechen kein Akt der Gewalt, sondern blos eine logische Funktion, aber das ständige Rechts des Urtheilssprechens, die persönliche Kompetenz, verleiht solcher Funktion wenigstens den Schein oder auch den Dünkel der Macht* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 260.

¹³⁰³ « *Nie und nimmer werden ständige Richter oder Richterkollegien in vollem Maße jener Unabhängigkeit sich erfreuen, welche die ächte Politik für sie in Anspruch nimm; die Staatsgewalt wird fast unausweichlich wenigstens auf einen Theil derselben einen gefährlichen Einfluß ausüben* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 258.

¹³⁰⁴ « *Vraiment ! Sur ce point, s'il y a quelque chose à faire, c'est bien une réforme profonde qui doit être engagée, et les assemblées législatives, qui hésitent à mettre en place une telle œuvre, sont des traîtresses de la patrie* ». (« *Wahrlich! In diesem Punkt, wenn in irgend einem, ist eine durchgreifene Reform vonnöthen, und die gesetzgebenden Versammlungen, welche eine solche in's Werk zu richten zögern, sind Verräther am Vaterland* »). K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 251.

tribunaux »¹³⁰⁵, nous dit Rotteck. A l'inverse, le peuple présente toutes les qualités pour nommer les juges. Rotteck énonce que « *le peuple n'est jamais une partie, mais il est une unité, c'est-à-dire qu'il ne possède jamais un intérêt unilatéral, mais seulement un intérêt général, celui du droit vrai* »¹³⁰⁶. Ensuite, l'auteur se prononce également en faveur du jury. En effet, d'après le théoricien du droit, les jurés fournissent, pour ce qui concerne la matière criminelle, plus de gages d'indépendance que les juges¹³⁰⁷. A l'appui de son propos, l'auteur explique, entre autres choses, qu'il est plus difficile de faire pression sur les jurés en raison de leur grand nombre et de leur domaine d'attribution limitée à une seule affaire¹³⁰⁸.

458. Lorsque Rotteck évoque le premier concept, il ne désigne pas spécifiquement un organe. Il nous dit que c'est « *la puissance publique* » en général qui ne peut pas trancher les différends. Contrairement à Rotteck, le reste de la doctrine précise, en général, expressément quels sont les organes qui ne doivent pas rendre la justice.

¹³⁰⁵ « *Die Voraussicht, daß solche Fälle kommen werden, das natürliche Bestreben, sich das Obsiegen, wo man es wünscht, zu sichern, üben dann ihren verderblichen Einfluß auf die Wahl der Richter, und führen allzu leicht ein vollständiges Corruptionssystem in die Gerichtssäle* ». (Nous soulignons) K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 247. Au contraire, en ce qui concerne la matière civile, Rotteck admet que le roi puisse éventuellement nommer les juges. Il s'explique en indiquant que, dans ce cas, le roi n'a aucun intérêt particulier : « *en règle générale (...) sauf à ce que se trouve sur le trône un individu méprisable, il n'a pas d'autre intérêt sauf que le droit juste soit prononcé* ». (« *Doch möge er es thun in der civilrechtlichen Sphäre, weil er hier, wenigstens in der Regel, und zwar selbst bei Prozessen des Fiskus, sofern nicht die Niederträchtigkeit auf dem Throne sitzt, kein anderes Interesse hat, als daß das wahre Recht ausgesprochen werde* »). (Nous soulignons).

Ibidem

¹³⁰⁶ « *Das Volk ist niemals Partei, sondern es ist Gesammtheit, d.h., es hat nie ein einseitiges Interesse, sondern blos das allgemeine, überhaupt nur das Interesse des wahren Rechtes* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 248.

¹³⁰⁷ K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 258.

¹³⁰⁸ « (...) *die Versuchung, von den ständigen Richtern so viele zu gewinnen, als nöthig ist, um die Richtung wenigstens im Allgemeinen nach den Wünschen der Regierung zu bestimmen, ist um so näher liegend und stärker, als hier durch die Bestechung oder Einschüchterung auch nur Einiger die Sicherheit einer ganzen Reihe von erwünschten Entscheidungen gewonnen wird, während die größte Bestechungslust muthlos werden muß bei der Betrachtung der großen Zahl der Geschwornen und ihrer jeweils auf einen einzigen Akt beschränkten Wirksamkeit* ». *Id.*, pp. 258-259.

(2) Les deux principaux organes interdits de rendre la justice : le chef de l'Etat et le ministre de la justice

459. Pour l'essentiel, la science du droit constitutionnel interdit à deux organes de prononcer des décisions de justice¹³⁰⁹. D'un point de vue quantitatif, le premier des organes visé est le chef de l'Etat (qu'il soit roi, grand-duc, prince ou empereur). Dans le cas de Ludwig von Rönne (1804-1891)¹³¹⁰, le chef de l'Etat qui est désigné est, plus précisément, le roi. Au sein de son ouvrage *Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie [Le droit public de la monarchie prussienne]* (1^{ère} éd. en deux volumes : 1856-1863)¹³¹¹, Rönne offre l'une des premières analyses réellement complète du droit constitutionnel de la Prusse. Michael Stolleis parle d'« une étonnante maîtrise du droit dans ses moindres détails »¹³¹². Dans un climat conservateur¹³¹³, l'auteur – qui est aussi député libéral à la Chambre basse prussienne – propose, en particulier, une interprétation libérale de la Constitution octroyée du 5 décembre 1848. Il amoindrit la trop forte insistance sur le principe monarchique. Ainsi et par exemple, il

¹³⁰⁹ Si on élargit la période de recherche (1806-1914) déterminée pour ce chapitre pour y inclure la république de Weimar, on peut alors ajouter un troisième organe auquel les auteurs défendent d'exercer la justice : il s'agit du législateur. Dans son ouvrage *Die Verfassung der deutschen Reiches* qui est un commentaire de la Constitution du Reich weimarien (1^{ère} éd. : 1920), Gerhard Anschütz (1867-1948) mentionne expressément l'organe législatif. L'auteur est considéré comme l'un des principaux chefs de file du positivisme de Weimar. Anschütz aborde le premier concept dans son commentaire de l'article 102 de la Constitution de 1919. Pour rappel, l'article 102 de la Constitution de 1919 dispose que « les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi ». Anschütz indique que le Parlement ne doit pas légiférer en vue de se substituer au juge dans son activité de jugement. Pour reprendre ses mots, « il serait totalement contraire à la constitution que le législateur abuse de la forme de la loi pour (...) exercer lui-même l'activité juridictionnelle (par ex. condamnation à une peine par la "loi"). Le législateur n'a pas le droit de s'arroger la fonction de juge » (« Verfassungswidrig wäre es vollends, wenn der Gesetzgeber die Form des Gesetzes mißbrauchen würde, um die Rechtspflege (...) selbst auszuüben (z.B. Verhängung einer Strafe durch „Gesetz“). Der Gesetzgeber darf sich nicht das Richteramt anmaßen »). Sur le premier concept, dans la suite de son raisonnement, Anschütz précise encore un peu plus sa pensée. Il indique que, pour lui, non seulement la fonction de dire le droit est prohibée pour le législateur ordinaire, c'est-à-dire pour le Parlement, mais en plus elle doit aussi l'être pour le législateur extraordinaire : par la voie du référendum, le peuple ne doit pas adopter une loi qui aboutirait, finalement, à prononcer une ou plusieurs décision(s) de justice à la place du juge. Anschütz énonce que « ceci est non seulement valable pour le législateur ordinaire, le Parlement, mais également pour le législateur extraordinaire, le peuple ». (« Dies gilt nicht nur für den ordentlichen Gesetzgeber, das Parlament, sondern auch für den außerordentlichen, das Volk »). G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches : vom 11. August 1919 ; ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de 14^e éd., Berlin, Stilke, 1933), 1987, p. 475. Voir aussi dans le même sens : C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1^{ère} éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, (traduction de *Verfassungslehre*, 1928), 2008, p. 289.

¹³¹⁰ Pour de plus amples renseignements sur Rönne, consulter : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 401-403.

¹³¹¹ L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 2 vol., 1856-1863. L'ouvrage de Rönne a fait l'objet de nombreuses rééditions. La quatrième édition est parue en 1881-1884. La cinquième édition (1899) a été largement revisitée et publiée par Philipp Zorn (1850-1928). Dans cette cinquième édition, la suppression ou la modification de nombreux passages par Zorn a pour conséquence de remettre en question la conception libérale de l'ouvrage de Rönne et de réintroduire pleinement le principe monarchique. V. sur ce point : M. Stolleis, *op. cit.*, pp. 402-403 ; A. Gaillet, *op. cit.*, p. 302.

¹³¹² M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 402.

¹³¹³ Le climat conservateur en Prusse est décrit par Michael Stolleis : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 398-399.

soutient contre Bismark que les dépenses de l'Etat nécessitent l'approbation du budget par la Chambre des députés. De telles positions valent, en définitive, au *Staatsrecht* de Rönne de devenir rapidement « *l'oracle de la majorité libérale au parlement prussien durant le conflit constitutionnel* »¹³¹⁴. Pour ce qui est du concept en question, Rönne développe, pourtant, des arguments très classiques pour l'époque. Dans le tome un de son *Staatsrecht*, en particulier au sein d'un paragraphe 53 intitulé « *concepts et éléments du pouvoir judiciaire et principes généraux* »¹³¹⁵, le positiviste rappelle, d'abord, que la justice fait partie des prérogatives souveraines inaliénables du monarque. Pour reprendre ses termes, « *dans la puissance publique sont compris le droit et le devoir non seulement de définir l'ordre juridique dans l'Etat mais aussi de le maintenir, et c'est pourquoi le pouvoir juridictionnel (potestas judiciaria suprema s. sublimis), c'est-à-dire la mise en œuvre du droit (Rechtsgewalt) dans l'Etat, revient aussi à lui [au roi]* »¹³¹⁶. De suite après cette observation, Rönne évoque une distinction traditionnelle. Au sein « *du pouvoir judiciaire ou de la justice* »¹³¹⁷, il différencie strictement deux éléments : « *a) La fonction d'identifier le droit (Rechtsfindung) à proprement parler ou de dire le droit (Rechtsprechung) (le pouvoir judiciaire au sens étroit du terme) et b) la compétence consistant à prendre les mesures et les dispositions nécessaires pour régler judiciairement les litiges et mettre à exécution la décision de justice (l'administration et l'exécution de la justice) (Gerichtsherrlichkeit)* »¹³¹⁸. Pour Rönne, c'est seulement l'élément a) – et non pas l'élément b) – qui doit être exercé en totale indépendance vis-à-vis du roi. Concrètement, l'élément a) renvoie à l'idée que *le roi* ne doit pas rendre la justice. « *Il est avéré que, l'exercice de la justice n'est pas détenu par le roi lui-même en tant que fontaine de justice (Gerichtsinhaber), mais doit être détenu seulement par les tribunaux qui en sont chargés* »¹³¹⁹, affirme Rönne. Plus loin – dans le paragraphe 54 relatif à l'« *exercice exclusif de celui-ci [du pouvoir judiciaire] dans des tribunaux autonomes et*

¹³¹⁴ *Id.*, pp. 401-402.

¹³¹⁵ § 53 : « *Begriff und Bestandtheile der Justizgewalt überhaupt und allgemeine Grundsätze* ». L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, p. 183.

¹³¹⁶ « *In der Staatsgewalt ist das Recht und die Pflicht begriffen, die Rechtsordnung im Staate nicht bloß festzustellen, sondern auch zu erhalten, und deshalb gebührt ihr auch die Justizhoheit (potestas judiciaria suprema s. sublimis), nämlich die Handhabung der Rechtsgewalt im Staate* ». L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, p. 183.

¹³¹⁷ « *die richterliche Gewalt oder Gerichtsbarkeit* ». *Ibidem*.

¹³¹⁸ « *Die richterliche Gewalt oder Gerichtsbarkeit, welche die Rechtshandhabung bewirkt, enthält aber zwei Bestandtheile, nämlich a) die Funktion der eigentlichen Rechtsfindung oder Rechtsprechung (richterliche Gewalt im engeren Sinne), und b) die Befugniß, die zur gerichtlichen Erledigung der Rechtssachen erforderlichen Maßregeln und Anstalten zu treffen und den Urtheilsspruch zu vollziehen (Gerichtsherrlichkeit)* ». *Ibidem*.

¹³¹⁹ « *Der Grundsatz feststand, daß die Handhabung der Justiz nicht von dem Könige selbst, als Gerichtsinhaber, sondern lediglich von den dazu bestellten Gerichten erfolgen dürfe* ». *Id.*, p. 184.

indépendants »¹³²⁰ –, Rönne tire une conséquence du cas où la justice ne serait pas rendue par les juges, « *mais par une personne non investie du pouvoir judiciaire* » : d'après lui, une pareille décision serait « *nulle et non avenue* »¹³²¹.

460. Pour clore sur le premier concept dans la pensée de Rönne, il faut, du reste, encore signaler que l'argumentation de l'auteur s'oppose radicalement à celle développée par Romeo Maurenbrecher (1803-1843) dans ses *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* [*Principes du droit public actuel de l'Allemagne*] (1^{ère} éd. : 1837)¹³²². Maurenbrecher, qui est décrit comme un conservateur farouchement opposé au libéralisme¹³²³, rejette « *la séparation des pouvoirs et le fait que le monarque soit lié par le droit* »¹³²⁴. Dans une subdivision intitulée « *le pouvoir judiciaire des souverains allemands* »¹³²⁵, il indique que le roi peut rendre la justice à chaque fois que le bien public l'exige. Pour reprendre les termes de l'auteur, le souverain a « *le droit de prendre un Machtspruch (decisio pro auctoritate), c'est-à-dire de trancher un litige ou de prononcer une ordonnance pénale de condamnation, en contournant les tribunaux et en négligeant les formes de procédure habituelles, aussi souvent que le bien public l'exige* »¹³²⁶.

461. Le deuxième organe qui est interdit de rendre la justice est le ministre de la justice. Robert von Mohl (1799-1875)¹³²⁷ fait parti des quelques auteurs qui le vise, quand il parle du premier concept¹³²⁸. Michael Stolleis décrit Mohl comme un libéral qui appartient « *à l'aile rationaliste pragmatique du libéralisme [et] un positiviste (...), mais pas vraiment un théoricien du droit* »¹³²⁹. C'est surtout grâce à la publication de son *Staatsrecht des*

¹³²⁰ § 54 : « *Ausschließliche Ausübung derselben durch selbständige und unabhängige Gerichte* ». *Id.*, p. 185.

¹³²¹ « *jedes von einer nicht mit der richterlichen Gewalt bekleideten Person ausgesprochene Urtheil in Civil- oder Criminal-Rechtssachen ist nun und nichtig* ». *Id.*, p. 186.

¹³²² R. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Varrentrapp, 1837, 589 p.

¹³²³ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 179-180.

¹³²⁴ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 90.

¹³²⁵ « *Von der richterlichen Gewalt der deutschen Regenten* ». R. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Varrentrapp, 1837, p. 336.

¹³²⁶ « *das Recht, einen Machtspruch (decisio pro auctoritate) zu thun d. h. einen Rechtsstreit zu entscheiden oder einen Strafbefehl zu erlassen, mit Umgehung der Gerichte und Auslassung der gewöhnlichen Prozessformen, so oft es öffentliche Wohl erheischt* ». R. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Varrentrapp, 1837, p. 337. Plus loin, Maurenbrecher permet aussi l'établissement de tribunaux d'exception par le monarque. V. sur ce point : *Infra*, n° 482.

¹³²⁷ Pour de plus amples renseignements sur Mohl, consulter notamment : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 213 et s. ; *Id.*, pp. 246-249.

¹³²⁸ Rönne vise aussi brièvement le ministre de la justice : « *personne, pas même le roi lui-même ou le ministre de la justice, n'a le droit de donner des instructions à un tribunal (...)* ». (« *Niemand, namentlich weder König selbst, noch der Justizminister, hat das Recht, einem Gerichte Vorschriften darüber zu ertheilen (...)* »). L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, p. 186.

¹³²⁹ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 215.

Königreiches Württemberg [*Le droit public du royaume de Wurtemberg*] (1^{ère} éd. :1829-1831)¹³³⁰ que Mohl a été rendu célèbre¹³³¹. Au sein de deux volumes séparés, l'auteur s'intéresse, de manière pratique, respectivement au droit constitutionnel et au droit administratif¹³³² de l'Etat de Wurtemberg. Bien qu'il adopte une position relativement prudente vis-à-vis du principe monarchique¹³³³, sur d'autres points, la pensée de Mohl est plus novatrice pour le début du XIX^e siècle : ainsi, par exemple, Mohl reconnaît à toutes les juridictions le pouvoir de contrôler la conformité matérielle de la loi à la Constitution¹³³⁴. Pour ce qui est du concept qui retient notre attention, les mots de Mohl sont extrêmement clairs. Sans équivoque, dans le volume deux de son ouvrage, plus particulièrement au sein du paragraphe 144 consacré au « *ministre de la justice* » (ses fonctions et les limites de ses fonctions), Mohl déclare que l'exercice de la justice par le ministre « *contrarie l'indépendance des tribunaux garantie dans la constitution* »¹³³⁵. Aussi, « *ni les affaires de droit pénal ni les affaires de droit civil ne peuvent être décidées dans une instance par le ministre* »¹³³⁶.

B. Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »

462. Paul Laband (1838-1918) fournit une analyse très détaillée du deuxième concept¹³³⁷ (concept I A (1) dans la typologie), raison pour laquelle son argumentation doit être éclairée (1). Dans ses développements consacrés au deuxième concept, l'auteur relie expressément la prohibition des pressions extérieures sur l'activité juridictionnelle à la soumission au droit. Au-delà du seul exemple labandien, la compulsation des travaux doctrinaux aboutit à constater que, *de manière quasi-systématique*, le deuxième concept est associé à la

¹³³⁰ R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., Laupp, Tübingen, 2 vol, 1840.

¹³³¹ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 215.

¹³³² Sur le droit administratif, Michael Stolleis nous dit que Mohl l'entend, pour l'essentiel, comme « *le droit constitutionnel dans son application concrète transposé dans le quotidien (...) Un droit administratif dépendant de la constitution et relevant de l'Etat de droit* ». M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 247.

¹³³³ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 247.

¹³³⁴ L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 70.

¹³³⁵ Es « *hindert die verfassungsmässige Unabhängigkeit der Gerichte* ». R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 2 (Das Verwaltungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, p. 18.

¹³³⁶ « *weder Straf- noch bürgerliche Rechtsfälle können in irgend einer Instanz vom Ministerium entschieden werden* ». *Id.*, pp. 17-18.

¹³³⁷ D'ores et déjà, il a été signalé qu'à partir surtout du début du XX^e siècle, la doctrine allemande parle de ce concept en employant l'expression « *sachliche Unabhängigkeit* ».

soumission du juge au droit. Plus qu'un simple corolaire ou qu'un prolongement, l'argument de la soumission au droit est alors employé comme fondement du deuxième concept (2).

(1) L'exemple du raisonnement de Laband

463. L'analyse de l'œuvre constitutionnelle de Laband¹³³⁸ suppose de rapprocher les quatre volumes de son *Staatsrecht des Deutschen Reiches* [*Droit public de l'Empire allemand*] (1^{ère} éd. en 3 vol. : 1876-1882)¹³³⁹ des deux ouvrages de droit constitutionnel de Carl Friedrich von Gerber (1823-1891). Précisément, le parallèle conduit à constater que Laband s'inscrit dans la lignée de son prédécesseur, Gerber. Le rapprochement amène à concevoir le premier comme l'« *exécuteur testamentaire intellectuel* »¹³⁴⁰ du second. Davantage, les deux auteurs sont parfois présentés comme les tenants d'une même école, l'« *Ecole Gerber-Laband* »¹³⁴¹. Dans la préface de la deuxième édition du *Droit public de l'Empire allemand*¹³⁴², Laband explicite rigoureusement les lignes du programme scientifique, conçu par Gerber dès 1852. Il recommande un traitement exclusivement logique du droit consistant à dégager les concepts juridiques *a priori* en s'appuyant exclusivement sur la législation positive. Pour reprendre les termes de Laband, il s'agit d'« *analyser les institutions juridiques (Rechtsinstitute), de ramener les notions particulières à des concepts plus généraux et de déduire de ces concepts*

¹³³⁸ Pour de plus amples renseignements sur Laband, voir, notamment : P. M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP*, n° 4, 1989, pp. 957-979 ; M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 461-473.

¹³³⁹ La publication de la première édition allemande du *Staatsrecht* (à l'origine, en trois volumes) commence en 1876 et se termine en 1882. Nous utilisons : P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition, 1911-1914), 1964, 4 vol. L'œuvre constitutionnelle de Laband a été traduite en langue française. V. en français: P. Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1900-1904, 6 vol. Il convient de remarquer que la traduction française du *Staatsrecht des Deutschen Reiches*, qui est la reproduction des quatre volumes de la troisième édition (1^{er} vol. 1895), comprend six volumes.

¹³⁴⁰ « *als der geistige Testamentsvollstrecker Gerbers* ». R. von Stintzing, E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III/2, Munich, Oldenbourg, 1910, p. 833. Cité par O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, p. 11. Disponible en ligne (sans pagination) sur le site d'Olivier Jouanjan : <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWVpbnxvbiGl2aWVvam91YW5qYW58Z3g6N2QwMjk0ZTI5MTgyOTljMQ> (consulté le 24/11/15).

¹³⁴¹ Voir, sur ce point : O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, p. 13.

¹³⁴² Déjà, Laband caractérise sa méthode en 1876 dans la première édition de son *Staatsrecht des Deutschen Reiches*. En vu de répondre aux critiques qui lui ont été adressées, il précise sa méthode à l'occasion de la publication de la seconde édition en 1887. V. sur ce point: P. M. Gaudemet, « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP*, n° 4, 1989, pp. 965-968 ; spéc. p. 965.

les conséquences qu'ils impliquent »¹³⁴³. Cette conception positiviste du droit public suppose également d'affranchir la dogmatique des considérations politiques, philosophiques ou éthiques. Laband énonce que « *toutes les considérations historiques, politiques, philosophiques, si précieuses qu'elles puissent être en elles-mêmes, sont sans importance pour la dogmatique d'un droit concret* »¹³⁴⁴. Ajouté au traitement logique d'un droit « pur », le programme détaillé par Laband comprend un second versant. Il consiste – comme l'a montré Olivier Jouanjan – en une démarcation plus nette entre droit public et droit privé¹³⁴⁵.

464. En application de la méthode définie, Laband, dont l'œuvre constitutionnelle se situe dans le cadre de l'Empire allemand (1871-1918), renvoie régulièrement à l'interdiction pour le juge de prendre en considération les influences en provenance du dehors. Apparaissant à de très nombreuses reprises dans les quatre volumes, le deuxième concept est central chez Laband. Il est expressément associé à la soumission du juge au droit¹³⁴⁶. Tel est, à titre d'illustration, le cas dans la proposition selon laquelle « *la justice exige des autorités qui ne sont pas libres à l'égard de la loi, qui lui sont subordonnées au sens le plus élevé du mot, mais qui, quand elles interprètent et appliquent la loi, sont indépendantes des ordres du chef de l'Etat et de ses fonctionnaires* »¹³⁴⁷. Tel est également le cas, lorsque Laband indique que l'« *indépendance s'impose de par la nature de la chose, dans les cas où l'ordre public exige des décisions qui ne sont influencées par aucune autre considération que celle du droit positif* »¹³⁴⁸. Parmi les divers « ennemis » de l'indépendance décisionnelle, c'est, surtout, le

¹³⁴³ « *in der Konstruktion der Rechtsinstitute, in der Zurückführung der einzelnen Rechtssätze auf allgemeine Begriffe und andererseits in der Herleitung der aus diesen Begriffen sich ergebenden Folgerungen* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1911), 1964, p. IX (préface de la deuxième édition). La préface de la deuxième édition en date de 1887 est reproduite dans la cinquième édition.

¹³⁴⁴ « *alle historischen, politischen und philosophischen Betrachtungen – so wertvoll sie an und für sich sein mögen – sind für die Dogmatik eines konkreten Rechtsstoffes ohne Belang* ». *Ibidem*.

¹³⁴⁵ O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 12-13.

¹³⁴⁶ Pour d'autres références de Laband à la soumission du juge à la loi sans qu'elle soit reliée à l'indépendance, voir, par exemple : P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1911), 1964, p. 75 ; P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. III, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1913), 1964, p. 379.

¹³⁴⁷ « *Die Rechtspflege erfordert Behörden, welche dem Gesetz gegenüber unfrei, ja im eminenten Sinne ihm unterworfen sind, welche aber bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes von den Befehlen des Staatsoberhauptes und seiner Beamten unabhängig sind* ». (Nous soulignons) P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1911), 1964, pp. 173-174.

¹³⁴⁸ « *Diese Unabhängigkeit ist in denjenigen Fällen durch die Natur der Sache geboten, in welchen die Staatsordnung Entscheidungen verlangt, die durch keine andere Rücksicht als durch die auf das positive Recht beeinflusst werden sollen* ». (Nous soulignons) P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1911), 1964, p. 174.

Chancelier que Laband vise le plus. En même temps qu'il consacre le concept selon lequel les organes exécutifs ne peuvent trancher les différents, l'auteur fait valoir – dans la section 4 consacrée aux « *autorités et fonctionnaires de l'Empire* »¹³⁴⁹ du premier volume – que « *le Chancelier ne peut s'ingérer matériellement dans les affaires de ces autorités [les affaires des autorités juridictionnelles] (...). Il est responsable de la faculté que doivent avoir ces autorités d'exercer leurs fonctions dans l'indépendance prescrite par la Constitution ; il n'est pas responsable de la manière dont elles les exercent* »¹³⁵⁰. Il ajoute aussi qu' « *en ce qui concerne leurs fonctions, les autorités juridictionnelles ne sont absolument pas subordonnées au Chancelier de l'Empire* »¹³⁵¹.

465. En rentrant un peu plus dans les détails du deuxième concept, ce qui apparaît récurrent dans le raisonnement de Laband est son souci de faire de l'indépendance décisionnelle un critère *spécifique* à la justice. Pour Laband, la prohibition des instructions en provenance du dehors est un élément caractéristique qui singularise foncièrement les autorités juridictionnelles et les juges. De là, *deux* distinctions fondamentales sont opérées. La première consiste à différencier la situation des autorités administratives de celle des autorités juridictionnelles. Pour les premières, la responsabilité du Chancelier a un contenu positif, ce qui implique, notamment, que le Chancelier « *peut, dans les affaires importantes, décider lui-même matériellement de ce qui doit avoir lieu* »¹³⁵². Au contraire, pour les secondes, la responsabilité du Chancelier a un contenu négatif. Le contenu négatif veut dire que le Chancelier ne peut intervenir sur le « *contenu des décisions* »¹³⁵³ des autorités juridictionnelles. « *La caractéristique essentielle des autorités juridictionnelles réside (...) dans l'indépendance de leurs décisions vis-à-vis des instructions émanées des autorités supérieures, en particulier du Chancelier, dans leur droit et leur devoir de prononcer leurs décisions selon leur appréciation personnelle sur l'affaire et leur conviction juridique, et*

¹³⁴⁹ « *Reichsbehörden und Reichsbeamte* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, pp. 368 et s.

¹³⁵⁰ « *Daher kann der Reichskanzler in die Geschäfte dieser Behörden materiell nicht eingreifen (...). Seine Verantwortlichkeit geht dahin, dass diese Behörden im Stande sind, ihre Funktionen in verfassungsmässiger Unabhängigkeit ausüben, aber nicht dahin, wie sie dieselben ausüben* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, pp. 374-375.

¹³⁵¹ « *Hinsichtlich ihres geschäftlichen sind daher die rechtsprechenden Reichsbehörden dem Reichskanzler überhaupt nicht untergeordnet* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 375.

¹³⁵² « *Bei den ersteren (den Verwaltungsbehörden) erstreckt sich die Verantwortlichkeit des Reichskanzlers auf den materiellen Inhalt ihrer Verfügungen und Anordnungen. Er kann daher in wichtigen Angelegenheiten materiell selbst entscheiden und bestimmen, was geschehen soll* ». (Nous soulignons) P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 374.

¹³⁵³ P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 374.

enfin par conséquent dans la non-responsabilité complète du Chancelier en ce qui concerne le contenu de ces décisions »¹³⁵⁴, conclut Laband. Si l'indépendance décisionnelle est présentée par Laband comme un élément fondamental de la distinction entre les autorités administratives et les autorités juridictionnelles, elle permet aussi de différencier les juges des autres fonctionnaires de la justice en général. Classiquement, Laband présente les juges comme faisant partie des fonctionnaires de la justice (*Justizbeamten*)¹³⁵⁵. Toutefois, immédiatement, il fait ressortir explicitement la particularité des « juges-fonctionnaires » (*die richterliche Beamten*). Pour reprendre les termes du professeur strasbourgeois, les juges constituent une « catégorie spéciale (...) [qui] se distinguent de l'ensemble des fonctionnaires et en particulier des fonctionnaires judiciaires »¹³⁵⁶. Concrètement, les fonctionnaires du ministère public – qui ressortent de la catégorie des fonctionnaires de la justice et non pas des « juges-fonctionnaires »¹³⁵⁷ – ne bénéficient pas « en ce qui concerne leur service, des mêmes garanties protectrices que celles qui assurent l'indépendance des juges »¹³⁵⁸. En particulier, le procureur général impérial et les procureurs impériaux « sont placés sous la surveillance et la direction du Chancelier de l'Empire »¹³⁵⁹. A la différence de l'ensemble des fonctionnaires judiciaires, les juges jouissent, par contre, de la garantie d'indépendance. A cet égard, Laband indique que « des prescriptions particulières entrent alors en vigueur, afin d'affermir et d'assurer l'indépendance du juge »¹³⁶⁰.

¹³⁵⁴ « Das wesentliche Merkmal der richterlichen Behörden ist (...) in der Unabhängigkeit ihrer Entscheidungen von Anordnungen der vorgesetzten Behörden, insbesondere des Reichskanzlers, in dem Rechte und der Pflicht, die Entscheidungen lediglich nach eigener sachlicher Würdigung und rechtlicher Ueberzeugung zu geben, und folgeweise in dem Ausschluß jeder Verantwortlichkeit des Reichskanzlers für den Inhalt dieser Entscheidungen ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 411.

¹³⁵⁵ A propos du rattachement des juges à la catégorie des fonctionnaires, voir : *Infra*, n° 470 et s.

¹³⁵⁶ « Demgemäß hebt sich aus der Gesamtmasse der Beamten und insbesondere aus derjenigen der Justizbeamten als eine rechtlich ausgezeichnete Kategorie die der richterlichen Beamten hervor ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. III, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1913), 1964, p. 473.

¹³⁵⁷ « Den Oberreichsanwalt und die Reichsanwälte aber hat das Gesetz ausdrücklich für nicht richterliche Beamte erklärt ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. III, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1913), 1964, p. 443.

¹³⁵⁸ « Demgemäß hat die Reichsgesetzgebung die dienstliche Stellung der Beamten der Staatsanwaltschaft nicht mit denjenigen schützenden Garantien ausgestattet, welche die Unabhängigkeit der Richter gewährleisten sollen ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. III, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1913), 1964, p. 443.

¹³⁵⁹ « Sie [der Oberreichsanwalt und mehrere Reichsanwälte] stehen unter der Aufsicht und Leitung des Reichskanzlers ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 413.

¹³⁶⁰ « Für diesen Fall treten besondere Vorschriften in Kraft, um die Unabhängigkeit der Richter zu verstärken und zu sichern ». *Ibidem*.

466. Un dernier élément mérite encore d'être signalé dans l'analyse du second concept chez Laband : de manière explicite, l'auteur fait valoir qu'il s'applique non seulement aux tribunaux de droit civil et de droit pénal, mais qu'il concerne, en plus, les tribunaux administratifs. Pour reprendre les mots de Laband, les tribunaux administratifs doivent exercer leurs fonctions « *non pas sous la direction du Chancelier, ni de toute autre autorité administrative supérieure* »¹³⁶¹, mais doivent, au contraire, prononcer leurs « *décisions de manière libre selon leurs convictions juridiques personnelles* »¹³⁶². En affirmant cela, Laband rejoint clairement la position défendue plus tard par Helmuth Mende dans le *Handbuch des deutschen Staatsrechts* [Manuel de droit public allemand] de Gerhard Anschütz (1867-1948) et de Richard Thoma (1874-1957) en date de 1930-1932¹³⁶³. Pour Laband comme pour Mende, les juges administratifs sont capables de trancher les différends de manière indépendante en se conformant au droit positif.

(2) Le fondement justificatif incontournable : la soumission au droit

467. Le concept de « soumission au droit » (« *die Subsumtion unter das Recht* » ou « *die Bindung an Recht* ») est un principe cardinal dans les théories doctrinales allemandes sur la justice. De deux choses l'une, soit la soumission au droit est employée comme construction intellectuelle au service d'une conception générale de la justice envisagée comme pouvoir nul (tel est, notamment, le cas chez Rotteck), soit elle sert de *justification* au deuxième concept. Tandis que le premier cas a déjà été largement traité¹³⁶⁴, c'est le deuxième cas qui retient notre attention dans les développements qui suivent. A peu de chose près, tous les auteurs, qui parlent du deuxième concept, renvoient à la soumission du juge au droit. Ils fondent l'interdiction des influences extra-juridiques sur l'activité juridictionnelle sur la liaison du juge au droit. Il est particulièrement rare de repérer le deuxième concept sans cette justification. A titre d'illustration, Mohl indique que « *personne, que ce soit le roi lui-même ou son ministre de la justice, n'a le droit de donner des instructions à un tribunal, sur la*

¹³⁶¹ Die Reichsverwaltungsgerichte sind « *hinsichtlich dieser Tätigkeit der oberen Leitung des Reichskanzlers oder einer anderen oberen Verwaltungsbehörde nicht unterworfen* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aaalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 421.

¹³⁶² « *ihre Entscheidung nach unabhängiger individueller Rechtsüberzeugung* ». *Ibidem*.

¹³⁶³ V. en particulier : H. Mende, « §67. Die richterlichen und die ihnen gleichgestellten Beamten », in G. Anschütz, R. Thoma (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Tübingen, Mohr, 1932, pp. 79-80. L'analyse de la pensée d' Helmuth Mende, qui écrit dans le manuel d'Anschütz et de Thoma, ne rentre pas formellement dans la période de recherche définie pour le chapitre un. Il n'en reste pas moins que le parallèle entre Laband et Mende sur l'indépendance décisionnelle des juges administratifs est intéressant.

¹³⁶⁴ Rotteck explique que le juge n'est que la bouche de la loi et, par voie de conséquence, nie l'existence d'un pouvoir juridictionnel. Pour un examen dans le détail de la conception générale de la justice de Rotteck, voir : *Infra*, n° 452 et s.

manière de traiter un cas particulier, ou sur la décision de justice qu'il a à rendre sur ce cas. Seules les lois – et, dans la mesure où elles ont une force obligatoire – les ordonnances peuvent guider l'exercice de la fonction du juge »¹³⁶⁵. Dans le même sens, Rönne allègue que « les tribunaux (...) sont entièrement autonomes et indépendants dans les limites de leur compétence, et c'est pourquoi ils ne sont soumis à aucune autre autorité que celle de la loi (...) ainsi, ils doivent nécessairement rester à l'abri de toute influence ou séparation arbitraire provenant d'autres organes »¹³⁶⁶.

468. La justification de la soumission au droit appelle une dernière remarque : si la soumission au droit veut dire qu'à l'instar des calculs arithmétiques, dire le droit ne consiste qu'à prononcer les paroles de la loi de manière mécanique, elle n'implique pas, en revanche, que le juge, ainsi lié au droit, doit être dépendant vis-à-vis du Parlement. D'aucune façon, la justification de la liaison au droit et l'indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif n'entrent en conflit.

C. Troisième concept : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire »

469. La protection statutaire du juge cristallise les hésitations doctrinales : entre véritable *sens*¹³⁶⁷ (concept I B dans la typologie) ou simple *garantie* de l'indépendance, les auteurs hésitent sur la manière d'appréhender la protection statutaire des juges (2). Avant d'envisager ce problème, les développements qui suivent se proposent d'opérer un bref retour en arrière : il doit permettre de montrer qu'avant de s'appliquer spécifiquement aux juges, les discours des auteurs sur la protection statutaire se rapportaient à l'ensemble des fonctionnaires en général (1).

¹³⁶⁵ « Niemand, namentlich weder der König selbst, noch sein Justizminister, hat das Recht, einem Gerichte Vorschriften zu ertheilen, wie es einen bestimmten Fall zu behandeln, oder welches Urtheil es über denselben zu fallen habe. Nur die Gesetze, — und so weit und wenn sie verbindliche Kraft haben — die allgemeinen Verordnungen können die amtliche Thätigkeit des Richters leiten ». R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, vol. 1 (Das Verfassungsrecht), 2^e éd., Laupp, Tübingen, 1840, p. 213.

¹³⁶⁶ « Die Gerichte (...) sind innerhalb der Grenzen ihren Berufes völlig selbstständig und unabhängig und deshalb keiner anderen Autorität, als der des Gesetzes unterworfen (...) so müssen sie nothwendig von jeder willkürlichen Einwirkung oder Trennung durch andere Organe unberührt bleiben ». L. Rönne, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, p. 186.

¹³⁶⁷ D'ores et déjà, il a été signalé qu'à partir surtout du début du XXe siècle la doctrine allemande parle de ce concept en employant l'expression « *persönliche Unabhängigkeit* ».

(1) Un discours concernant initialement tous les fonctionnaires

470. Le discours relatif à la protection statutaire *du juge* a surtout été énoncé dans les ouvrages doctrinaux à compter du début du XIXe siècle. Avant cette date, en particulier au cours du XVIIIe siècle, la littérature revendique une protection statutaire *pour l'ensemble* des fonctionnaires. Elle n'opère pas de distinction entre les fonctionnaires en général et les « juges-fonctionnaires ». Plathner explique que « *jusqu'ici* [jusqu'à la fin du XVIIIe siècle], *aucun examen spécifique n'avait été entrepris sur la position du juge* »¹³⁶⁸. Plus loin, il précise encore qu'il est frappant de constater que l'indépendance personnelle des juges « *trouve son origine dans la littérature à propos de l'irrévocabilité des fonctionnaires (Staatsdiener)* »¹³⁶⁹. Finalement, avant le début du XIXe siècle, les discours autour de de l'inamovibilité concernent donc indifféremment tous les fonctionnaires. C'est, par incidence, qu'ils s'appliquent aux juges, en tant qu'ils ressortent de la catégorie générale des fonctionnaires.

471. A partir de 1806/1807, un changement de paradigme se produit¹³⁷⁰ : dès lors, les auteurs commencent à différencier les fonctionnaires en général des juges. Plus précisément, ils parlent de l'inamovibilité en se référant spécifiquement aux juges. « *Tandis que l'ancien droit public allemand, en particulier sous l'influence de la théorie de Cramer, octroyait à tous les fonctionnaires sans différence de leur fonction, une protection étendue de leur position, le droit public moderne est à l'origine de la différence entre les juges-fonctionnaires et les autres et a accordé aux premiers des garanties beaucoup plus importantes qu'aux derniers* »¹³⁷¹, constate Hermann Schulze. Parmi les premiers auteurs¹³⁷² à opérer un début de

¹³⁶⁸ « *Bis hierher waren niemals besondere Untersuchungen über das Dienstverhältnis der Richter angestellt worden* ». G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 53.

¹³⁶⁹ « *Auffälligerweise war diese nicht zuerst von den Schriften über die sachliche Unabhängigkeit gefordert worden, sondern hatte ihre Quelle in der Lehre von der Unentlassbarkeit der Staatsdiener* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 70.

¹³⁷⁰ Pour le choix de la date, voir : *Id.*, pp. 60-61.

¹³⁷¹ « *Während das ältere deutsche Staatsrecht, besonders unter dem Einflusse der Cramer'schen Theorie, allen Staatsbeamten, ohne Unterschied ihrer Funktion, eine weitgehende Sicherung ihrer amtlichen Stellung einräumte, hat erst das neuere Staatsrecht einen Unterschied zwischen richterlichen und nichtrichterlichen Beamten begründet und ersteren viel grössere Garantien gewährt als letzteren* ». H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, pp. 89-90.

¹³⁷² Plathner cite aussi brièvement le nom de Friedrich Wilhelm Engler, dont les travaux datent de 1794 (F. W. Engler, *De muneribus publicis, justitiae sacerdotibus absque justa causa non auferendis*, Leipzig, Ex officina Saalbachia, 1794, 30 p.). Il estime toutefois que le raisonnement de l'auteur présente peu d'intérêt, car Engler ne fournit pas d'arguments novateurs et spécifiques fondant la protection statutaire des juges. G. Plathner, *op. cit.*, p. 53.

distinction figure – selon Plathner – Carl Salomo Zachariä (1769-1843). Michael Stolleis place Zachariä¹³⁷³ « *aux côtés des libéraux influencés par le droit rationnel, car (...) [il] prit comme point de départ le rationalisme kantien, qu'il développa dans nombre de ses écrits* »¹³⁷⁴. Le professeur d'histoire du droit nous rapporte que Zachariä s'intéresse à des domaines juridiques très divers, tels « *le droit civil et pénal, le droit ecclésiastique et féodal (...) [sans oublier] la théorie générale de l'Etat et [le] droit public* »¹³⁷⁵. En l'espèce, ce n'est pas l'un des ouvrages de droit public (à l'instar de *Vierzig Bücher vom Staate*, 5 vol., 1820-1832) de Zachariä qui retient notre attention, mais plutôt l'un de ses courts articles. L'article en question, datée de 1806, est intitulé « *sur le droit du roi [en tant que détenteur du pouvoir de juger] en Chursachsen (Saxe électorale) de destituer arbitrairement les officiers judiciaires* »¹³⁷⁶. A la question de savoir « *si les fonctionnaires peuvent être en général arbitrairement destitués d'après les principes précédemment évoqués* »¹³⁷⁷, Zachariä apporte une réponse différenciée en se fondant sur le principe de la séparation des pouvoirs. L'auteur – qui « *s'en tient à la traditionnelle répartition tripartite* »¹³⁷⁸ – fait l'apologie de l'inamovibilité des juges, mais pas des autres fonctionnaires. Il écrit que « *ces fonctionnaires, à qui l'exercice du pouvoir judiciaire est confié, ne peuvent pas être démis arbitrairement de leur fonction, mais seulement être déplacés d'après une décision judiciaire et selon le droit en raison des manquements commis. Car, l'indépendance de ce pouvoir par rapport à tous les autres relève de l'essence de l'État. Par contre, les fonctionnaires, qui sont affectés à l'exercice du pouvoir exécutif, peuvent être arbitrairement destitués de leur charge par le roi. Par conséquent, la dépendance absolue de ces fonctionnaires vis-à-vis de la tête du pouvoir exécutif est tout bonnement nécessaire, à partir du moment où le pouvoir exécutif doit avoir cette unité et cette force, sans lesquels l'État ne peut pas exister* »¹³⁷⁹. Avec un raisonnement

¹³⁷³ Pour de plus amples renseignements sur Zachariä, voir, notamment : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 58-60. *Id.*, pp. 210-213.

¹³⁷⁴ *Id.*, p. 210.

¹³⁷⁵ *Id.*, p. 210.

¹³⁷⁶ C. S. Zachariä, « *Ueber das Recht der Gerichtsherrn in Chursachsen die Gerichtsverwalter willkürlich zu entlassen* », *Annalen der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft in den Ländern des Churfürsten von Sachsen*, vol. 1, 1806, pp. 347-376.

¹³⁷⁷ « *ob Staatsdiener überhaupt zufolge jener Grundsätze willkürlich entlassen werden können* ». *Id.*, p. 367.

¹³⁷⁸ Ce sont les mots de Michael Stolleis : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 213.

¹³⁷⁹ « *Diejenigen Beamte, welchen die Ausübung der richterlichen Gewalt anvertraut ist, können von ihrem Amte nicht willkürlich entlassen, sondern desselben nur nach Urtheil und Recht verübter Vergehungen halber entsetzt werden. Denn die Unabhängigkeit dieser Gewalt von einer jeden anderen gehört zum Wesen des Staates. Diejenigen Beamten hingegen, welche zur Ausübung der vollziehenden Gewalt angestellt sind, können von dem Regenten willkürlich aus dem Dienste entlassen werden. Denn die unbedingte Abhängigkeit dieser Beamten von dem Haupte der exekutiven Gewalt ist schlechthin notwendig, wenn die executive Gewalt diejenige Einheit und Kraft haben soll, ohne welche der Staat nicht bestehen kann* ». C. S. Zachariä, *op. cit.*, p. 369. Déjà cité par Plathner : G. Plathner, *op. cit.*, p. 62.

identique, dans un article provocateur intitulé « Est-il opportun d'accroître ou de diminuer la dépendance des fonctionnaires de l'Etat vis-à-vis de leurs supérieurs ? », Ernst Ferdinand Klein (1743-1810)¹³⁸⁰ indique en 1806 que « *l'administration du droit requiert l'indépendance du juge de tout autre pouvoir (...) une pareille justification n'a pas sa place en ce qui concerne les fonctionnaires ordinaires* »¹³⁸¹. En définitive, à la suite des travaux de Zachariä et de Klein, le discours selon lequel *le juge* doit jouir d'une protection statutaire s'impose dans les travaux doctrinaux. Dès la première édition de son *Droit public* (1817), Klüber fait valoir que « *par les lois, il doit être établi que les juges ne puissent être destitués contre leur volonté autrement que par une décision judiciaire de la magistrature* »¹³⁸².

(2) Concept ou garantie de l'indépendance ? Les exemples des hésitations de Schulze, Pfeiffer ou Laband

472. Le problème a déjà été abordé longuement dans la partie relative à l'Angleterre¹³⁸³. A l'exemple de ce qui se passe Outre-Manche, les auteurs allemands ne saisissent pas tous de la même manière la question de la protection statutaire des juges. Les exemples de Hermann Schulze (1824-1888), Burkhard Wilhelm Pfeiffer (1777-1852) et Paul Laband (1838-1918) suffisent à démontrer l'existence de deux approches différentes : schématiquement, tandis que certains auteurs envisagent l'inamovibilité comme l'un des concepts de l'indépendance de la justice, d'autres la présentent plutôt comme une garantie de l'indépendance. Le premier groupe pense la protection statutaire comme un objectif *en soi-même*, autrement dit un impératif à atteindre. *A contrario*, le second groupe appréhende la protection statutaire comme un *instrument* pour servir un objectif, à savoir l'indépendance. Dans ce dernier cas, la protection statutaire n'est qu'un moyen parmi d'autres pour réaliser l'indépendance. D'autres moyens positifs seraient éventuellement envisageables pour atteindre l'indépendance.

¹³⁸⁰ L'article en question porte la mention anonyme. Plathner l'attribue à Klein.

¹³⁸¹ « *Die Rechtsverwaltung fordert die Unabhängigkeit der Richter von jeder anderen Gewalt (...) bei den übrigen Ämtern findet ein gleicher Grund nicht statt* ». Anonyme, « Ist es ratsam, die Abhängigkeit der Staatsbeamten von ihren Vorgesetzten zu vergrößern oder zu vermindern? », in E. F. Klein (dir.), *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preussischen Staaten*, Berlin, Nicolai, vol. 24, 1806, p. 79. Plathner cite déjà les propos de Klein. V. sur ce point : G. Plathner, *op. cit.*, p. 62.

¹³⁸² « *Durch Gesetze sollte feststehen, dass Richter gegen ihrem Willen anders nicht als durch gerichtliches Erkenntnis von dem Richteramt entfernt werden dürfen* ». (Nous soulignons). J. L. Klüber, *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1^e éd., Francfort, Andreäische Buchh., 1817, p. 782.

¹³⁸³ V. sur ce point : *Supra*, n° 318 et s.

473. Parmi les auteurs qui font de la protection statutaire un des concepts de l'indépendance figure Schulze¹³⁸⁴. Son ouvrage sur le droit public prussien, intitulé *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts* (1ère éd. en deux volumes : 1872-1877)¹³⁸⁵, se distingue par la clarté de sa structuration. A la différence, entre autres exemples de Rönne, Schulze concilie la méthode juridique avec l'histoire et la philosophie¹³⁸⁶. Pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, Schulze fait référence à la protection statutaire des juges dans le volume deux de son ouvrage au sein d'une subdivision consacrée aux « principes fondamentaux de la justice d'après le droit public allemand et prussien », dont « l'indépendance des tribunaux » fait partie¹³⁸⁷. Il énonce que tant l'interdiction des empiètements du monarque que la protection statutaire des juges constituent des significations de l'indépendance de la justice. Selon ses propres termes, « la proposition abstraite au terme de laquelle le monarque ne devrait exercer aucune influence sur les décisions des tribunaux, en tant qu'autorités, [autrement dit] l'interdiction de la dite justice de cabinet (*Kabinetsjustiz*) ne suffit pas. De manière à ce qu'effectivement la justice de cabinet ne soit pas pratiquée, la position personnelle du juge individuel doit être aussi indépendante que possible ; ils doivent jouir d'une position tellement sûre, qu'ils n'ont, sans crainte de quiconque (*Menschenfurcht*), qu'à suivre leur conscience et leur conviction juridique et n'ont pas à tenir compte des faveurs venant d'en haut ou d'en bas »¹³⁸⁸. Ce faisant, Schulze place, ainsi, la protection statutaire des juges au même plan que l'interdiction des empiètements du pouvoir exécutif. L'inamovibilité ne possède pas seulement une valeur instrumentale. A l'instar de la prohibition des influences en provenance de l'exécutif, elle est davantage une des *fins* à atteindre. Au demeurant, il faut encore apporter une dernière précision sur ce que signifie

¹³⁸⁴ Pour de plus amples renseignements sur Schulze, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 404-406. *Id.*, pp. 443-445.

¹³⁸⁵ La première édition du *Droit public prussien* de Schulze date de 1872 et 1877. Nous utilisons : H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1888-1890, 2 vol.

¹³⁸⁶ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 404.

¹³⁸⁷ Dans le deuxième volume, le §184 est intitulé « *Fundamentalsätze der Justiz nach deutschem und preussischem Staatsrechte* ». Il comprend trois sous-paragraphes : 1. « *Staatlicher Charakter aller Justiz* » ; 2. « *Unabhängigkeit der Gerichte* » ; 3. « *Öffentlichkeit und Mündlichkeit des Gerichtsverfahrens* ». Pour la sous-division 2. sur « l'indépendance des tribunaux », voir spécifiquement : H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, pp. 87-95.

¹³⁸⁸ « *Aber der abstrakte Satz, dass der Monarch keinen Einfluss üben dürfe auf die Entscheidungen der Gerichte, als Behörden, das Verbot der s. g. Kabinetsjustiz, genügt nicht. Damit thatsächlich doch nicht ein solcher geübt werde, muss auch die persönliche Stellung der einzelnen Richter eine möglichst unabhängige sein ; sie müssen in ihrem Amte so sicher sein, dass sie ohne Menschenfurcht, nur ihrem Gewissen und ihrer juristischen Ueberzeugung zu folgen und auf Gunst von oben oder unten keine Rücksicht zu nehmen brauchen* ». *Id.*, p. 89.

concrètement la protection statutaire des juges pour Schulze. Selon l'auteur, elle embrasse au minimum la nomination à vie des juges permanents¹³⁸⁹.

474. A l'opposé de Schulze, Pfeiffer et Laband sont au nombre des auteurs qui considèrent la protection des juges dans leurs statuts comme une simple garantie. D'ores et déjà, des détails sur le professeur Laband ont été fournis. Pour ce qui est de Pfeiffer¹³⁹⁰, il est non seulement l'auteur de plusieurs ouvrages juridiques et un homme politique, mais en plus il exerce les fonctions de juge. Régina Ogorek le décrit comme un partisan d'un Etat dans lequel prédomine le pouvoir judiciaire (*Justizstaatler*)¹³⁹¹. Elle indique qu'il lutte « *au tout premier plan pour le contrôle par la justice de toute la souveraineté* » et qu'au service de ce combat, il recourt – à l'instar de Rotteck – « *volontiers à la référence à la dépendance de la fonction judiciaire vis-à-vis de la loi* »¹³⁹². Tant les propos de Pfeiffer que ceux de Laband sont révélateurs de ce que les deux auteurs appréhendent la question de l'inamovibilité comme uniquement destinée à réaliser une finalité ultime : l'indépendance du juge. Dans son traité intitulé *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes [L'autonomie et l'indépendance de la magistrature]* publié en 1851, Pfeiffer parle de l'inamovibilité comme d'« *un moyen efficace pour garantir l'autonomie et l'indépendance de la magistrature contre des influences extérieures* »¹³⁹³. De manière plus tranchée, Laband estime que l'inamovibilité n'est pas un des éléments de définition de l'indépendance de la justice : elle ne constitue « *qu'un moyen pour garantir l'indépendance des autorités juridictionnelles dans l'exercice*

¹³⁸⁹ « *wenigstens müssen die in etatsmässige Stellen zu berufenden Richter stets lebenslänglich ernannt werden* ». *Id.*, p. 90.

¹³⁹⁰ Nous n'avons pas trouvé de renseignements sur Pfeiffer dans l'ouvrage *Histoire du droit public en Allemagne* de Michael Stolleis. Pour quelques informations bibliographiques sur l'auteur, consulter : K. H. L. Welker, « Pfeiffer, Burchard Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 20, 2001, pp. 324-325. Disponible en ligne : <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116162791.html> (consulté le 24/11/15) ; K. Wippermann, « Pfeiffer, Burkhard Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 25, 1887, pp. 633-634. Disponible en ligne : <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116162791.html?anchor=adb> (consulté le 24/11/15).

¹³⁹¹ R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, p. 221 (note n° 89).

¹³⁹² « *Andere wiederum (Mittermaier, Pfeiffer) kämpften in vorderster Front für die justitielle Kontrolle aller Hoheitsgewalt und bedienten sich in diesem Zusammenhang besonders gern des Hinweises auf die Gesetzesabhängigkeit richterlicher Tätigkeit* ». *Id.*, p. 231.

¹³⁹³ « *Ein vorzüglich wirksames Hilfsmittel, die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes gegen äußere Einwirkung sicher zu stellen, ist die Unabsetzbarkeit der Richter* ». (Nous soulignons) B. W. Pfeiffer, *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes : Ein Wort der ersten Mahnung*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1851, p. 319.

de leurs fonctions »¹³⁹⁴. Dit autrement, – et ce sont encore les mots de Laband –, l'inamovibilité n'est aucunement « *essentielle et indispensable* »¹³⁹⁵.

D. Quatrième concept : « L'organisation judiciaire (*Gerichtsverfassung*) ne peut être modifiée que par la loi »

475. Dès à présent, il faut faire deux remarques sur le quatrième concept (concept II B (1) dans la typologie). D'abord, contrairement aux premier, deuxième et troisième concept, il est un concept secondaire dans les travaux doctrinaux qui portent sur l'indépendance. Ensuite, il renvoie à la garantie du juge naturel. Précisément, le combat pour une organisation judiciaire fondée sur la loi a été entrepris avec la formule « personne ne doit être privé de son juge naturel ». Pour illustrer les liens entre le quatrième concept et la garantie du juge naturel, il suffit de citer les propos de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1775-1833)¹³⁹⁶. Il indique que « *la phrase : L'organisation judiciaire ne peut reposer que sur une loi, elle doit donc procéder du pouvoir législatif, – n'est nulle part énoncée de façon plus claire et avec moins d'ambiguïté que dans le paragraphe 8 du titre IV de la Constitution de Bavière : Personne ne doit être privé de son juge naturel* »¹³⁹⁷.

476. A n'en pas douter, Feuerbach est l'un des porte-paroles les plus célèbres du quatrième concept. Après des études de philosophie à Jena, Feuerbach se tourne vers le droit. Il opte brièvement pour la carrière universitaire entre 1799 et 1805 et se spécialise, surtout, en droit pénal. Par la suite, il choisit la pratique juridique. Entre 1805 et 1814, il est ministre de la justice de la Bavière et conduit, à ce titre, une importante réforme du droit pénal bavarois.

¹³⁹⁴ « *Die unabhängigere Stellung der richterlichen Beamten ist nur ein Mittel, um die unabhängige Amtstätigkeit der rechtsprechenden Behörden zu garantieren* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. I, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition de 1911), 1964, p. 142.

¹³⁹⁵ « *aber sie ist keineswegs wesentlich und unerlässlich* ». *Ibidem*.

¹³⁹⁶ Nous n'avons pas trouvé de renseignements sur Feuerbach – qui est, avant tout, pénaliste – dans l'ouvrage *Histoire du droit public en Allemagne* de Michael Stolleis. Pour quelques informations bibliographiques sur l'auteur, consulter : F. Merzbacher, « Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 5, 161, pp. 110-111. Disponible en ligne : <http://www.deutsche-biographie.de/sfz15927.html> (consulté le 24/11/15) ; H. Marquardsen, « Feuerbach, Paul Johann Anselm von », *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 6, 1877, pp. 731-745. Disponible en ligne : <http://www.deutsche-biographie.de/sfz15927.html> (consulté le 24/11/15).

¹³⁹⁷ « *Der Satz: die Gerichtsverfassung könne nur auf einem Gesetz beruhen, müsse also von der gesetzgebenden Gewalt ausgehen – ist nicht weniger deutlich und unzweideutig in dem § 8 Tit. IV. der Baierischen Verf. Urkunde ausgesprochen: Niemand darf seinem ordentlichen Richter entzogen werden* ». P. J. A. von Feuerbach, « *Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch blosse Verordnungen rechtsgültig geändert werden ?* », in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, p. 290. Dans cette citation, Feuerbach fait référence à la Constitution de Bavière de 1818, en particulier au deuxième alinéa du paragraphe 8 du titre IV.

Après 1815, il exerce les fonctions de juge à Bamberg et à Ansbach. En l'espèce, ce n'est pas l'un des importants travaux de droit pénal de Feuerbach qui nous intéresse, mais un de ses essais en date de 1833 intitulé « l'organisation judiciaire d'un Etat constitutionnel peut-elle être modifiée légalement par de simples règlements ? »¹³⁹⁸. Dans sa lutte, Feuerbach a aussi bénéficié de l'appui de son ami, Johann Ludwig Klüber (1762-1837). Klüber¹³⁹⁹ constitue « *la figure dominante de la science du droit public du Vormärz* »¹⁴⁰⁰. L'auteur – qui a aussi siégé à la diète de Francfort – s'inscrit dans la tradition du droit rationnel et est « *un libéral indépendant* »¹⁴⁰¹. C'est son *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten* [*Droit Public de la Confédération germanique et des Etats membres*] (1ere éd. : 1817)¹⁴⁰² qui retient ici notre attention. Dans cet ouvrage, Klüber cherche à « *créer un droit public commun à toute l'Allemagne par des comparaisons entre les différents droits publics, grâce à la mise en évidence d'éléments porteurs et éventuellement en comblant de légères lacunes à l'aide des principes du droit naturel* »¹⁴⁰³. Nous étudierons, en outre, une autre monographie de Klüber, entièrement consacrée à l'autonomie de la magistrature et l'indépendance de son jugement [*Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*] (1832)¹⁴⁰⁴.

477. Schématiquement, la théorie de Feuerbach et de Klüber peut être résumée *en deux points essentiels*¹⁴⁰⁵. Avant d'aborder ces deux éléments, il importe de faire savoir qu'au-delà de la théorie, le raisonnement de Feuerbach et de Klüber possède une résonance pratique sur le plan de la situation concrète au début du XIXe siècle. En effet, les deux auteurs ont notamment pour point commun d'écrire au départ en réaction à une atteinte dans la pratique

¹³⁹⁸ P. J. A. von Feuerbach, « Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch blosse Verordnungen rechtsgültig geändert werden ? », in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, pp. 178-228.

¹³⁹⁹ Pour de plus amples renseignements sur Klüber, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 79-83.

¹⁴⁰⁰ Ce sont les mots de Michael Stolleis. *Id.*, p. 79.

¹⁴⁰¹ *Id.*, p. 80.

¹⁴⁰² Le *Droit public* de Klüber a fait l'objet de quatre éditions. Nous utilisons : J. L. Klüber, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4e éd., Francfort, Andreäische Buchh., 1840, 962 p.

¹⁴⁰³ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 82.

¹⁴⁰⁴ J. L. Klüber, *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort, Andrea, 1832, 168 p.

¹⁴⁰⁵ La théorie de Feuerbach et de Klüber est, notamment, analysée dans le détail dans la thèse d'habilitation de Regina Ogorek. Pour Feuerbach, voir, en particulier : R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, pp. 344-350. Pour Klüber, voir, en particulier : *Id.*, pp. 350-355. Consulter aussi : U. Müssig, *Recht und Justizhoheit : Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2^e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 288-297.

au principe de l'indépendance de la justice. Tandis que Feuerbach s'oppose à la proposition faite par le ministre de l'intérieur bavarois de modifier l'organisation judiciaire du royaume de Bavière en recourant au pouvoir réglementaire sans passer par l'approbation des Chambres¹⁴⁰⁶, Klüber écrit contre un décret prussien du 25 janvier 1823 qui prive les juges du droit de trancher les différends sur le sens et l'applicabilité des traités internationaux et l'attribue au ministère d'Etat¹⁴⁰⁷. C'est à partir de ces deux tentatives différentes du gouvernement monarchique de modifier *par voie réglementaire* l'organisation judiciaire que chacun des auteurs construit une théorie de la justice, caractérisée par une stricte délimitation des compétences de la politique et de la justice.

478. Premier élément de la théorie de Feuerbach et de Klüber: les deux auteurs exigent que le monarque renonce à intervenir dans le domaine de l'organisation judiciaire. Jusqu'à récemment, l'organisation judiciaire constituait indiscutablement le domaine de compétence du gouvernement monarchique¹⁴⁰⁸: il pouvait s'y ingérer par des actes aux formes très diverses (loi, injonction, décret, règlement, etc.)¹⁴⁰⁹. Pour Feuerbach et Klüber, les interventions du gouvernement monarchique dans l'organisation judiciaire peuvent constituer des violations du principe d'indépendance. L'argument développé est que l'indépendance de la justice est détruite¹⁴¹⁰, si ce qui concerne l'organisation judiciaire est à la merci de son créateur, libre de la modifier selon son bon plaisir. « *Quiconque reçoit le pouvoir sans restriction sur l'organisation judiciaire, celui-là détient le pouvoir sur la justice elle-même* »¹⁴¹¹, affirme Feuerbach.

479. Deuxième élément: Feuerbach et Klüber revendiquent aussi le principe de légalité dans le domaine de l'organisation judiciaire (*gerichtsverfassungs-rechtlicher Gesetzesvorbehalt*).

¹⁴⁰⁶ « *Unmittelbarer Anlass seines Beitrags war der Plan des bayerischen Innenministeriums gewesen, die Gerichtsverfassung des Landes auf dem Verordnungswege, dass hieß also ohne Zustimmung des Ständeversammlung, neu zu organisieren. Der Versuch blieb letztlich erfolglos (...)* ». R. Ogorek, *op. cit.*, p. 349.

¹⁴⁰⁷ Nous faisons ici spécifiquement référence à la monographie de Klüber *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtspreche*, et non pas à son *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*. Pour de plus amples renseignements sur l'objet premier de *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtspreche*, voir: R. Ogorek, *Richterkönig oder Subsumtionsautomat? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, p. 350.

¹⁴⁰⁸ Die Gerichtsorganisation war « *unbestrittene Domäne der Regierungsgewalt* ». R. Ogorek, *op. cit.*, p. 345.

¹⁴⁰⁹ « *Dabei musste in vorkonstitutioneller Zeit nicht betont werden, dass sich dieses Regierungsrecht in verschiedenen Formen äußern konnte: als Gesetz, Befehl, Dekret, Verordnung – wie auch immer sich der Wille des Souveräns präsentierte, Verbindlichkeit kam ihm in jedem Fall zu* ». *Id.*, p. 346.

¹⁴¹⁰ « *Von Unabhängigkeit der Justiz (...) dürfte (...) nur noch im Scherze die Rede sein* ». P. J. A. von Feuerbach, *op. cit.*, p. 189.

¹⁴¹¹ « *In wessen Gewalt und Belieben die Justizverfassung gegeben ist, der hat die Justiz selbst in seiner Gewalt* ». *Id.*, p. 188.

Selon eux, il ne suffit pas que le souverain s'abstienne de démettre les juges insoumis. « *Personne ne peut trouver l'indépendance de la justice dans la seule promesse : qu'aucune destitution arbitraire avec perte de l'utilisation de l'office ne peut se produire pour aucun juge* »¹⁴¹², constate Feuerbach. Avant tout, il faut que l'organisation judiciaire ne puisse jamais être modifiée par la voie réglementaire. Sur le fondement de la séparation des pouvoirs, Feuerbach et Klüber établissent une stricte distinction entre les lois adoptées par le pouvoir législatif et les règlements adoptés par le pouvoir exécutif. De là, ils exigent que l'organisation judiciaire soit fixée par la loi adoptée par les assemblées. De manière rhétorique, Feuerbach s'interroge : « *L'organisation judiciaire doit donc résulter de la loi ; et comment en serait-il autrement possible ou envisageable ?* »¹⁴¹³. Il poursuit en indiquant : « *Mais l'administration de la justice trouve son fondement dans les tribunaux ; et les tribunaux trouvent leurs fondements dans l'organisation judiciaire ; cela est par conséquent le fondement de tout le système juridique et juridictionnel de l'Etat* »¹⁴¹⁴. Dans la même veine, Klüber allègue que « *dans un Etat constitutionnel (...) l'organisation judiciaire doit reposer sur une base légale, par conséquent procéder soit des Constitutions étatiques, soit des lois au sens strict, écrites ou non écrites, les lois non écrites incluant le droit de la raison* »¹⁴¹⁵. Il énonce aussi que « *toutes les dispositions positives, qui concernent l'organisation légale, (...) ne doivent pas être l'objet de déclarations de volonté venues d'en haut [du monarque], qui se présentent sous d'autres formes que la loi, c'est-à-dire en particulier des simples rescrits de Cabinet ou des rescrits ministériels, des décrets réglementaires, des règlements ou des prétendues ordonnances du pouvoir exécutif ou du pouvoir administratif* »¹⁴¹⁶. Régina Ogorek synthétise le deuxième point de la théorie de Feuerbach et de Klüber en ces termes : « *De leurs points de vue, il est de l'essence d'un Etat constitutionnel, que la justice soit*

¹⁴¹² « *In dem Versprechen: dass keines Richters beliebige Absetzung mit Verlust seiner Dienstesnutzung geschehen dürfte, - darin allein wird noch Niemand die Unabhängigkeit der Justiz selbst finden wollen* ». *Id.*, p. 189.

¹⁴¹³ « *Gesetzlich also soll die Justizverwaltung sein ; und wie wäre es anders möglich oder denkbar ?* ». *Id.*, p. 191.

¹⁴¹⁴ « *Aber die Verwaltung der Gerechtigkeit besteht in den Gerichten; und die Gerichte bestehen in der Gerichtsverfassung; diese ist folglich die Grundlage des gesamten Rechts- und Gerichtswesens im Staate* ». *Ibidem*.

¹⁴¹⁵ « *In constitutionellen Staaten muss ... die Gerichtsverfassung, auf gesetzlicher Grundlage ruhen, mithin hervorgehen entweder aus Staats-Grundgesetzen oder aus Gesetzen im engeren Sinn, geschriebenen oder ungeschriebenen, unter den letzten das Vernunftrecht mitbegriffen* ». J. L. Klüber, *Öffentliches Recht des Deutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4e éd., Francfort, Andreäische Buchh., 1840, p. 562.

¹⁴¹⁶ « *Alle positiven Bestimmungen, welche die Rechtsverfassung betreffen, gehören sonach in das Reich theils der constituierenden, theils der verfassungsmäßig gesetzgebenden Gewalt, keine in jedes der vollziehenden. Sie dürfen kein Gegenstand seyn von oberherrlichen Willenserklärungen, die unter anderer als Gesetzesform erscheinen, namentlich nicht von blossen Cabinet- oder MinisterialRescripten, reglementären Verfügungen, Verordnungen oder so genannten Ordonnanzen der Regierungs- oder AdministrativGewalt* ». (Nous soulignons). *Ibidem*.

indépendante et que cette indépendance soit assurée par des lois parlementaires. A l'opposé, les règlements apparaissent comme un outil du pouvoir exécutif qui permet de vider de leur sens les garanties constitutionnelles dans le domaine de l'organisation judiciaire et de ramener la justice dans le domaine d'influence du gouvernement »¹⁴¹⁷.

480. A présent que la théorie de Feuerbach et de Klüber a été analysée de manière approfondie, il convient de répondre à la question complexe de savoir ce que recouvre le concept d' « organisation judiciaire ». Feuerbach et Klüber ont tenté de fournir une solution à cette interrogation, même si, d'emblée, leurs définitions de l'organisation judiciaire apparaissent sensiblement différentes. D'abord, Feuerbach indique que l'organisation judiciaire fait référence à la hiérarchie des tribunaux établie par le droit (*Instanzen-Ordnung*). Les deux mots sont même synonymes pour l'auteur !¹⁴¹⁸ Feuerbach précise, toutefois, que l'organisation judiciaire ne renvoie pas, par contre, au nombre de tribunaux et aux questions de la compétence et du siège des tribunaux. Ces deux éléments continuent à relever au pouvoir monarchique¹⁴¹⁹. Ce faisant, Feuerbach cherche vraisemblablement à concilier le principe monarchique et la justice indépendante. De son côté, Klüber semble faire le choix d'une définition un peu plus large, en ce qu'il inclut, notamment, dans l'organisation judiciaire la compétence des tribunaux. Il explique que « *l'organisation judiciaire renvoie à la hiérarchie des tribunaux (die bestimmte Ordnung) selon les formes prescrites, en particulier ce qui concerne leur composition, l'étendue de leur activité et leur rapport les uns avec les autres* »¹⁴²⁰. Finalement, l'organisation judiciaire semble, en fait, faire référence, entre autres choses, aux questions de la hiérarchie des tribunaux, de leurs compositions ou de leurs compétences. Par l'expression générique « organisation judiciaire », il faut entendre non pas l'exercice intrinsèque de l'activité juridictionnelle du juge (la prise de décision), mais plutôt ce qui concerne *indirectement* cette activité juridictionnelle. Cette tentative de

¹⁴¹⁷ « *Nach ihrer Auffassung gehört es zum Wesen eines konstitutionellen Staates, dass die Justiz unabhängig ist und diese Unabhängigkeit durch parlamentarische Gesetze gesichert wird. Demgegenüber erscheint die Verordnung als ein Medium exekutiver Maßnahmegewalt, mit dessen Hilfe im Bereich der Gerichtsorganisation die verfassungsmäßigen Garantien ausgehöhlt und die Justiz in den Einflussbereich der Regierung zurückgeholt werden soll* ». R. Ogorek, *op. cit.*, p. 366.

¹⁴¹⁸ P. J. A. von Feuerbach, *op. cit.*, p. 221.

¹⁴¹⁹ « *Der König bestimmt nach eigenem Ermessen (ohne dazu der Beistimmung der Stände des Reichs zu bedürfen) die erforderliche Zahl der Gerichte, so wie die Gerichtssprengel und Gerichtssitze ; was hingegen im übrigen die Verfassung der Gerichte selbst (die Instanzen-Ordnung) betrifft, so bleibt dieselbe der Gesetzgebung (dem Vorschlag des Staatsoberhaupts und der Zustimmung der Stände des Reiches) vorbehalten* ». *Id.*, p. 222. V. aussi: *Id.*, p. 221.

¹⁴²⁰ « *Die Gerichtsverfassung (GerichtsOrganisation) ist die bestimmte Ordnung der Gerichte, in Absicht auf ihre Zusammensetzung, den Umfang ihrer Wirksamkeit und ihr Verhältnis zu einander* ». J. L. Klüber, *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4e éd., Francfort, Andreäische Buchh., 1840, p. 564.

définition de l'organisation judiciaire n'est, du reste, pas démentie par les propos d'un autre auteur Georg Friedrich Kolb (1808-1884). Dans le *Staatslexikon*, il montre que l'indépendance de la justice implique notamment qu' « *une nouvelle organisation des tribunaux ne peut résulter que de la voie légale, donc seulement avec le concours des assemblées, non pas au moyen de simples ordonnances (...) la composition de chacune des divisions (sections, chambres, etc.) des tribunaux importants ne doit pas faire l'objet d'influences extérieures* »¹⁴²¹.

481. A n'en pas douter, *l'interdiction des tribunaux d'exception* – qui est expressément consacrée dans plusieurs constitutions¹⁴²² – constitue l'une des manifestations concrètes les plus évidentes de la nécessité de fonder l'organisation judiciaire sur la loi¹⁴²³. Précisément, la prohibition de modifier l'organisation judiciaire par la voie réglementaire implique que les organes exécutifs ne doivent jamais établir de tribunaux d'exception. Nombreux sont les auteurs qui s'élèvent contre la mise en place de tribunaux d'exception au nom du principe de légalité de l'organisation judiciaire. Tel est le cas de Feuerbach. Il proteste contre l'établissement des tribunaux d'exception en se référant spécifiquement au risque de la tyrannie et de l'arbitraire. Il renvoie aussi expressément à la violation du principe d'égalité devant la loi et au principe de non rétroactivité¹⁴²⁴. Un autre exemple d'auteur s'opposant aux tribunaux d'exception est Rotteck. Dans le troisième volume de son *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, il nous dit : « *Le principe: "Personne ne doit être jugé par un autre que son juge naturel" est non seulement un principe constitutionnel, mais en plus une exigence de la raison (vernunftsrechtlicher). Si le gouvernement a le pouvoir*

¹⁴²¹ « *Neue Gerichtsorganisationen sollen nur auf gesetzlichem Wege, also nur unter Mitwirkung der Stände, nicht durch bloße Ordonnanzen, erfolgen können (...) Ebenso muss auch die Componirung der einzelnen Abtheilungen (Sectionen, Kammern, Senate u.s.w.) der größern Gerichte aller äußern Einwirkung entrückt sein* ». G. F. Kolb, « Justiz (Deren Unabhängigkeit und Hauptgrundlage ihrer richtigen Organisation) », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, p. 31.

¹⁴²² Pour rappel, le droit positif constitutionnel ne consacre pas directement le concept « l'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi ». Il renvoie, par contre, explicitement à son application concrète : l'interdiction des tribunaux d'exception. V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 435.

¹⁴²³ Günther Plathner présente l'interdiction des tribunaux d'exception comme ayant « *souvent été traité en dehors du concept de l'indépendance de la justice, alors qu'il en fait, en fait, directement partie* » (« *Diese Gruppe von Forderungen wurde vielfach aus dem Institut der richterlichen Unabhängigkeit herausgelöst, obwohl sie eigentlich unmittelbar dazu gehört* »). G. Plathner, *op. cit.*, p. 73.

¹⁴²⁴ « *Um gegen solche Schein-Justiz, dieses blos dienstbare Werkzeug der Tyrannei, die Menschheit, wo möglich, für immer zu bewahren, wurde es als Staatsgrundgesetz ausgesprochen: dass nur das allgemeine, allen Bürgern gleiche, alle künftige Fälle im Voraus regelnde Gesetz, niemals das, erst für den einzelnen Fall sich aussprechende, Machtgebot des Regenten, das Gericht zu bestimmen habe, von welchem ein Bürger Recht nehmen müsse* ». (Nous soulignons) P. J. A. von Feuerbach, « Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch blosse Verordnungen rechtsgültig geändert werden ? », in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, p. 209.

d'établir des juges extraordinaires ou des commissions ou des cours de justice prévôtales, ou peu importe les dénominations données aux instruments de l'arbitraire et de la tyrannie, alors il n'est plus question de droit. Il est alors question de camouflage (Verschleierung) de finalités violentes et tyranniques grâce à la mise en place de formes surnoises. Il est alors question de parodie du droit au lieu de protection du droit »¹⁴²⁵.

482. Pour finir, il faut encore souligner que si le quatrième concept est fermement soutenu par, entre autres, Feuerbach et Klüber, il est, toutefois, aussi combattu par une partie de la science du droit constitutionnel allemande. Sans rentrer dans les détails, certains auteurs dits « conservateurs » – à l'instar de Justin Timotheus Balthasar Linde, Heinrich Zöpfl ou Hermann Bischof, cités par Regina Ogorek¹⁴²⁶ – conçoivent clairement le quatrième concept comme une nouvelle atteinte à la sphère de compétence du gouvernement. Régina Ogorek résume leur position en faisant valoir que « *les normes relevant de l'organisation ressortaient traditionnellement du droit public et ainsi, du domaine d'action de l'exécutif. La revendication d'une organisation fondée sur les lois (Organisationsgesetzen) a donc été considérée comme une main mise de la représentation nationale sur un domaine du pouvoir politique, qui, jusque là, était resté en dehors des exigences de la participation (parlementaire) »¹⁴²⁷. Maurenbrecher souscrit incontestablement à cette manière de concevoir les choses. Dans ses *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts* déjà cité¹⁴²⁸, au sein d'une subdivision sur « *les limitations constitutionnelles du pouvoir judiciaire* »¹⁴²⁹, l'auteur permet, dans certains cas, au monarque de mettre en place des tribunaux d'exception. Sur le principe, Maurenbrecher reconnaît la garantie du juge naturel et soutient l'interdiction des tribunaux d'exception, qui lui est associée. Pourtant, dans une note de bas de page, au terme d'une interprétation du droit positif constitutionnel (en particulier de la Constitution de*

¹⁴²⁵ « *Der Grundsatz: "Niemand darf von einem andern als seinem ordentlichen Richter gerichtet werden", ist abermal nicht nur ein constitutioneller, sondern ein allgemein vernunftrechtlicher. Wenn die Regierung die Macht hat, außerordentliche Richter oder Commissionen oder Prevotalgerichte, oder wie man immer solche Werkzeuge der Willkür und der Tyrannei nennen mag, aufzustellen, so ist eben vom Recht gar nicht mehr die Rede, sondern blos von Verschleierung gewalthätiger und tyrannischer Absichten durch arglistig festgestellte Formen, mithin nur von Verhöhnung des Rechtes statt von dessen Schutz* ». K. von Rotteck, *Lehrbuch des Vernunftrechts und der Staatswissenschaften*, 1e éd., vol. 3 (Lehrbuch der materiellen Politik), Stuttgart, Hallberg, 1834, p. 248.

¹⁴²⁶ R. Ogorek, *op. cit.*, pp. 348-349.

¹⁴²⁷ « *Organisationsnormen gehörten traditionell in das öffentliche Recht und damit zum Aktionsfeld der Exekutive. Die Forderung nach Organisationsgesetzen wurde deshalb als Griff der Volksvertretungen in einen Bereich der politischen Gewalt gewertet, der bis dahin von Partizipationsansprüchen freigeblieben war* ». R. Ogorek, *op. cit.*, p. 367.

¹⁴²⁸ R. Maurenbrecher, *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Varrentrapp, 1837, 589 p. Déjà, il a été indiqué que Maurenbrecher permet au roi de rendre la justice à chaque fois que le bien public l'exige. V. sur ce point : *Supra*, n° 460.

¹⁴²⁹ « *Von den verfassungsmässigen Beschränkungen der richterlichen Gewalt* ». *Id.*, p. 339.

Hanovre de 1833 et de la Constitution de Brunswick de 1832), il estime que le principe du juge naturel *ne doit pas* être entendu comme signifiant « (...) *qu'il ne peut pas y avoir, pour les cas qui sont déterminés par la loi (par ex., à cause d'un soupçon de partialité ou d'influences extérieures fâcheuses), transferts de la compétence juridictionnelle et instauration de commissions, de tribunaux militaires (par ex., en état de guerre du pays) et autres* »¹⁴³⁰.

E. Cinquième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge »

483. D'ores et déjà, il a été indiqué que le droit de confirmation, qui existait en matière pénale, est une conséquence directe de l'obligation qu'avaient les tribunaux de soumettre, en matière pénale, au chef de l'Etat leur décision de justice avant la publication¹⁴³¹. A l'instar du quatrième concept, le cinquième concept (concept II A (1) c dans la typologie) fait figure de concept périphérique. Au cours du XVIIIe siècle, il est quasiment totalement absent dans les ouvrages doctrinaux. Hormis quelques très rares exceptions, les auteurs ne s'opposent pas à la prérogative royale de confirmer les jugements en matière pénale. « *Au tournant du siècle [du XVIIIe siècle], le droit de confirmation des jugements pénaux était un principe incontesté* »¹⁴³², constate Plathner. Au mieux, les auteurs se contentent de prescrire une limitation du champ d'application de la confirmation aux jugements à l'issue desquels une longue peine privative de liberté ou une peine de mort a été prononcée¹⁴³³. Au soutien du droit de confirmation du souverain en matière pénale, les auteurs développent au moins deux arguments, qui sont synthétisés par Plathner : d'abord, ils fondent le droit de confirmation en matière pénale sur les liens étroits qui unissent la fonction exécutive au droit pénal. Ils font valoir qu'en matière pénale, les intérêts du prince sont directement concernés. Ensuite et surtout, ils justifient le droit de confirmation en matière pénale en le rattachant à la fonction exécutive. Etant donné que l'exécution des décisions est du ressort du gouvernement monarchique, l'indépendance de la justice n'est absolument pas atteinte. « *On s'était rassuré*

¹⁴³⁰ « (...) *dass nicht in den gesetzlich bestimmten Fällen (z. B. wegen Verdachts der Parteilichkeit oder störender äusserer Einflüsse) Uebertragungen der Gerichtsbarkeit und Einsetzungen von Commissionen, Militairgerichten (z. B. im Kriegszustande des Landes) und dergleichen sollten stattfinden können* ». *Id.*, p. 341 (note n° (c))

¹⁴³¹ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 437.

¹⁴³² « *Um die Wende des Jahrhunderts war das Recht der Bestätigung von Strafurteilen unbestrittene Lehre* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 47.

¹⁴³³ *Id.*, pp. 47-48.

en expliquant que la confirmation se rapporte seulement à l'exécution des jugements pénaux »¹⁴³⁴, indique Plathner.

484. C'est approximativement à compter du début du XIXe que le cinquième concept est plus fréquemment consacré dans les ouvrages doctrinaux. L'un des éléments déclencheurs – parmi d'autres – est une célèbre affaire judiciaire qui commence en 1816: il s'agit de l'affaire Fonk¹⁴³⁵. Pour ce qui nous intéresse, les faits de l'affaire ont relativement peu d'importance. Il suffit de signaler que Fonk, un négociant de Cologne, est accusé de meurtre et jugé par la Cour d'assise de Trèves. Plus important est qu'à l'issue de son procès en 1822, Peter Anton Fonk est condamné à la peine de mort et qu'à partir de là, un conflit ouvert entre le monarque prussien et la Cour d'assise survient. D'un côté, le roi, Frédéric-Guillaume III (1770-1840), refuse de confirmer le jugement pénal, ce qui aboutit, en fait, à annuler la sanction prononcée. De l'autre, la Cour d'assise s'oppose à la prérogative royale. Elle fait valoir que seule une procédure officielle de grâce peut être employée. Finalement, le roi remporte la victoire : il ne donne pas sa confirmation à la décision de la Cour d'assise et Fonk est libéré¹⁴³⁶. Par effet de rebond, le conflit rejaillit sur la doctrine. A compter de 1822, les auteurs se divisent sur la question du *Bestätigungsrecht*. Schématiquement, deux groupes peuvent être distingués. Tandis que certains continuent à soutenir le droit du monarque de confirmer les jugements, d'autres – de plus en plus nombreux – s'y opposent catégoriquement. Les auteurs du second groupe associent le refus du monarque de confirmer un jugement pénal à une violation de l'indépendance de la justice.

485. Carl Friedrich von Gerber (1823-1891)¹⁴³⁷ – sans toutefois aller jusqu'à défendre la confirmation pour l'ensemble des peines pénales – continue à admettre le droit de confirmation *dans certains cas*. L'œuvre constitutionnelle de Gerber comprend

¹⁴³⁴ « Man hatte sich aber darüber beruhigt, dass sich die Bestätigung nur auf die Vollziehung von Strafurteilen erstrecke ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 90.

¹⁴³⁵ Pour de plus amples renseignements sur l'affaire Fonk, voir: G. Plathner, *op. cit.*, pp. 90-96. V. surtout : I. S. Reuber, *Der Kölner Mordfall Fonk von 1816 : Das Schwurgericht und das königliche Bestätigungsrecht auf dem Prüfstand*, Cologne, Böhlau, 2002, 171 p.

¹⁴³⁶ G. Plathner, *op. cit.*, p. 92.

¹⁴³⁷ Pour de plus amples renseignements sur Gerber, voir : O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 11-63 ; M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 447-456. Disponible en ligne (sans pagination) sur le site d'Olivier Jouanjan : <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxbvG12aWVyam91YW5qYW58Z3g6N2QwMjk0ZTI5MTgyOTljMQ> (consulté le 24/11/15).

essentiellement deux ouvrages : il s'agit, d'abord, du *Traité sur les droits publics*, publié en 1852 (*Über öffentliche Rechte*)¹⁴³⁸. Il s'agit, ensuite, des *Principes (d'un système) du droit public allemand*, publié en 1865 (*Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*)¹⁴³⁹. Le nom de Gerber a déjà été mentionné dans les développements consacrés à Laband, car le dernier est considéré comme l'« exécuteur testamentaire intellectuel de Gerber »¹⁴⁴⁰. Plus que dans le *Traité sur les droits publics*, c'est surtout dans les *Principes du droit public allemand* que Gerber propose un programme véritablement scientifique du droit public¹⁴⁴¹, repris et développé, par la suite, par Laband. Précisément, dans la seconde monographie, Gerber propose une théorisation de l'époque post-révolutionnaire de 1848. A cet égard, il explique dans la préface de l'ouvrage: « Il existe indiscutablement le besoin d'une précision plus tranchée et plus correcte des concepts dogmatiques fondamentaux »¹⁴⁴². Sur la systématisation du droit public par Gerber dans les *Grundzüge*, Jacky Hummel écrit encore : « Gerber s'attache à proposer une théorie juridique de cette forme politique [la monarchie constitutionnelle] afin d'en assurer la solidité et la capacité à durer »¹⁴⁴³. En pratique, les textes sont très peu cités. Au fond, il s'agit surtout pour le professeur de Leipzig de dégager « un système de concepts a priori immuables »¹⁴⁴⁴. Surtout et pour ce qui nous concerne, c'est dans les *Grundzüge* que Gerber s'intéresse à la justice, et en particulier à l'indépendance de la justice. Au sein du §55 consacré à « l'activité judiciaire »¹⁴⁴⁵, l'auteur examine, en particulier, le droit de confirmation du monarque. Il explique que le souverain doit confirmer, par exception, les jugements à l'issue desquels le coupable est condamné à mort ou à une peine lourde. Selon ses propres termes, « les décisions définitives prononcées par les tribunaux sont exécutées par la puissance publique. Les jugements n'ont pas besoin de confirmation du monarque, hormis ceux dont le prononcé est la peine de mort ou d'autres

¹⁴³⁸ C. F. W von Gerber, *Über öffentliche Rechte*, Tübingen, Laupp, 1852, 107 p.

¹⁴³⁹ C. F. W. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, 208 p.

¹⁴⁴⁰ « als der geistige Testamentsvollstrecker Gerbers ». R. von Stintzing, E. Landsberg, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft*, III/2, Munich, Oldenbourg, 1910, p. 833. Cité par O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, p. 11.

¹⁴⁴¹ Voir sur ce point : O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, pp. 11-63 ; spéc. p. 13 ; surtout pp. 53 et s.

¹⁴⁴² « Zunächst besteht unläugbar das Bedürfniss einer schärferen und correcteren Präcisirung der dogmatischen Grundbegriffe ». C. F. W. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, p. VII.

¹⁴⁴³ J. Hummel, *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : le modèle allemand de la monarchie limitée*, thèse, Paris, PUF, p. 236.

¹⁴⁴⁴ O. Jouanjan, « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *op. cit.*, p. 44.

¹⁴⁴⁵ § 55 : « Die richterliche Thätigkeit ». C. F. W. von Gerber, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, pp. 168 et s.

peines de la plus haute nature »¹⁴⁴⁶. Selon toute apparence, le soutien affiché par Gerber à la confirmation des jugements pénaux dans certains cas trouve notamment son explication dans sa conception d'une puissance monarchique forte¹⁴⁴⁷. Selon Gerber, « *le monarque est l'organe suprême de la volonté de l'Etat. Sa volonté doit valoir comme volonté générale, comme volonté de l'Etat* »¹⁴⁴⁸. L'auteur ajoute encore que la tâche des assemblées représentatives n'est pas « *d'être les maîtres, mais [elle est] limitée à compléter la volonté régnante du monarque* »¹⁴⁴⁹.

486. A l'inverse de Gerber, le criminaliste Eduard Henke (1783-1869), cité par Plathner, est l'un des premiers auteurs qui prend expressément position contre la confirmation du monarque en matière pénale dans tous les cas. Dans son célèbre *Manuel de droit criminel et de politique criminel* [*Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*] (4 vol. : 1823-1838), il écrit que la confirmation « *anéantit l'autonomie des tribunaux et est également seulement de nature à faire naître des doutes et des suspicions à l'égard de l'indépendance de la fonction juridictionnelle pénale* »¹⁴⁵⁰. Le publiciste Rönne s'inscrit directement dans la lignée d'Henke. Au sein du premier tome de son *Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, en particulier dans le paragraphe 54 relatif à l'« *exercice exclusif de celui-ci [du pouvoir judiciaire] dans des tribunaux autonomes et indépendants* »¹⁴⁵¹, Rönne tire du principe de l'indépendance de la justice deux conséquences (numérotées a et b)¹⁴⁵² : la première renvoie au deuxième concept (concept I A (1) dans la typologie). Rönne nous dit que « *personne, pas même le roi lui-même ou le ministre de la justice, n'a le droit de donner des instructions à un tribunal (...)* »¹⁴⁵³. La seconde conséquence fait directement référence au cinquième concept dont il est ici question. Rönne exprime très clairement que « *les décisions des cours de justice ne nécessitent pas pour être valides une confirmation d'un autre organe de l'Etat ou d'une*

¹⁴⁴⁶ « *Die von den Gerichten gesprochenen rechtskräftigen Erkenntnisse werden von der Staatsgewalt vollzogen. Sie bedürfen, abgesehen von den auf Todesstrafe oder andere Strafen der höchsten Art lautenden Erkenntnissen, keiner Bestätigung des Monarchen* ». *Id.*, p. 170.

¹⁴⁴⁷ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 462.

¹⁴⁴⁸ « *Der Monarch ist das oberste Willensorgan des Staates. Sein Wille soll als allgemeiner Wille, als Wille des Staates gelten* ». *Id.*, p. 72.

¹⁴⁴⁹ « *Ihre Aufgabe ist nicht : zu herrschen, sondern beschänkend zu dem herrschenden Willen des Monarchen hinzutreten* ». *Id.*, p. 119.

¹⁴⁵⁰ « *die Selbständigkeit der Gerichte vernichtet und (...) nur dazu geeignet ist, Zweifel und Besorgnisse wegen der Unabhängigkeit der Strafrechtspflege zu erregen* ». E. Henke, *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 4e vol., Berlin, Nicolai, p. 759. Déjà cité par : G. Plathner, *op. cit.*, pp. 94-95.

¹⁴⁵¹ § 54 : « *Ausschließliche Ausübung derselben durch selbständige und unabhängige Gerichte* ». L. von Rönne, *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, vol. 1, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856, p. 185.

¹⁴⁵² « *Aus diesem Grundsatz [dem Grundsatz richterlicher Unabhängigkeit] ergeben sich nachstehende Folgerungen* ». *Id.*, p. 186.

¹⁴⁵³ « *a) Niemand, namentlich weder König selbst, noch der Justizminister, hat das Recht, einem Gerichte Vorschriften darüber zu ertheilen* ». *Ibidem*.

autre personne »¹⁴⁵⁴. Il n'admet aucune exception au principe. Sur le cinquième concept, Rönne apporte encore une précision. Il explique que le cinquième concept n'est, en fait, pas inscrit dans le droit positif constitutionnel prussien. Il procède plutôt d'une déduction à partir du principe général de l'indépendance de la justice qui est inscrit dans l'article 86 de la Constitution de Prusse de 1850. « *Ce principe n'est certes pas formulé expressément dans la Constitution de Prusse de 1850, mais il découle de lui-même du principe de "l'indépendance" des tribunaux expressément inscrit dans l'article 86* »¹⁴⁵⁵, indique Rönne¹⁴⁵⁶.

§2. Les deux concepts non consacrés

487. A l'occasion de l'étude des concepts de l'indépendance dans le droit positif constitutionnel, il a été indiqué que deux concepts n'étaient pas repris dans les textes des Constitutions. Précisément, la très grande majorité des textes constitutionnels ne consacre ni l'interdiction pour le chef de l'Etat (qu'il soit roi, grand-duc, prince, empereur) de mettre un terme à une procédure pénale en cours avant un jugement, ni même l'interdiction pour lui de changer la peine décidée dans un jugement pénal. Comme dans le droit positif constitutionnel, les deux concepts en question – Premier concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours » (A) (concept II A (1) b dans la typologie) ; Deuxième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal » (B) (concept II A (1) c dans la typologie) – ne sont également pas consacrés dans les ouvrages doctrinaux. La science du droit constitutionnelle allemande ne fait quasiment jamais valoir que la possibilité pour le chef de l'Etat d'annuler une procédure pénale en cours avant un jugement ou celle de modifier la peine décidée dans un jugement pénal représente une violation de l'indépendance de la justice. « *A l'époque ni l'une ni*

¹⁴⁵⁴ « *b) Die Entscheidungen der Gerichtshöfe bedürfen zu ihrer Gültigkeit nicht der Bestätigung einer anderen Staatsbehörde oder Person* ». *Id.*, p. 188.

¹⁴⁵⁵ « *Dieser Grundsatz ist zwar in der Verf.-Urk. nicht ausdrücklich ausgesprochen, ergibt sich indeß von selbst aus dem im Art. 86 ausgedrückten Prinzip der „Unabhängigkeit“ der Gerichte* ». *Ibidem*. Pour rappel, l'article 86 de la Constitution de Prusse de 1850 dispose que « *le pouvoir judiciaire est exercé au nom du roi par (...) des tribunaux indépendants. Les jugements sont rendus et exécutés au nom du roi* ». (« *Die richterliche Gewalt wird im Namen des Königs durch (...) unabhängige Gerichte ausgeübt. Die Urtheile werden im Namen des Königs ausgefertigt und vollstreckt* »).

¹⁴⁵⁶ Dans la même veine, Schulze affirme : « *Les décisions judiciaires n'ont jamais besoin pour être valides de la confirmation d'une autre personne ou d'un organe de l'Etat* ». (« *Auch bedürfen richterliche Entscheidungen niemals der Bestätigung einer anderen Person oder Behörde zu ihrer Gültigkeit* »). (Nous soulignons). H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, pp. 89-90.

l'autre n'est critiquée comme une restriction inadmissible à l'autonomie du jugement »¹⁴⁵⁷, nous dit Plathner. S'il existe quelques auteurs qui allèguent une atteinte à l'indépendance de la justice, ils demeurent rares. Du reste, il faut, dès à présent, souligner que la possibilité pour le chef de l'Etat d'annuler une procédure pénale en cours avant un jugement et celle de modifier la peine décidée dans un jugement pénal ne sont pas examinées séparément par les auteurs. Etant donné qu'elles renvoient toutes les deux à une mesure de clémence décidée par le roi en matière pénale, elles sont, le plus souvent, étudiées en bloc et regroupées sous l'appellation « *Begnadigung* ». Parfois même, elles sont confondues dans les ouvrages doctrinaux, de telle sorte qu'il existe un amalgame entre les deux facultés reconnues au roi¹⁴⁵⁸.

A. Premier concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours »

488. Pour rappel, la doctrine se réfère à la prérogative reconnue au chef de l'Etat d'annuler une procédure pénale en cours en parlant tantôt du droit d'abolition tantôt du droit de grâce au sens large¹⁴⁵⁹. Par droit d'abolition ou droit de grâce au sens large, il faut entendre « *la faculté de classer sans suite toute la procédure contre un prévenu, soit que l'instruction ne soit pas encore ouverte, soit qu'au moins le jugement n'ait pas encore été prononcé* »¹⁴⁶⁰. Concrètement, il est question pour le souverain d' « *annuler ou [de] classer sans suite le procès lui-même avec ses conséquences avant le prononcé du jugement* »¹⁴⁶¹.

¹⁴⁵⁷ « *In der Zeit weder das eine noch das andere ist als unzulässige Beschränkung der Selbständigkeit des richterlichen Urteils beanstandet worden* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 97. Dans le même sens, Simon Schmon indique qu' « *à l'inverse du droit de confirmation, le droit du roi de gracier (au sens strict) tout comme l'abolition ont été, de manière générale, acceptés par la grande majorité de la doctrine* » (« *Im Gegensatz zum Bestätigungsrecht wurde das Recht des Landesherrn zur Begnadigung (im engeren Sinne) als auch die Abolition vom überwiegenden Teil der Staatslehre allgemein gebilligt* »). S. Schmon, *Machtspruch und Gesetzesherrschaft: das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists « Prinz Friedrich von Homburg* », Cologne, Böhlau, 2007, p. 61.

¹⁴⁵⁸ « *Diese Zusammenfassung der ihrem rechtlichen Wesen nach verschiedenen Institute führte zu einer Vermischung* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁵⁹ V. sur ce point : *Supra*, n° 440.

¹⁴⁶⁰ « *Das Abolutions-Recht des Königes besieht in der Befugniß, alles Verfahren gegen einen Angeschuldigten niederzuschlagen, sey es, daß die Untersuchung noch gar nicht eröffnet, sey es, daß wenigstens das Urtheil noch nicht gefällt ist* ». R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 1 (Das Verfassungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, pp. 219-220.

¹⁴⁶¹ « (...) *Abolition, welche vor dem gefällten Urtheile den Proceß selbst mit seinen Folgen aufhebt oder niederschlägt* ». C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 263.

489. Il existe un large consensus dans la littérature à propos de la faculté offerte au chef de l'Etat d'annuler une procédure pénale en cours. La science du droit public ne questionne, en général, pas sa contradiction avec l'indépendance de la justice. Elle affirme la compatibilité entre la possibilité pour le chef de l'Etat d'annuler une procédure pénale avant un jugement et l'indépendance de la justice. Plathner explique que « *l'examen de l'abolition dans son rapport à l'indépendance de la justice n'est venu que plus tard* »¹⁴⁶². Dans le volume un de son *Staatsrecht* au sein du paragraphe 37 consacré au droit de grâce et au droit d'abolition (*Begnadigungs- und Abolitions-Recht*), Mohl indique que « *le droit constitutionnel (...) d'abolition détenu par le roi dans les affaires pénales n'entre pas en contradiction avec l'indépendance de la justice en qui concerne le verdict des affaires judiciaires (...)* »¹⁴⁶³. Même Carl Theodor Welcker¹⁴⁶⁴ n'interroge pratiquement pas le droit d'abolition au regard du principe de l'indépendance de la justice. Welcker est notamment l'auteur d'un long article intitulé « grâce, abolition et droit de grâce » (« *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* ») publié dans le *Staatslexikon [Dictionnaire de l'Etat]* (1ère éd. en 15 volumes: 1834-1843)¹⁴⁶⁵. Le *Staatslexikon*, qu'il dirige avec Rotteck, est fréquemment qualifié de « *“bible” du libéralisme d'Allemagne du sud-ouest* »¹⁴⁶⁶. L'auteur lui-même est renommé pour ses positions libérales. « *Les presque 200 articles qu'il a rédigés dans le Staats-Lexikon (...) témoignent d'une emphase libérale* »¹⁴⁶⁷, nous dit Michael Stolleis. Pourtant, alors qu'au vu de ces deux éléments, le lecteur aurait peut-être pu s'attendre à ce que Welcker soulève la question de l'atteinte portée par le droit d'abolition au principe de l'indépendance de la justice, il est, en fait, plutôt obligé de constater que Welcker ne s'intéresse pas au problème.

¹⁴⁶² « *Die Untersuchung der Abolition in ihrem Verhältnis zur richterlichen Unabhängigkeit blieb einer späteren Zeit vorbehalten* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 98.

¹⁴⁶³ « *Nicht im Widerspruche mit dieser Unabhängigkeit der Gerichte hinsichtlich ihrer Aussprüche in der einzelnen Rechtssache, noch mit der ohne Bestätigung eintretenden Rechtskraft ihrer Urtheile steht das verfassungsmäßige Begnadigungs- und Abolitions-Recht des Königs in Straffällen* ». (Nous soulignons). R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 1 (Das Verfassungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, p. 217.

¹⁴⁶⁴ Pour une brève présentation de Welcker, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 221-222. Le nom de Welcker a déjà été mentionné dans cette section : il a été indiqué que Welcker a une différence notable de doctrine avec Rotteck sur la question de la justice. V. sur ce point : *Supra*, n° 454.

¹⁴⁶⁵ C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, pp. 262-271. La seconde édition du *Staatslexikon* a été éditée par le fils de Rotteck, Hermann von Rotteck (1815-1845) et Carl Welcker.

¹⁴⁶⁶ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 257. Pour rappel, le *Staats-Lexikon* a fait l'objet de trois éditions (et d'une reproduction intégrale en 1990). Pour des détails très précis sur les éditions successives du *Staats-Lexikon* et la transformation du contenu des différentes éditions, voir : I. Rademacher, « *La première encyclopédie politique allemande : Le Staats-Lexikon de Rotteck et Welcker (1834-1848)* », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 2, n° 24, 2006, pp. 255-297 ; spéc. pp. 263-267.

¹⁴⁶⁷ M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 222.

Dans l'article de Welcker qui compte près de dix pages, il n'est possible de trouver que trois références très courtes aux concepts d'indépendance. Au détour de longs développements, Welcker cite brièvement l'exemple de la France. Il rapporte qu'en France le monarque n'a pas le droit de classer sans suite un procès ou de l'annuler, au motif que « *l'abolition fait disparaître l'infraction dans sa totalité et porte atteinte à l'action des tribunaux indépendants* »¹⁴⁶⁸. En réponse à l'inquiétude manifestée par les Français au sujet de la contradiction entre droit d'abolition et indépendance de la justice, Welcker se contente de fournir un commentaire sommaire : il reconnaît rapidement que l'abolition « *annule les conséquences légales et judiciaires et empiète sur l'organisation judiciaire* »¹⁴⁶⁹. La troisième et dernière mention du concept d'indépendance par Welcker mérite moins notre attention, dans la mesure elle ne concerne qu'indirectement la tension entre droit d'abolition et indépendance de la justice qui nous intéresse ici. Sans entrer dans les détails, il suffit d'indiquer que Welcker fait simplement valoir qu'il est contre l'attribution du droit d'abolition (et du droit de grâce) aux tribunaux en lieu et place du chef de l'Etat, car dans ce cas, « *les tribunaux ne seraient plus simplement indépendants dans leur sphère, mais ils seraient souverains* »¹⁴⁷⁰.

490. Pour justifier l'usage du droit d'abolition par le souverain, les auteurs mettent en avant deux arguments. D'abord, ils relient le droit d'abolition aux pouvoirs régaliens qui appartiennent en exclusivité au roi¹⁴⁷¹. Surtout, ils indiquent qu'en matière pénale, la puissance publique est partie au procès. A ce titre, elle peut renoncer aux poursuites avant le jugement¹⁴⁷². La dernière justification permet, du reste, de comprendre pourquoi le droit

¹⁴⁶⁸ « *die Abolition tilge rückwärts das ganze Verbrechen aus und greife in den Gang der unabhängigen Gerichte ein* ». C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 268.

¹⁴⁶⁹ « *Beide aber heben die rechtlichen und richterlichen Folgen auf und beide greifen also auch in die Gerichtsverfassung ein* ». (Nous soulignons). C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 268. Pour être plus précis, Welcker nous explique le droit d'abolition *et le droit de grâce* annulent les conséquences légales et judiciaires et empiètent sur l'organisation judiciaire.

¹⁴⁷⁰ « *Die Gerichte würden nicht mehr blos unabhängig in ihrer Sphäre, sondern sie würden souverain werden* ». C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 271.

¹⁴⁷¹ V. en ce sens : C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 263.

¹⁴⁷² G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 97.

d'abolition n'est justifié que pour la matière pénale, et pas pour la matière civile. Si la puissance publique est l'une des parties au procès en matière pénale, elle ne l'est, par contre, pas en matière civile. En matière civile, ce sont deux personnes privées qui sont les parties au procès. A partir de là, l'intervention du roi, qui classerait sans suite une affaire, serait perçue comme une atteinte portée aux prétentions juridiques de la partie, qui s'est portée en justice. Mohl nous dit : « *qu'en matière civile, (...) le chef de l'Etat n'a aucun droit d'exempter un citoyen d'une action en justice, qu'un tiers a engagé contre lui* »¹⁴⁷³. Il ajoute que ce serait « *la plus choquante atteinte au droit de la propriété de l'autre qui est garanti par la Constitution* »¹⁴⁷⁴.

B. Deuxième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal »

491. Pour rappel, la doctrine se réfère à la prérogative reconnue au chef de l'Etat de diminuer ou de remettre la peine prononcée dans un jugement pénal en parlant du droit de grâce ou du droit de grâce au sens strict¹⁴⁷⁵. Par là, il faut entendre « *l'effacement (...) partiel ou total des conséquences pénales après le prononcé définitif du jugement pénal, qui comprend en particulier le droit de commutation et d'exemption de peine* »¹⁴⁷⁶.

492. Comme pour le droit d'abolition, il existe un large consensus dans la littérature à propos de la faculté offerte au chef de l'Etat de diminuer ou de remettre la peine prononcée dans un jugement pénal. La science du droit public n'interroge, en général, pas sa contradiction avec l'indépendance de la justice. Plathner dresse même un constat plutôt surprenant : jusqu'au tout début du XIXe siècle, non seulement les auteurs ne contestent pas la faculté reconnue au roi de diminuer ou de remettre la sanction pénale, mais en plus, ils ne s'opposent pas à l'aggravation de la sanction pénale. Selon ses propres termes, « *la littérature a montré seulement un intérêt très faible pour le rapport entre le droit détenu par le roi d'aggraver les*

¹⁴⁷³ « *Daß in bürgerlichen Streitsachen (...) das Staatsoberhaupt kann kein Recht haben, einen Bürger von den Rechtsforderungen zu entbinden, welche Dritte gegen ihn zu machen haben* ». R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 1 (Das Verfassungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, p. 220.

¹⁴⁷⁴ « *die schreiendste Verletzung des verfassungsmäßig garantirten Eigentumsrechts des Andern* ». *Ibidem*.

¹⁴⁷⁵ V. sur ce point : *Supra*, n° 443.

¹⁴⁷⁶ « (...) *die Begnadigung im engsten Sinne (...) nach bereits definitiv gefälltem Strafurtheil, die strafrechtlichen Folgen ganz oder theilweise (...) ausräumt, also das Recht der Strafmilderung wie der Straferlassung enthält* ». C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 263.

peines et l'indépendance de la justice »¹⁴⁷⁷. A propos en particulier de la possibilité reconnue au roi de diminuer ou de remettre la peine, Plathner déclare que « *la doctrine n'avait pas l'impression, qu'il était porté atteinte à un procès pendant et que la fonction du juge était mise à mal* »¹⁴⁷⁸. A titre d'illustration, Mohl fait partie des très nombreux auteurs qui n'envisagent absolument pas que l'exemption ou la commutation d'une peine pénale par le roi puisse nuire à l'indépendance de la justice. Dans le volume un de son *Staatsrecht* au sein du paragraphe 37 consacré au droit de grâce et au droit d'abolition (*Begnadigungs- und Abolitions-Recht*), Mohl indique que « *le droit constitutionnel de grâce (...) détenu par le roi dans les affaires pénales n'entre pas en contradiction avec l'indépendance de la justice en qui concerne le verdict des affaires judiciaires (...)* »¹⁴⁷⁹. Dans la même veine, dans le volume deux de son *Preussisches Staatsrecht* au sein d'une subdivision consacrée aux droits du roi en tant que détenteur de la justice¹⁴⁸⁰, Schulze montre aussi que « *le droit de grâce ne porte pas atteinte à l'indépendance des tribunaux dans leurs jugements* »¹⁴⁸¹.

493. Pour justifier l'usage du droit de grâce (au sens large) par le souverain, les auteurs mettent en avant au moins trois arguments. Premièrement, ils expliquent que le droit de diminuer ou de remettre la peine est un pouvoir régalien qui appartient en exclusivité au roi. Le droit de grâce est « *un droit supérieur du monarque ayant ses racines dans le fondement historique de la souveraineté territoriale (Landeshoheit)* »¹⁴⁸², énonce Schulze. Deuxièmement, ils associent l'exemption ou la commutation de peine non pas à la fonction judiciaire, mais plutôt à la fonction d'exécution. A partir du moment où l'exemption ou la

¹⁴⁷⁷ « *Für das Verhältnis des Strafschärfungsrechts des Regenten zur richterlichen Unabhängigkeit hat das Schrifttum nur sehr geringes Interesse gezeigt* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 49.

¹⁴⁷⁸ « *Diese Lehre hatte nicht die Vorstellung, dass in einen schwebenden Prozess eingegriffen und die Funktion des Richters beeinträchtigt würde* ». G. Plathner, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁷⁹ « *Nicht im Widerspruche mit dieser Unabhängigkeit der Gerichte hinsichtlich ihrer Aussprüche in der einzelnen Rechtssache, noch mit der ohne Bestätigung eintretenden Rechtskraft ihrer Urtheile steht das verfassungsmäßige Begnadigungs- und Abolitions-Recht des Königs in Straffällen* ». (Nous soulignons) R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 1 (Das Verfassungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, p. 217.

¹⁴⁸⁰ Dans le deuxième volume, le §189 est intitulé « *Die gerichtsherrlichen Rechte der Krone* ». H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, pp. 119-127.

¹⁴⁸¹ « *Durch die Begnadigung wird die Unabhängigkeit der Gerichte in ihren Urtheilen nicht beeinträchtigt* ». H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, p. 122.

¹⁴⁸² « *Auch nach der Auflösung des deutschen Reiches blieb selbstverständlich dem deutschen Fürsten das Begnadigungsrecht als ein auf der geschichtlichen Grundlage der Landeshoheit emporgewachsenes monarchisches Recht, welches auch in den neuen Verfassungsurkunden seine ausdrückliche Anerkennung gefunden hat* ». (Nous soulignons). H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, p. 124. V. déjà en ce sens : C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 263.

commutation de peine ressort du pouvoir d'exécution du jugement par le roi, l'intervention du souverain après le prononcé du jugement ne constitue pas, pour eux, une atteinte à l'indépendance de la justice¹⁴⁸³. Troisièmement, les auteurs justifient la prérogative royale en renvoyant à la complexité de la législation pénale. Ils font, en particulier, référence à l'argument des motifs subjectifs (*subjektive Motive*¹⁴⁸⁴) et des lacunes et des imperfections de la législation pénale. Ils expliquent que « *grâce à la grâce, le souverain peut faire ressortir pleinement des aspects supérieurs de la justice, qui ne sont pas pris en considération en raison des défauts immanquables de la législation* »¹⁴⁸⁵.

494. Pour ce qui intéresse le troisième argument, les propos de Mohl, Welcker et Schulze sont particulièrement éclairants : Mohl soutient la pratique de l'exemption ou de la commutation de peine qu'il envisage comme une sorte de correctif aux décisions des tribunaux. Tandis que les jugements sont toujours strictement fondés sur la rigueur du droit, la grâce au sens strict permettrait d'introduire plus de justice, autrement dit plus l'équité et de bon sens, dans les sanctions pénales. Selon les propres termes de Mohl, le roi doit disposer de la grâce « *étant donné que la législation pénale, en tant que règle générale, ne peut s'appliquer avec la même équité à chacun des cas individuels, mais que les tribunaux doivent toujours se conformer aux règles au risque de voir émerger l'arbitraire* »¹⁴⁸⁶. Il doit encore jouir de la grâce « *étant donné qu'en raison du bon sens qui peut parfois être souhaitable, certains délits ne peuvent être punis avec toute la rigueur de la loi* »¹⁴⁸⁷. En des termes très concrets, Mohl conclut en expliquant que la grâce peut, notamment, être employée dans les situations où « *l'application d'une peine légale serait dans un cas particulier dure ou injuste ou si la personnalité morale d'un condamné permet un traitement plus favorable* »¹⁴⁸⁸. Les

¹⁴⁸³ G. Plathner, *op. cit.*, p. 97 ; S. Schmon, *Machtspruch und Gesetzesherrschaft: das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists « Prinz Friedrich von Homburg »*, Cologne, Böhlau, 2007, p. 61.

¹⁴⁸⁴ G. Plathner, *op. cit.*, p. 97.

¹⁴⁸⁵ « *Zum anderen wurde das Recht zur Begnadigung außerrechtlich begründet ; durch die Ausübung der Gnade könne der Regent übergeordnete Gesichtspunkt der Gerechtigkeit zur Geltung bringen, die durch die unvermeidliche Unvollkommenheit der Gesetzgebung unberücksichtigt bleiben müssen* ». *Ibidem*.

¹⁴⁸⁶ « *Da die Strafgesetze, als allgemeine Regeln, nicht mit gleicher Gerechtigkeit auf jeden einzelnen Fall passen können, die Gerichte aber, soll nicht gränzenlose Willkühr einreißen, sich immer an die Vorschriften halten müssen, wäre ihre Anwendung auch hart* ». (Nous soulignons). R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 1 (Das Verfassungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, p. 217.

¹⁴⁸⁷ « *da ferner aus Gründen der Klugheit manchmal wünschenswerth seyn kann, daß ein bestimmtes Vergehen nicht nach der ganzen Strenge der Gesetze gerügt werde: so hat der König das Recht der Begnadigung* ». (Nous soulignons). R. von Mohl, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2^e éd., vol. 1 (Das Verfassungsrecht), Laupp, Tübingen, 1840, p. 217.

¹⁴⁸⁸ « *Er kann also, wenn die volle Anwendung der gesetzlichen Strafe in einem bestimmten Falle hart und unbillig wäre oder wenn die sittliche Persönlichkeit des Verurtheilten eine mildere Behandlung erlaubt, Strafwürdigkeit und Strafe in ein billiges und kluges Verhältniß setzen; er kann sogar dem Verurtheilten die ganze Strafe erlassen* ». *Id.*, pp. 217-218.

raisonnements de Welcker et de Schulze s'inscrivent dans la droite ligne de la réflexion de Mohl. Après avoir observé que les meilleurs législateurs ne peuvent tenir compte dans leurs lois de toutes les variétés singulières, de l'ensemble des situations et des personnalités, de tous les changements et des circonstances¹⁴⁸⁹, Welcker vante les bienfaits du droit de grâce en matière pénale : non seulement le droit de grâce permet de « *supprimer les duretés injustes et inutiles qui voient le jour* »¹⁴⁹⁰, mais, en plus, il offre l'occasion de prendre en considération « *les hautes idées de la justice et du bien de l'Etat (...) à partir du moment où ce faisant, il n'est pas porté atteinte aux droits garantis par la loi d'autres citoyens* »¹⁴⁹¹. De la même façon Schulze – qui écrit plus de quarante années après Mohl et Welcker – explique dans une argumentation longue et détaillée, que « *l'obligation du juge pénal est d'appliquer dans tous les cas strictement l'article du code (...) même lorsque la loi ne prend nullement en considération le cas individuel. Son jugement est ici certes fondé en droit, il peut cependant du point de vue d'un droit supérieur faire du tort au condamné. Dans un tel cas, le juge ne peut fournir aucun remède. Ici, il y a de la place pour la grâce, qui peut permettre de faire prévaloir un droit supérieur de la personne à la place de la lettre du droit positif* »¹⁴⁹².

495. Finalement, de manière progressive, des critiques sont adressées au droit d'abolition et à l'exemption ou la commutation de peine. Entre les deux prérogatives reconnues au roi, c'est surtout le droit d'abolition – et beaucoup moins l'exemption ou la commutation de peine – dont le rapport à l'indépendance est examiné. A partir en particulier de la seconde moitié du XIXe siècle, le droit d'abolition est pensé comme une atteinte à l'indépendance de la justice.

¹⁴⁸⁹ « *Nun aber ist es gewiß, daß selbst die besten Gesetzgeber in ihren positiven Gesetzen nicht alle eigenthümlichen Verschiedenheiten aller wirklichen Fälle, Verhältnisse und Persönlichkeiten und alle Veränderungen derselben und der Umstände zum Voraus umstoßen, berücksichtigen und den wahren Bedürfnissen der Gerechtigkeit und des Staatswohls entsprechend bestimmen können. Es müssen also die allgemeingesetzlichen Entscheidungen in einzelnen Fällen oft weniger passend, oft unnöthig und ungerecht hart ausfallen, mit der Moral und höheren Gerechtigkeit in Widerspruch kommen* ». C. T. Welcker, « *Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht* », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämmtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, p. 265.

¹⁴⁹⁰ « *Wir werden aber andertheils die daraus entstehenden ungerechten und unnöthigen Härten dadurch beseitigen* ». (Nous soulignons). *Id.*, p. 266.

¹⁴⁹¹ « *nach den höchsten Grundideen der Gerechtigkeit und des Staatswohls (...), so weit nur dadurch nicht selbst die gesetzlich erworbenen Rechte anderer Bürger verletzt werden* ». *Ibidem*.

¹⁴⁹² « *Pflicht des Strafrichters ist es, den Artikel des Gesetzbuches auf jeden Fall (...) unnachsichtlich anzuwenden, wenn das Gesetz materiell auch dem einzelnen Falle keineswegs gerecht wird. Sein Urtheil ist hier zwar Rechtens, kann aber vom Standpunkte eines höheren Rechtes dem Verurtheilten schweres Unrecht thun. In einem solchen Falle kann der Richter keine Abhilfe gewähren. Hier ist recht eigentlich Platz für die Gnade, welche ein höheres menschliches Recht an die Stelle des positiven Gesetzesbuchstabens zu setzen hat* ». H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, p. 123.

Conclusion du Chapitre 1

496. Le bilan des conceptualisations explicites de l'indépendance entre 1806 et 1914 conduit à dresser deux conclusions majeures: d'abord, ce sont les mêmes concepts qui sont *consacrés* dans le droit positif constitutionnel et dans les travaux doctrinaux. Tous les concepts d'indépendance qui sont inscrits dans les Constitutions – « seuls les juges doivent trancher les différends » (concept II A (1) a dans la typologie), « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (concept I A (1) dans la typologie), « le juge doit jouir d'une protection statutaire » (concept I B dans la typologie), « l'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi » (concept II B (1) dans la typologie), « le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge » (concept II A (1) c dans la typologie) – sont aussi défendus par les auteurs. De cela, il ne faut, cependant, pas conclure hâtivement qu'à partir du moment où les concepts de l'indépendance sont consacrés dans les constitutions, le principe est évident et que tout est dit. L'apport des auteurs à *la théorisation forte* de l'indépendance de la justice est, au contraire, immense: dans leurs travaux, les auteurs contribuent à expliciter, à préciser et à enrichir chacun des concepts de l'indépendance. En comparant le droit positif constitutionnel et les travaux des auteurs, il n'apparaît, finalement, qu'une seule différence mineure: elle concerne le concept « l'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi ». Tandis qu'il est fermement martelé dans les ouvrages doctrinaux, il n'est pas présent en tant que tel au sein des textes constitutionnels. Dans le droit positif constitutionnel, il se manifeste, par contre, au travers de son application concrète. De nombreuses Constitutions prévoient que les organes exécutifs ne doivent pas établir de tribunaux d'exception.

497. Ensuite – deuxième conclusion majeure –, ce sont exactement les mêmes concepts qui *ne sont pas consacrés* dans le droit positif constitutionnel et dans les travaux doctrinaux. En permettant au chef de l'Etat d'annuler une procédure pénale en cours (ce qui renvoie au concept II A (1) b dans la typologie) ou de changer la peine prononcée dans un jugement pénal (ce qui renvoie au concept II A (1) c dans la typologie), les auteurs s'inscrivent dans la droite ligne du droit positif constitutionnel. En soi, cette posture n'est pas surprenante pour les auteurs juspositivistes, dont la méthode scientifique consiste à décrire le droit positif tel qu'il est. Elle est, par contre, plus étonnante pour les auteurs jusnaturalistes, dont la méthode

scientifique est de présenter le droit positif à l'aune du droit naturel¹⁴⁹³. Contrairement à ce que le lecteur contemporain aurait pu supputer, les jusnaturalistes ne critiquent pas les textes constitutionnels : ils ne s'élèvent ni contre la possibilité pour le chef de l'Etat de mettre un terme à une procédure pénale en cours avant un jugement ni contre la possibilité pour lui de remettre ou de diminuer la peine décidée dans un jugement pénal. A notre avis, il peut y avoir au moins deux explications à ce silence. Premièrement, les auteurs considèrent peut-être que l'indépendance de la justice est déjà suffisamment établie et qu'ils n'ont pas besoin de défendre deux autres concepts de l'indépendance, qui apparaissent plus secondaires. Deuxièmement, – et c'est l'explication la plus probable –, les auteurs souhaitent sans doute conserver une forme d'équilibre entre les prérogatives royales (le principe monarchique) et l'indépendance de la justice.

¹⁴⁹³ Par exemple, il peut apparaître relativement déconcertant de constater que Mohl ne questionne pas la comptabilité du droit d'abolition et celle de l'exemption ou de la commutation d'une peine pénale avec l'indépendance de la justice. Certes, l'auteur est difficile à classer. Il oscille entre les deux fronts du droit rationnel et de l'Ecole historique. Cependant, « *son point de départ* [situé] *dans le droit rationnel* » aurait pu le conduire à ne pas garder le silence et à remettre en question la possibilité pour le monarque de mettre un terme à une procédure pénale en cours ou celle de changer la peine prononcée par une cour pénale. Sur l'appartenance de Rotteck aux deux groupes du libéralisme influencé par le droit rationnel et du libéralisme historico-organique, voir : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, p. 193. *Id.*, p. 220.

Chapitre 2 : Depuis 1914 jusqu'à nos jours : une stratification progressive des conceptualisations

498. La période à compter de 1914 inaugure une *nouvelle* étape dans la théorisation forte de l'indépendance de la justice en Allemagne. Cette nouvelle étape est passée largement inaperçue dans la littérature allemande. Concrètement, tandis que le long XIXe siècle se caractérise par le développement de conceptualisations explicites de l'indépendance, le XXe siècle se distingue par l'émergence progressive d'une stratification des conceptualisations de l'indépendance. Finalement, la période depuis 1914 a donc comme marque distinctive *un degré encore plus important de sophistication* par rapport à la période qui la précède. Elle se définit par une structuration encore plus ordonnancée des définitions de l'indépendance.

499. En des termes plus précis, à compter approximativement de 1914, certains des sens de l'indépendance qui s'étaient développés au cours du XIXe siècle ne sont presque plus consacrés. Ils disparaissent quasiment. C'est, surtout, le cas du concept « seuls les juges doivent trancher les différends ». C'est, aussi, le cas des concepts « l'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi » ou « le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge ». A l'inverse, d'autres significations de l'indépendance qui prévalaient déjà au cours du XIXe siècle sont reprises après 1914. Elles sont consolidées. Tel est le cas des concepts « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » et « le juge doit jouir d'une protection statutaire ». Davantage, de nouvelles définitions de l'indépendance de la justice se manifestent au lendemain du début de la première guerre mondiale. A titre d'illustration, il convient, par exemple, d'ores et déjà, de mentionner le nouveau concept au terme duquel « le budget de la justice, la gestion administrative des tribunaux et les décisions qui concernent la désignation des juges, leurs promotions ou leurs révocations doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes politiques » (concept II B (2) dans la typologie). Au fur et à mesure, tant les anciens sens de l'indépendance qui sont réaffirmés que les nouveaux sens de l'indépendance qui apparaissent s'agencent de manière de plus en plus structurée. De cela, il est possible, en définitive, de déduire une classification des définitions de l'indépendance en un certain nombre de couches, auxquelles le nom de « strate » peut être donné.

500. Avant d'entrer dans les détails de la stratification progressive des conceptualisations qui se déploie au cours du XXe siècle, il convient de faire deux remarques. La première remarque concerne le caractère implicite de la stratification. Elle doit être l'occasion de mettre au jour le principal critère de la stratification (α). La seconde remarque est relative à la période nazie. Elle doit permettre de préciser que la stratification ne s'applique pas aux années 1933-1945 (β).

α) Une stratification implicite : à propos du critère de la stratification

501. La stratification dont il est question est une stratification implicite. A notre connaissance, elle n'a jamais été présentée explicitement. Au contraire, elle a été totalement passée sous silence. Aucun auteur allemand ne fait ressortir l'idée d'un ordonnancement des définitions de l'indépendance. Aucun auteur allemand ne fait usage dans le contexte de l'indépendance de la formule « stratification » ou de l'un de ses synonymes. C'est mon travail de recherche qui amène à mettre au jour la stratification qui est latente dans la littérature relative au principe de l'indépendance de la justice.

502. Pour l'essentiel, le principal critère de la stratification est le *degré d'acceptation par les auteurs allemands des définitions de l'indépendance*. A partir de là, trois strates (ou trois niveaux) sont distinguées. La première strate comprend deux concepts de l'indépendance. Il s'agit des concepts « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » (concept I A (1) dans la typologie) et « le juge doit jouir d'une protection statutaire » (concept I B dans la typologie). Ensemble, ces deux concepts forment un binôme consensuel. Par là, il faut entendre qu'ils suscitent un accord sans réserve des auteurs : sans exception, tous les travaux doctrinaux consacrés à l'indépendance de la justice font référence à la fois à l'interdiction pour le juge de prendre en considération les pressions extérieures et à la protection statutaire dont il doit bénéficier.

503. A l'image de la première strate, la seconde strate regroupe également deux concepts. Il s'agit des concepts « le budget de la justice, la gestion administrative des tribunaux et les décisions qui concernent la désignation des juges, leurs promotions ou leurs révocations doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes politiques » (concept II B (2) dans la typologie) et « le juge doit être indépendant vis-à-vis de lui-même » (concept I A (2) dans la typologie). Chacune de ces définitions de l'indépendance constitue en quelque sorte

une piste conceptuelle concurrente par rapport au binôme consensuel de la première strate. Par là, il faut entendre que les deux concepts de la deuxième strate ne sont pas aussi acceptés que ceux qui constituent le tandem de la première strate. Concrètement, tous les travaux doctrinaux consacrés à l'indépendance de la justice ne font pas systématiquement référence à l'autogestion de la justice et à l'indépendance du juge vis-à-vis de lui-même : tandis que certains auteurs font référence à ces définitions, d'autres les passent sous silence. Davantage, les deux définitions en question suscitent des questionnements, des doutes, des interrogations. Par exemple, un grand nombre d'auteurs considère que le concept relatif à l'autogestion de la justice n'existe tout simplement pas et n'a, de toute façon, pas besoin d'exister!

504. A l'inverse de la première et de la seconde strate, la troisième strate n'est composée que d'un seul concept. Il s'agit d'un concept relativement récent résultant des interprétations constructives de l'indépendance par les tribunaux (concept I C dans la typologie). Précisément, le concept est issu d'une jurisprudence originale et minoritaire. En général, l'ensemble des décisions de justice relatives à ce concept suscite des critiques virulentes de la doctrine. Aussi, plus encore que les deux concepts qui figurent au deuxième niveau, le concept de la troisième strate n'est pas accepté par les auteurs.

505. D'entrée de jeu, il convient de reconnaître que la stratification mise au jour est affectée d'une certaine *relativité*. Il est, en effet, probable qu'avec les lunettes des juges, l'ordonnement rapporté soit différent. En particulier, dans ce cas, le concept issu du droit jurisprudentiel qui compose la troisième strate pourrait éventuellement se retrouver dans la deuxième strate. Les deux concepts qui figurent dans la deuxième strate seraient peut-être déplacés dans la troisième strate. Surtout, la stratification représente une vision *simplifiée* de la réalité. En premier lieu, cette schématisation pourrait, à tort, amener à penser que certains concepts de l'indépendance sont supérieurs ou meilleurs que d'autres. En réalité, la classification a vocation à présenter le tableau de la réalité intellectuelle telle qu'elle existe pour les auteurs. Il n'est nullement question de porter un jugement de valeur sur un ou plusieurs des concepts de l'indépendance. Il n'est nullement question de faire connaître ce que l'indépendance devrait être ou ne pas être. En second lieu, la schématisation pourrait aussi, à tort, laisser croire que la stratification épuise tous les concepts de l'indépendance – sans exception – qui prévalent au cours du XXe siècle. En réalité, l'ordonnement retenu ne prétend pas présenter de manière exhaustive l'ensemble des concepts de l'indépendance qui existent au XXe siècle. Il est probable que d'autres concepts mineurs de l'indépendance

pourraient être découverts dans la littérature. En dernier lieu, la schématisation pourrait encore, à tort, conduire à considérer que c'est strictement – et seulement – à compter de 1914 que les différents concepts de l'indépendance s'agencent de manière de plus en plus structurée. En réalité, la date de 1914 ne doit pas être pensée comme une rupture rigoureuse. La période de temps après 1914 s'inscrit dans le prolongement direct du développement des conceptualisations explicites de l'indépendance qui caractérisaient le XIXe siècle. Déjà, à cette époque, un certain ordonnancement des significations de l'indépendance avait vu le jour. Cela étant dit, et malgré ses faiblesses, la stratification en question présente l'avantage indéniable d'offrir une vision particulièrement claire de la manière dont les auteurs conçoivent et organisent dans leurs esprits les différents discours relatifs à l'indépendance de la justice au XXe siècle. Elle a vocation à montrer, sans détour, au lecteur que les cinq concepts de l'indépendance qui sont les plus fréquents après 1914 ne sont pas tous à mettre sur un même pied d'égalité: incontestablement, pour les auteurs, certains concepts de l'indépendance – en particulier ceux de la première strate, et dans une moindre mesure ceux de la deuxième strate – ont plus de poids.

β) La césure conceptuelle entre 1933 et 1945

506. D'emblée, avant de démontrer que la stratification ne s'applique pas aux années 1933-1945, il faut formuler une observation préliminaire : traiter de la question de l'indépendance de la justice sous le troisième Reich peut apparaître incongru tant les juristes contemporains associent, sans conteste, l'Etat nazi à l'absence d'indépendance des juges. Concrètement, et sans prétendre à l'exhaustivité, la dépendance des juges s'incarne dans plusieurs éléments : d'abord, le *Führer* est l'autorité judiciaire suprême (*oberster Gerichtsherr*). « *Le véritable Führer est toujours également juge. De la qualité de Führer découle la qualité de juge. Quiconque veut séparer, voir opposer les deux fait du juge soit un Führer adverse (Gegenführer), soit l'instrument d'un Führer adverse, et cherche à faire sortir l'Etat de ses gonds au moyen de la justice* »¹⁴⁹⁴, nous dit Carl Schmitt. De ce que le Führer est l'autorité

¹⁴⁹⁴ C. Schmitt, « Der Führer schützt das Recht : Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934 », *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 15, 39^e année, 1 août 1934, pp. 946-947. Le texte de Carl Schmitt a été intégralement traduit en français : C. Schmitt, « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », *Cités*, vol. 2, n° 14, 2003, pp. 165-171. Dans le même sens, Carl Schmitt fait encore valoir : « *En vérité, l'action du Führer était juridictionnelle. Elle n'est donc pas soumise à l'organisation judiciaire, mais elle est elle-même la justice suprême* ». (C. Schmitt, « Der Führer schützt das Recht : Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934 », *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 15, 39^e année, 1 août 1934, p. 947 / C. Schmitt, « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », *Cités*, vol. 2, n° 14, 2003, p. 167).

suprême, il découle que le juge doit se soumettre à l'ensemble de ses décisions, qui peu importe la forme qu'elles revêtent, constitue *la première source du droit*¹⁴⁹⁵. Une autre manifestation de la dépendance est la multiplication des tribunaux d'exception¹⁴⁹⁶. Ils interviennent, en particulier, en matière pénale. Parmi les tribunaux d'exception les plus importants figurent, notamment, le « tribunal du peuple » (*Volksgeschichtshof, VGH*), « les tribunaux SS et de police » (*SS- und Polizeigerichte*), « les tribunaux de santé héréditaire » (*Erbgesundheitsgerichte*), « les tribunaux du parti » (*Parteigerichte*) et la juridiction exercée par la Gestapo. Ajouté à cela, les juges reçoivent régulièrement des instructions directes par le biais, entre autres, des « lettres à l'usage des juges » (*Richterbriefe*)¹⁴⁹⁷. Enfin, et pour ne citer qu'un dernier exemple, la dépendance de la justice se matérialise encore dans les épurations judiciaires¹⁴⁹⁸. En vertu de la loi sur la restructuration de la Fonction publique adoptée le 7 avril 1933 (*Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums*)¹⁴⁹⁹, complétée par la loi sur les fonctionnaires allemands du 26 janvier 1937 (*Deutsches Beamtengesetz*)¹⁵⁰⁰, les juges « non fiables » peuvent être mis à la retraite. Le 26 avril 1942, Hitler expose très clairement ses idées sur la question : « *De même, j'attends que la justice allemande comprenne que la nation n'est pas là pour elle, mais qu'elle est là pour la nation (...), que l'Allemagne doit vivre et peu important les conceptions formelles de la justice qui peuvent entrer en contradiction avec cela (...)* Je vais désormais intervenir dans ces cas-là et révoquer les juges qui de manière évidente ne voient pas l'impératif du moment (*das Gebot der Stunde*) »¹⁵⁰¹.

¹⁴⁹⁵ C. Roques, « Interprétation de la loi et perversion du droit », *Astérior*, n° 4, 2006, p. 165. Disponible sur : <http://asterion.revues.org/650> (date de consultation: 24/11/15). V. aussi, par exemple, sur ce point : E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2e éd., Hambourg, Hanseatische Verl.-Anst., 1939, pp. 278-279 : « *Le juge est lié à la volonté du Führer. Le droit populaire vivant (das lebendige völkische Recht) est réalisé au sein du peuple en premier lieu par le Führer, et le juge prononçant le droit dans le nouvel empire est nécessairement subordonné à la volonté du Führer, qui est précisément l'expression du droit suprême.* »

¹⁴⁹⁶ V. sur ce point : I. Müller, *Hitler's Justice : The Courts of the Third Reich*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, pp. 140-173. Cet ouvrage est la traduction en langue anglaise de *Furchtbare Juristen* (I. Müller, *Furchtbare Juristen : Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Munich, Kindler, 1987, 318 p.); D. Simon, « Waren die NS-Richter "unabhängige Richter" im Sinne des § 1 GVG ? », *Rechtshistorisches Journal*, vol. 4, 1985, p. 107 ; F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 66-68.

¹⁴⁹⁷ Pour de plus amples renseignements sur la question, consulter: F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 65.

¹⁴⁹⁸ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 62-63.

¹⁴⁹⁹ V. en particulier : § 4, Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums, 7 avril 1933 : « *Beamte, die nach ihrer bisherigen politischen Betätigung nicht die Gewähr dafür bieten, daß sie jederzeit rückhaltlos für den nationalen Staat eintreten, können aus dem Dienst entlassen werden (...)* ».

¹⁵⁰⁰ V. en particulier : Al. 1, § 71, Deutsches Beamtengesetz, 26 janvier 1937 : « *Der Führer und Reichskanzler kann einen Beamten auf Lebenszeit oder auf Zeit auf einen von der obersten Dienstbehörde im Einvernehmen mit dem Reichsminister des Innern gestellten Antrag in den Ruhestand versetzen, wenn der Beamte nicht mehr die Gewähr dafür bietet, daß er jederzeit für den nationalsozialistischen Staat eintreten wird.* ».

¹⁵⁰¹ Cité par : C. Roques, « Interprétation de la loi et perversion du droit », *Astérior*, n° 4, 2006, p. 160.

507. Dans les présents développements, la question n'est donc pas de savoir si les juges sont indépendants entre 1933 et 1945. Le problème a été réglé depuis longtemps et a reçu une réponse unanime de la part des auteurs contemporains. L'objet de la démonstration est tout autre. Il s'agit de prouver que la stratification des conceptualisations qui caractérise le XXe siècle ne vaut absolument pas durant l'avènement de l'Etat nazi. Plus précisément, il est ici question de montrer que les sens de l'indépendance pour la période entre 1933 et 1945 s'inscrivent en rupture par rapport à ceux mis en avant dans la stratification. Du reste, en pratique, la singularité des définitions de l'indépendance fournies par les juristes nationaux-socialistes fait obstacle à une étude « globalisante » de la conceptualisation de l'indépendance de la justice en Allemagne, qui s'étendrait sur tout le XXe siècle, y inclus durant la période entre 1933 et 1945. L'imposition de la vision du monde nationale-socialiste a généré des significations particulières de l'indépendance de la justice, qu'il est particulièrement complexe de mettre en perspective avec les sens traditionnels de l'indépendance de la justice tels qu'ils sont intégrés dans la stratification. En raison de l'existence de concepts spécifiques de l'indépendance entre 1933 et 1945, la période nazie doit donc être examinée séparément du reste du XXe siècle qui voit émerger la stratification implicite des conceptualisations de l'indépendance. Aussi, hormis dans les développements qui suivent immédiatement, il n'est pas fait référence ailleurs dans le chapitre qui suit au contenu de l'indépendance tel qu'appréhendé par les nationaux-socialistes.

508. D'une manière générale, il apparaît que la grande majorité des auteurs écrivant entre 1933 et 1945 se mobilisent pour démontrer que les juges n'ont pas cessé d'être indépendants sous le troisième Reich¹⁵⁰². A l'appui de leurs propos, ils font valoir que le paragraphe un de la loi sur le système judiciaire du 27 janvier 1877 au terme duquel « *le pouvoir judiciaire est exercé par des tribunaux indépendants qui ne sont liés qu'à la loi* » est demeuré en vigueur¹⁵⁰³. Un exemple d'auteur, parmi d'autres, qui soutient que le régime nazi n'a pas aboli l'indépendance de la justice est le juriste Heinrich Henkel (1903-1981). En 1934, dans un petit essai intitulé *die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, il écrit : « *L'Etat national-socialiste garantit l'indépendance de la justice, et il réalise celui-ci avec le*

¹⁵⁰² F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 64.

¹⁵⁰³ § 1 GVG : « *Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfenen Gerichte ausgeübt* ».

plus grand sérieux et le plus grand discernement de l'importance de la question »¹⁵⁰⁴. Ernst Rudolf Huber (1903-1990), un autre juriste « *gagné à la cause* »¹⁵⁰⁵, développe des arguments identiques. Il fait valoir que « *l'indépendance des tribunaux n'est pas lésée par l'autorité judiciaire suprême du Führer (...) La réputation d'un tribunal, la confiance du peuple dans ses juges et dans le droit est détruite, si l'indépendance des tribunaux est supprimée ou restreinte. La législation nationale-socialiste préserve cette indépendance des juges de manière exemplaire* »¹⁵⁰⁶.

509. Concrètement, pour continuer à parler d'indépendance de la justice au sens du paragraphe un de la loi sur le système judiciaire, la littérature constitutionnelle modifie les sens du mot « *Unabhängigkeit der Justiz* »¹⁵⁰⁷. Dit différemment, elle renouvelle le contenu du principe d'indépendance. Henkel rend compte de cette rupture conceptuelle en affirmant : « *Il [l'Etat national-socialiste] ne garantit cependant pas l'indépendance de la justice dans l'atmosphère et avec les effets de l'idéologie, que ce principe renfermait jusque là* »¹⁵⁰⁸. Dans le même sens, après avoir rappelé la signification de l'indépendance donnée par le *Reichsgericht* en 1932 – « *l'indépendance du juge était de "protéger les droits du citoyen, reconnus légalement, contre l'arbitraire éventuel d'un gouvernement qui lui serait hostile"* »¹⁵⁰⁹ –, Carl Schmitt précise que « *cette formule est l'expression d'une attitude libérale individualiste* »¹⁵¹⁰. A partir de là, il exige « *d'imposer résolument la nouvelle*

¹⁵⁰⁴ « *Der nationalsozialistische Staat gewährleistet die richterliche Unabhängigkeit, und es geschieht dies mit vollem Ernst und mit voller Einsicht in die Bedeutung der Frage* ». H. Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hambourg, Hanseatische Verl. Anst., 1934, p. 8.

¹⁵⁰⁵ L'expression est de Christian Roques. C. Roques, « *Interprétation de la loi et perversion du droit* », *Astérior*, n° 4, 2006, p. 161.

¹⁵⁰⁶ « *Die Unabhängigkeit der Gerichte wird durch die oberste Gerichtshoheit des Führers nicht beeinträchtigt (...) Jedes Ansehen des Gerichtes, jedes Vertrauen des Volkes zum Richter und zum Recht wird zerstört, wenn die Unabhängigkeit der Gerichte beseitigt oder angetastet wird. Die nationalsozialistische Gesetzgebung wahrt diese richterliche Unabhängigkeit in vorbildlicher Weise* ». E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2e éd., Hambourg, Hanseatische Verl.-Anst., 1939, p. 279. Comparer cependant avec la position de Hans Tigges. Il s'inscrit dans la doctrine minoritaire en montrant que l'indépendance de la justice a cessé d'exister : « *Das verfassungspolitische Problem der richterlichen Unabhängigkeit hat zu existieren aufgehört* ». H. Tigges, *Die Stellung des Richters im modernen Staat*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, p. 182.

¹⁵⁰⁷ V. en ce sens l'argumentation de Dieter Simon dans son article intitulé « *Les juges nazis étaient-ils "des juges indépendants" au sens du paragraphe un de la loi sur le système judiciaire ?* » : D. Simon, « *Waren die NS-Richter "unabhängige Richter" im Sinne des § 1 GVG ?* », *Rechtshistorisches Journal*, vol. 4, 1985, pp. 102-116.

¹⁵⁰⁸ « *aber er gewährleistet die richterliche Unabhängigkeit doch nicht in der Atmosphäre und mit den Auswirkungen der Ideologie, von der bisher dieser Grundsatz getragen war* ». H. Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hambourg, Hanseatische Verl. Anst., 1934, p. 8.

¹⁵⁰⁹ C. Schmitt, « *Der Führer schützt das Recht : Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934* », *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 15, 39^e année, 1 août 1934, p. 948 / C. Schmitt, « *Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934* », *Cités*, vol. 2, n° 14, 2003, p. 168.

¹⁵¹⁰ *Ibid.*

signification à tous les services publics, *y compris la justice* »¹⁵¹¹. Dans le fond, la doctrine du troisième Reich adapte, en fait, le principe d'indépendance sur la base de la conception nationale-socialiste. Ainsi, le juge est indépendant à condition qu'il exerce les missions déterminées en amont par le nouveau régime et qu'il les exerce en accord avec les idées du nouveau régime. En témoignent les propos de Henkel : « *L'indépendance du juge dans l'Etat national socialiste n'est pas un flottement libre dans l'espace (Frei-im-Raume-Schweben), mais une autonomie dans la liaison aux principes directeurs de l'Etat raciste du Führer (völkischen Führerstaates)* »¹⁵¹². Finalement, le juge doit donc interpréter le droit en accord avec le nouveau système de valeurs¹⁵¹³. Aussi, l'interprétation du droit doit s'orienter non plus selon les intentions du législateur, mais plutôt selon celles de la communauté raciale populaire¹⁵¹⁴. La subtilité de la théorie de l'interprétation développée par les juristes nationaux-socialistes est résumée en ces termes par Huber : « *Le juge est libre dans l'interprétation et dans l'application de la loi par analogie ; oui, même l'activité créatrice de droit afin de combler des lacunes lui est autorisée, dans la mesure où il procède à cette occasion uniquement dans l'esprit du Führer et conformément à la conception du droit vivante et ancrée dans le peuple (gemäß der im Volke lebendigen gefunden Rechtsanschauung)* »¹⁵¹⁵.

510. Le prélude terminé, il convient, à présent, d'examiner de manière approfondie la stratification progressive des conceptualisations qui est le marqueur du XXe siècle (hormis durant la période entre 1933 et 1945). L'objectif de ce chapitre est de faire ressortir une image globale de la réalité intellectuelle au XXe siècle vue à travers les lunettes de doctrine dominante. Il s'agit de mettre au jour l'organisation des définitions de l'indépendance de la

¹⁵¹¹ *Ibid.* Dans cette citation, nous avons légèrement modifié la traduction telle qu'elle est faite dans l'article « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 » pour être plus proche de la version originale allemande. Nous avons remplacé le « de » par un « à ». Dans la traduction : « *d'imposer résolument la nouvelle signification de tous les services publics, y compris la justice* ». Dans la version originale en allemand : « *den neuen Sinngehalt aller öffentlich-rechtlichen Einrichtungen, auch der Justiz, mit grösster Entschiedenheit durchzusetzen* ».

¹⁵¹² « *Die Unabhängigkeit des Richters im nationalsozialistischen Staat ist kein Frei-im-Raume-Schweben, sondern Selbständigkeit in der Bindung an die leitenden Grundsätze des völkischen Führerstaates* ». H. Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hambourg, Hanseatische Verl. Anst., 1934, p. 21.

¹⁵¹³ H. Henkel, *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hambourg, Hanseatische Verl. Anst., 1934, p. 8.

¹⁵¹⁴ V. pour de plus amples renseignements l'analyse approfondie de Christian Roques : C. Roques, « Interprétation de la loi et perversion du droit », *Astérior*, n° 4, 2006, pp. 169-174.

¹⁵¹⁵ « *Dabei ist der Richter frei in der Auslegung und in der analogen Anwendung des Gesetzes; ja, es ist ihm auch die lückenfüllende rechtsschöpferische Tätigkeit gestattet, soweit er dabei nur im Geiste des Führers und gemäß der im Volke lebendigen gefunden Rechtsanschauung verfährt* ». E. R. Huber, *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2e éd., Hambourg, Hanseatische Verl.-Anst., 1939, p. 279.

justice telle qu'elle existe dans l'esprit des auteurs allemands et, par voie de conséquence, montrer que tous les concepts d'indépendance de la justice n'ont pas la même importance pour les auteurs.

511. Dans l'ordre des différentes strates, il faut donc, premièrement, examiner les concepts « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » et « le juge doit jouir d'une protection statutaire », qui constituent la première strate. Chacun de ces deux concepts a obtenu une labellisation scientifique. Pour le concept selon lequel « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors », les auteurs parlent de « *die sachliche Unabhängigkeit* ». L'expression est régulièrement traduite par les vocables « indépendance matérielle » ou « indépendance fonctionnelle ». De notre côté, nous préférons la terminologie « indépendance décisionnelle ». Pour le concept sur la protection statutaire dont les juges doivent jouir, les auteurs parlent de « *die persönliche Unabhängigkeit* ». L'expression peut être traduite par « indépendance personnelle » (section 1). Après avoir rendu compte des deux concepts de la première strate, il faut, deuxièmement, étudier les concepts « le budget de la justice, la gestion administrative des tribunaux et les décisions qui concernent la désignation des juges, leurs promotions ou leurs révocations, doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes politiques » et « le juge doit être indépendant vis-à-vis de lui-même », qui forment la deuxième strate. Ils ont aussi obtenu un label scientifique. Pour le concept selon lequel « le budget de la justice, la gestion administrative des tribunaux et les décisions qui concernent la désignation des juges, leurs promotions ou leurs révocations, doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes politiques », les auteurs parlent de « *die institutionelle Unabhängigkeit* ». L'expression peut être traduite par « indépendance institutionnelle ». Pour le concept sur l'indépendance du juge vis-à-vis de lui-même, les auteurs parlent de « *die innere Unabhängigkeit* ». L'expression peut être traduite par « indépendance intérieure » (section 2). Finalement, il faut encore, troisièmement, analyser le concept issu du droit jurisprudentiel, qui caractérise la troisième strate. A l'inverse des concepts de la première et de la deuxième strate, il n'a pas obtenu de label scientifique. Le concept de la troisième strate est un concept sans nom (section 3).

Section 1 : Première strate : le binôme conceptuel, l'indépendance décisionnelle et l'indépendance personnelle

512. Le binôme conceptuel – qui renvoie aux concepts d'indépendance décisionnelle et d'indépendance personnelle – représente le « noyau dur » des conceptualisations de l'indépendance de la justice dans la doctrine allemande. Il possède deux caractéristiques essentielles : d'abord, le binôme conceptuel est un binôme descriptif. Il est abondamment employé par la science juridique. (§1). Ensuite, le binôme conceptuel est inscrit dans le droit positif constitutionnel. L'indépendance décisionnelle et l'indépendance personnelle constituent des exigences du droit positif allemand (§2).

§1. Un binôme descriptif à succès

513. Les locuteurs allemands différencient entre indépendance décisionnelle (*die sachliche Unabhängigkeit*) et indépendance personnelle (*die persönliche Unabhängigkeit*). Ce que recouvre d'une part l'indépendance décisionnelle, d'autre part l'indépendance personnelle est particulièrement clair. Les auteurs – et les juges allemands – circonscrivent très précisément ce que signifient l'indépendance décisionnelle et l'indépendance personnelle et leurs implications respectives. L'indépendance décisionnelle renvoie à l'idée selon laquelle le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence (concept I A (1) dans la typologie) alors que l'indépendance personnelle veut dire que le juge doit jouir d'une protection statutaire (inamovibilité et maintien du salaire) (concept I B dans la typologie).

514. Chacune des deux parties du binôme constitue un concept descriptif : tant l'indépendance décisionnelle que l'indépendance personnelle servent à la science juridique allemande à décrire la réalité juridique. Entre les mains des auteurs, l'indépendance décisionnelle et l'indépendance personnelle constituent non pas l'expression de quelque chose qui doit être (*sollen*), mais plutôt l'expression de quelque chose qui est (*sein*)¹⁵¹⁶.

515. A notre connaissance, l'apparition du binôme descriptif *sachliche Unabhängigkeit / persönliche Unabhängigkeit* dans les travaux doctrinaux date approximativement du début du XXe siècle. Avant le début du XXe siècle, les auteurs font, certes, référence à l'interdiction

¹⁵¹⁶ Pour de plus amples renseignements sur la distinction entre concept descriptif et concept normatif, voir : *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 369 et n° 370.

pour le juge de prendre en considération dans son activité juridictionnelle les influences en provenance de l'extérieur et à la protection statutaire dont le juge doit jouir ; mais, ils n'emploient pas les expressions indépendance décisionnelle et indépendance personnelle. Tout au plus, il est parfois possible de déceler dans la littérature du XIXe siècle le recours au terme « *persönliche* » pour parler de la protection contre les révocations et les déplacements arbitraires. Dans ces rares cas, l'emploi du mot « *persönliche* » n'est pourtant pas combiné à celui du mot « *sachliche* ». Par exemple, sans utiliser le mot « *sachliche* », Hermann Schulze (1824-1888) énonce que « *la position personnelle du juge individuel doit être aussi indépendante que possible ; ils doivent jouir d'une position tellement sûre, qu'ils n'ont, sans crainte de quiconque (Menschenfurcht), qu'à suivre leur conscience et leur conviction juridique et n'ont pas à tenir compte des faveurs venant d'en haut ou d'en bas* »¹⁵¹⁷.

516. Parmi les premiers auteurs à utiliser au début du XXe siècle la distinction indépendance décisionnelle / indépendance personnelle figure peut-être le spécialiste de procédure civile et de droit pénal Eduard Kern (1887-1972)¹⁵¹⁸. Son ouvrage *Der gesetzliche Richter* [*Le juge naturel*] publié en 1927¹⁵¹⁹ consiste en une étude détaillée de l'origine historique, du sens et de l'évolution du principe au terme duquel personne ne peut être privé de son juge naturel. A titre principal, l'analyse a pour cadre spatial l'Allemagne. Elle inclut toutefois aussi une dimension comparatiste : Kern s'appuie sur les législations étrangères (en particulier, de l'Angleterre, des Etats-Unis, de la Belgique et de la France) pour enrichir son travail. Au cours de ses développements, Kern emploie quelquefois la différenciation entre indépendance

¹⁵¹⁷ « *Aber der abstrakte Satz, dass der Monarch keinen Einfluss üben dürfe auf die Entscheidungen der Gerichte, als Behörden, das Verbot der s. g. Kabinetsjustiz, genügt nicht. Damit thatsächlich doch nicht ein solcher geübt werde, muss auch die persönliche Stellung der einzelnen Richter eine möglichst unabhängige sein ; sie müssen in ihrem Amte so sicher sein, dass sie ohne Menschenfurcht, nur ihrem Gewissen und ihrer juristischen Ueberzeugung zu folgen und auf Gunst von oben oder unten keine Rücksicht zu nehmen brauchen* ». (Nous soulignons). H. Schulze, *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2^e vol., 2^e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1890, p. 89. V. aussi l'utilisation du mot « *persönliche* » – sans le mot « *sachliche* » – par le spécialiste du droit romain et de la procédure civile Georg Wilhelm Wetzell (1815-1890). Wetzell nous dit que les princes doivent offrir aux juges une position personnelle établie. « (...) es bildete sich damider der staatsrechtliche Grundsatz, daß sie [die Gerichtsherrn] 1. diesen Beamten eine persönlich gesicherte Stellung zu gemähren hätten – Unabsetzbarkeit der Richter –, und daß sie 2. nicht persönlich in die Rechtspflege eingreifen dürften – Ausschluß der Kabinetsjustiz – ». (Nous soulignons.) G. W. Wetzell, *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3^e éd., Leipzig, B. Tauchnitz, 1878, p. 399. Nous remercions le professeur Wolfgang Sellert de nous avoir fait connaître cette citation dans un email daté du 12 janvier 2014.

¹⁵¹⁸ Nos recherches dans la littérature allemande ne nous ont pas permises de déterminer *avec certitude* le point de départ du binôme conceptuel *sachliche Unabhängigkeit / persönliche Unabhängigkeit*. Aucun des nombreux auteurs que nous avons contactés relativement à cette question n'a pu, malheureusement, nous fournir des indications pour nous permettre d'identifier l'origine exacte du binôme descriptif. Eduard Kern est le premier auteur que nous avons identifié à avoir recours au binôme conceptuel. Pour de plus amples renseignements bibliographiques sur Kern, voir : E. Schmidhäuser, « Eduard Kern 1887-1972 », in F. Elsener (dir.), *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, Mohr, 1877, pp. 177-188.

¹⁵¹⁹ E. Kern, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Liebmann, 1927, 346 p.

décisionnelle et indépendance personnelle. C'est notamment le cas lorsqu'il entreprend de distinguer les juges professionnels des juges non professionnels. Il nous dit que « *les juges non professionnels jouissent de l'indépendance décisionnelle de la même façon que les juges professionnels, mais ils sont aussi liés de la même manière que ceux-ci à la loi. Les juges professionnels bénéficient en plus des garanties personnelles de l'indépendance de la justice qui sont inscrites dans les paragraphes 2 à 9 de la GVG [Gerichtsverfassungsgesetz = loi sur l'organisation judiciaire]* »¹⁵²⁰. C'est encore le cas lorsque Kern s'intéresse aux tribunaux spéciaux. Il explique que « *les juges du RSG [der Reichsondergericht zur Entscheidung über Fürstenabfindung = le Tribunal d'exception d'empire pour les décisions concernant la compensation des princes] – comme les juges du StGH z. SchdR [der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik = le Tribunal d'Empire pour la protection de la république] – devraient être inamovibles, par conséquent ils doivent être indépendants non seulement d'un point de vue décisionnel mais aussi d'un point de vue personnel* »¹⁵²¹. Du reste, à plusieurs reprises dans l'ouvrage, il est aussi possible de repérer l'emploi des expressions « *sachliche Unabhängigkeit* » et « *persönliche Unabhängigkeit* » de manière isolée, c'est-à-dire sans qu'ils soient combinés. A titre d'illustration, sans écrire l'expression « indépendance personnelle », Kern montre que « *le prérequis nécessaire à l'indépendance décisionnelle est l'irrévocabilité et l'inamovibilité du juge* »¹⁵²².

517. Après Kern, plusieurs autres auteurs emploient aussi le binôme descriptif. Parmi eux se trouve Helmuth Mende (1884-1932). C'est précisément dans le *Handbuch des deutschen Staatsrechts [Manuel de droit public allemand]* en date de 1930-1932 dirigé conjointement par Gerhard Anschütz (1867-1948) et Richard Thoma (1874-1957)¹⁵²³ que Mende mobilise le binôme conceptuel. Luc Heuschling présente le *Handbuch des deutschen Staatsrechts* comme le manuel qui « *se veut la vitrine représentative de la science du droit public de*

¹⁵²⁰ « *Die sachliche Unabhängigkeit genießen die Laienrichter nicht minder wie die Berufsrichter, sie sind aber auch in gleichem Masse, wie diese, an das Gesetz gebunden. Die Berufsrichter genießen außerdem die in §§ 2-9 GVG. aufgeführten persönlichen Garantien der richterlichen Unabhängigkeit* ». (Nous soulignons). E. Kern, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Liebmann, 1927, p. 161.

¹⁵²¹ « *Die Richter des RSG. [der Reichsondergericht zur Entscheidung über Fürstenabfindung] sollten – wie die Richter des StGH z. SchdR [der Staatsgerichtshof zum Schutze der Republik] – unabsetzbar, also nicht nur sachlich, sondern auch persönlich unabhängig sein* ». (Nous soulignons). E. Kern, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Liebmann, 1927, p. 345.

¹⁵²² « *Die notwendige Voraussetzung sachlicher Unabhängigkeit ist die Unabsetzbarkeit und Unversetzbarkeit des Richters* ». E. Kern, *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Liebmann, 1927, p. 126. Il convient de signaler qu'entre les deux labels, Kern a nettement plus fréquemment recours à celui de « *sachliche Unabhängigkeit* » plutôt que celui de « *persönliche Unabhängigkeit* ». Pour des illustrations de l'emploi du label « *sachliche Unabhängigkeit* », voir : *Id.*, p. 45 ; *Id.*, p. 50 ; *Id.*, p. 97 ; *Id.*, p. 160. Pour une illustration de l'emploi du label « *persönliche Unabhängigkeit* », voir : *Id.*, p. 250.

¹⁵²³ G. Anschütz, R. Thoma (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr, 1930-1932, 2 vol.

l'époque »¹⁵²⁴. Ledit manuel est divisé en six parties principales et comprend, au total, 107 articles, dont les auteurs les plus célèbres sont, entre autres, l'historien Friedrich Meineke, les pénalistes Alexander Graf zu Dohna et Gustav Radbruch, le publiciste autrichien Hans Kelsen ou Anschütz et Thoma eux-mêmes. D'emblée, il convient de signaler qu'aucun article spécifique n'est intitulé « *Unabhängigkeit der Justiz* »¹⁵²⁵. Cela étant dit, des *subdivisions* d'articles sont, en revanche, consacrées à l'indépendance de la justice. C'est le cas dans l'article portant le numéro 67 rédigé par Mende. L'article 67 s'inscrit dans la quatrième partie (le droit des fonctionnaires de l'Empire et des Länder)¹⁵²⁶ et est intitulé « les fonctionnaires judiciaires et les fonctionnaires assimilés à ceux-ci »¹⁵²⁷. Il comprend six paragraphes au total dont trois comportent dans leur titre le mot *Unabhängigkeit*. Surtout, et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, les trois paragraphes en question font directement référence à la grille de lecture indépendance décisionnelle / indépendance personnelle. Le deuxième paragraphe a pour titre « *l'indépendance décisionnelle de tous les juges* » (« *die sachliche Unabhängigkeit aller Richter* »). Le troisième paragraphe est consacré aux « *limites de l'indépendance décisionnelle* » (« *Schranken der sachlichen Unabhängigkeit* »). Le quatrième paragraphe se rapporte à « *l'indépendance personnelle des juges des juridictions de droit commun* » (« *die persönliche Unabhängigkeit der Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit* »). A l'instar de Mende, Günther Plathner recourt aussi à la distinction indépendance décisionnelle / indépendance personnelle en 1935. Dans son ouvrage *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*¹⁵²⁸, il indique notamment: « *au même moment où (...) est apparu le principe de l'indépendance décisionnelle du juge, la théorie de l'inamovibilité des fonctionnaires s'est aussi construite (...) Il n'est par conséquent pas surprenant que l'exigence d'indépendance personnelle ne résulte pas des décisions des tribunaux* »¹⁵²⁹. A titre de remarque, il convient de signaler que les vocables indépendance décisionnelle / indépendance personnelle ne se manifestent pas dans *l'ensemble* des travaux

¹⁵²⁴ L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of Law*, Paris, Dalloz, 2002, p. 114. Pour une présentation du manuel d'Anschütz et de Thoma, voir : M. Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, vol. 3 (1914-1945), Munich, C. H. Beck, 1999, pp. 99-100. Le troisième volume de l'œuvre magistrale (en quatre volumes) de Michael Stolleis a fait l'objet d'une traduction en langue anglaise.

¹⁵²⁵ Luc Heuschling fait la même remarque à propos du *Rechtsstaat*. *Ibidem*.

¹⁵²⁶ Viertes Hauptstück : « *Das Beamten Recht des Reichs und der Länder* ».

¹⁵²⁷ H. Mende, « §67. Die richterlichen und die ihnen gleichgestellten Beamten », in G. Anschütz, R. Thoma (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Tübingen, Mohr, 1932, pp. 77-86.

¹⁵²⁸ G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, 152

p.
¹⁵²⁹ « *In derselben Zeit, in der sich (...) das Prinzip der sachlichen Unabhängigkeit der Richter herausstellte, bildete sich auch die Theorie der Inamovibilität der Beamten aus (...) Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass sich nicht aus der Rechtsprechung heraus das Bedürfnis nach persönlicher Unabhängigkeit meldete* ». (Nous soulignons). G. Plathner, *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, p. 53. V. aussi : *Id.*, p. 45. *Id.*, p. 60. *Id.*, p. 140.

publiés au début du XXe siècle. Par exemple, les labels sont encore absents dans la quatorzième et dernière édition en date de 1933 du commentaire de la Constitution de 1919 rédigé par le chef du positivisme de Weimar Anschütz¹⁵³⁰. En particulier, Anschütz n'emploie pas les expressions dans son commentaire des articles 102 et 104 de la Constitution de Weimar. Les termes sont également absents dans la *Théorie de la Constitution* de Carl Schmitt (1888-1985)¹⁵³¹, qui, au demeurant, comporte très peu de développements sur l'indépendance de la justice.

518. Par comparaison avec le début du XXe siècle, l'étendue du recours à la conceptualisation à deux volets s'est encore accélérée depuis la fin de la seconde guerre mondiale. Concrètement, tous les auteurs, qui consacrent des travaux à la thématique de l'indépendance de la justice, font désormais automatiquement référence aux deux expressions. Ainsi, et par exemple, il est possible de les déceler dans les travaux du professeur Gerd Pfeiffer (1919-2007), publiés en 1987¹⁵³². L'auteur énonce qu'il convient « *de distinguer deux manifestations pour l'indépendance de la justice : l'indépendance décisionnelle et personnelle* »¹⁵³³. Entrant dans les détails, il entreprend, tout d'abord, de définir le contenu de l'indépendance décisionnelle : « *sous le vocable indépendance décisionnelle, qui constitue du point de vue historique et du point de vue du contenu le cœur du principe, il faut comprendre la liberté vis-à-vis des instructions quelles qu'elles soient dans l'exercice de l'activité juridictionnelle* »¹⁵³⁴. A propos du principe d'indépendance décisionnelle, Pfeiffer précise

¹⁵³⁰ G. Anschütz, *Die Verfassung des deutschen Reiches : vom 11. August 1919 ; ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de 14^e éd., Berlin, Stilke, 1933), 1987, 800 p. La première édition du commentaire d'Anschütz date de 1921. Pour de plus amples renseignements sur Anschütz, voir notamment : M. Stolleis, *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, Paris, Dalloz, 2014, pp. 479-481.

¹⁵³¹ C. Schmitt, *Théorie de la Constitution*, 1^{re} éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, (traduction de *Verfassungslehre*, 1928), 2008, 576 p. Pour de plus amples renseignements sur Schmitt, voir notamment la préface de *Théorie de la Constitution* rédigée par Olivier Beaud. Elle est intitulée : Carl Schmitt ou le juriste engagé. *Id.*, pp. 5-113.

¹⁵³² Voir aussi et pour ne citer que quelques exemples: W. Schaffer, « Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters », *Bayerische Verwaltungsblätter*, vol. 21, novembre 1991, p. 645 ; M. Reinhart, *Konsistente Jurisdiktion, Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung*, thèse d'habilitation, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, p. 103 ; S. Haberland, « Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit », *Deutsche Richterzeitung*, août 2002, p. 301 ; F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 177 ; J. M. von Bargen, « Die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter in Deutschland – Teil 1 », *Deutsche Richterzeitung*, mars 2010, p. 102 ; M. Löhnig, « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, p. 428.

¹⁵³³ « *In diesem Sinne sind zwei Ausprägungen der richterlichen Unabhängigkeit zu unterscheiden : die sachliche und die persönliche Unabhängigkeit* ». G. Pfeiffer, « Die innere Unabhängigkeit des Richters », in W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, p. 67.

¹⁵³⁴ « *Unter sachlicher Unabhängigkeit, die historisch und inhaltlich den Kern des Prinzips bildet, wird die Freiheit von Weisungen aller Art bei der richterlichen Tätigkeit verstanden* ». *Ibidem*.

qu'il se trouve en tension mutuelle avec l'existence de la surveillance hiérarchique : quand bien même il est indépendant d'un point de vue décisionnel, tout juge est soumis au contrôle hiérarchique (*Dienstaufsicht*). « *La relation entre indépendance décisionnelle et contrôle hiérarchique est au mieux problématique, en ce qu'elle constitue une possible brèche* »¹⁵³⁵, observe Pfeiffer. Par la suite, l'ancien président du *Bundesgerichtshof* s'intéresse à l'indépendance personnelle. En gros, l'indépendance personnelle renvoie à l'idée selon laquelle « *les juges, durant la durée des fonctions, pour lesquelles ils sont nommés, ne peuvent être ni déplacés ni révoqués contre leur gré* »¹⁵³⁶. En des termes très généraux, Pfeiffer fait valoir l'idée selon laquelle « *l'indépendance personnelle, qui doit soutenir l'indépendance décisionnelle, n'est pas garantie à l'inverse de l'indépendance décisionnelle de manière intégrale et complète* »¹⁵³⁷. Implicitement, l'auteur suggère, en fait, qu'un juge, qui rendrait des décisions qui ne satisfont pas la puissance publique, pourrait éventuellement faire l'objet de sanctions plus ou moins déguisées portant atteinte à sa protection statutaire. « *Il ne s'agit pas d'une protection complète de l'indépendance personnelle, au sens où chaque juge serait préservé, sans avoir à craindre aucun désavantage en provenance de l'Etat (Dienstherrn) à raison d'une décision prise dans une affaire ou de la façon de la traiter* »¹⁵³⁸, explique-t-il.

519. De l'utilisation systématique par les auteurs contemporains allemands de la *summa divisio*, il résulte, en définitive, que le binôme descriptif allemand apparaît extrêmement *fort*.

§2. Un binôme inscrit dans le droit positif constitutionnel

520. Tant l'indépendance décisionnelle que l'indépendance personnelle sont reconnues par le droit positif constitutionnel. Ils constituent des normes de droit positif. C'est, en particulier, à l'article 97 de la Loi Fondamentale du 23 mai 1949, qui n'a subi aucune modification depuis 1949, date à laquelle la Constitution de Bonn a été adoptée – au sein du chapitre IX intitulé

¹⁵³⁵ « *Problematisch ist allenfalls das Verhältnis zwischen sachlicher Unabhängigkeit und Dienstaufsicht, die eine mögliche Einbruchstelle darstellt* ». *Ibidem*.

¹⁵³⁶ « (...) *daß Richter während der Amtszeit, für die sie ernannt sind, gegen ihren Willen weder versetzt noch entlassen werden dürfen* ». *Id.*, p. 68.

¹⁵³⁷ « *Die persönliche Unabhängigkeit, die die sachliche absichern soll, ist anders als jene nicht vollständig und lückenlos garantiert* ». *Id.*, p. 67.

¹⁵³⁸ « *Von einer vollständigen Sicherung der persönlichen Unabhängigkeit in dem Sinne, daß jedem Richter garantiert wäre, wegen der Entscheidung einer Rechtssache oder der Art ihrer Behandlung keinerlei Nachteile seitens des Dienstherrn befürchten zu müssen, kann keine Rede sein* ». *Id.*, p. 68.

« la justice » (*die Rechtsprechung*) – que l'indépendance de la justice est consacrée. Tandis que l'alinéa 1 protège l'indépendance décisionnelle du juge en disposant que « *les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* »¹⁵³⁹, l'alinéa 2 sauvegarde l'indépendance personnelle. Il prévoit que « *les juges nommés définitivement à titre principal dans un emploi permanent ne peuvent, avant l'expiration de leurs fonctions et contre leur gré, être révoqués, suspendus définitivement ou temporairement de leurs fonctions, mutés à un autre emploi ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision de justice, et uniquement pour les motifs et dans les formes définis par la loi. La législation peut fixer les limites d'âge auxquelles les juges nommés à vie sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite. En cas de modification de l'organisation des tribunaux ou de leurs ressorts territoriaux, les juges pourront être mutés à un autre tribunal ou relevés de leurs fonctions en conservant toutefois le bénéfice de l'intégralité de leur traitement* »¹⁵⁴⁰. Sur l'article 97 alinéa 1 de la Constitution de 1949, il convient d'apporter une précision. Si le juge n'est soumis qu'à la loi, ce dernier mot ne doit pas s'entendre de façon stricte. Le choix terminologique pourrait, en effet, laisser supposer que les juges allemands ne sont soumis qu'à la loi et non aux autres normes, telles que la Constitution ou les actes de nature réglementaire. En réalité, la lecture de l'article 97 doit être couplée avec une autre disposition de la Constitution : l'article 20 alinéa 3. Il prévoit que : « *Le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit* »¹⁵⁴¹. En définitive, l'art. 97 al. 1 ne soumet pas l'activité judiciaire au seul respect de la loi mais au droit dans son ensemble¹⁵⁴², c'est-à-dire à l'ensemble des règles juridiques – lois, décrets et règlements – et au droit coutumier¹⁵⁴³.

¹⁵³⁹ Al. 1, art. 97, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetze unterworfen* ».

¹⁵⁴⁰ Al. 2, art. 97, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Die hauptamtlich und planmäßig endgültig angestellten Richter können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, vor Ablauf ihrer Amtszeit entlassen oder dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung auf Lebenszeit angestellte Richter in den Ruhestand treten. Bei Veränderung der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke können Richter an ein anderes Gericht versetzt oder aus dem Amte entfernt werden, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehaltes* ».

¹⁵⁴¹ Al. 3, art. 20, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmäßige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden* ».

¹⁵⁴² « *Art. 97 Abs. 1 GG engt die Bindung des Richters nicht auf die Gesetzesunterworfenheit ein. Die Vorschrift ist ohne weiteres dahin zu ergänzen, daß die Richter auch an das ‚Recht‘ gebunden sind* ». G. Barbey, « § 74 Der Status der Richter », in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 3 (das Handeln des Staates), 2 éd., Heidelberg, Müller, 1996, p. 829 (n° 32 et s.).

¹⁵⁴³ « *Eingeschlossen ist auch das Gewohnheitsrechts* ». (en gras dans le texte) C. D. Classen, « Artikel 97 », in H. Mangold, F. Klein, C. Starck (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 3 (Art. 83-146), 5e éd., Munich, Vahlen, 2005, pp. 755-756 (n° 11).

521. A l'image de la Constitution de 1949, la Constitution de Weimar du 11 août 1919 (*Weimarer Verfassung*) garantissait, déjà, l'indépendance décisionnelle et personnelle du juge. Les termes des articles 102 et 104 de la Constitution de 1919 – insérés dans le chapitre VII intitulé « la justice » (*die Rechtspflege*) – étaient, d'ailleurs, relativement proches de ceux des articles 97 alinéa 1 et 97 alinéa 2 de la Loi Fondamentale de 1949. L'article 102 indiquait que « *les juges sont indépendants et ne sont soumis qu'à la loi* »¹⁵⁴⁴, alors que l'article 104 énonçait que « *les juges des juridictions de l'ordre judiciaire sont nommés à vie. Ils ne peuvent contre leur gré être relevés définitivement ou temporairement de leurs fonctions, être déplacés ou mis à la retraite qu'en vertu d'une décision judiciaire et seulement pour les motifs et dans les formes déterminés par la loi. La législation peut fixer les limites d'âge auxquelles les juges sont admis à faire valoir leurs droits à la retraite. La suspension [pour faute grave], qui intervient en vertu de la loi, n'est pas concernée ici. Dans le cas d'une modification dans l'organisation des tribunaux ou de leurs ressorts territoriaux, l'administration de la justice du Land (die Landesjustizverwaltung) peut ordonner que les juges soient contre leur gré déplacés vers un autre tribunal ou relevés de leurs fonctions, en conservant toutefois le bénéfice de l'intégralité de leur traitement. Ces dispositions ne s'appliquent pas aux juges du tribunal de commerce, aux juges non professionnels et aux jurés* »¹⁵⁴⁵.

522. A n'en pas douter, la rédaction des deux alinéas de l'article 97 de la Loi fondamentale allemande – comme celle, du reste, des articles 102 et 104 de la Constitution de 1919 – est susceptible de dérouter le lecteur français. Il est, en effet, plus habitué à la concision de l'article 64 de la Constitution française au terme duquel « *le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire. Il est assisté par le Conseil Supérieur de la Magistrature. Une loi organique porte statut des magistrats. Les magistrats du siège sont inamovibles* ». En l'occurrence, le pouvoir constituant s'est contenté, *a minima*, après avoir désigné comme gardien de l'indépendance de la justice le président de la république – ce qui peut sembler « *incongru* »¹⁵⁴⁶ – et après avoir renvoyé à une loi organique le soin de mettre en

¹⁵⁴⁴ Art. 102, Constitution du 11 août 1919 : « *Die Richter sind unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen* ».

¹⁵⁴⁵ Art. 104, Constitution du 11 août 1919 : « *Die Richter der ordentlichen Gerichtsbarkeit werden auf Lebenszeit ernannt. Sie können wider ihren Willen nur kraft richterlicher Entscheidung und nur aus den Gründen und unter den Formen, welche die Gesetze bestimmen, dauernd oder zeitweise ihres Amtes enthoben oder an eine andere Stelle oder in den Ruhestand versetzt werden. Die Gesetzgebung kann Altersgrenzen festsetzen, bei deren Erreichung Richter in den Ruhestand treten. Die vorläufige Amtsenthebung, die kraft Gesetzes eintritt, wird hierdurch nicht berührt. Bei einer Veränderung in der Einrichtung der Gerichte oder ihrer Bezirke kann die Landesjustizverwaltung unfreiwillige Versetzungen an ein anderes Gericht oder Entfernungen vom Amte, jedoch nur unter Belassung des vollen Gehalts, verfügen. Auf Handelsrichter, Schöffen und Geschworene finden diese Bestimmungen keine Anwendung* ».

¹⁵⁴⁶ G. Carcassonne, *La Constitution*, 9 éd., Paris, Editions du Seuil, 2009, p. 312.

œuvre cette indépendance, d'affirmer l'inamovibilité des magistrats. Finalement, tandis que le pouvoir constituant allemand a eu le souci de circonscrire très précisément certaines des incidences pratiques du concept général de l'alinéa 1, le pouvoir constituant français n'a pas produit tous ces efforts de définition et s'est contenté, après avoir renvoyé à une loi organique, d'affirmer l'inamovibilité des magistrats.

523. Cet écart dans la rédaction est susceptible de s'expliquer par la différence substantielle des conceptions française et allemande en matière de justice. La justice française se caractérise par une tradition de dépendance, qui trouve au minimum ses origines à la révolution¹⁵⁴⁷. A partir de 1789, les révolutionnaires se méfient de la puissance des juges, en réaction à l'omnipotence des grands corps d'Ancien Régime. A l'opposé de la justice française, la justice allemande se singularise, au contraire, par un statut privilégié, qui a, d'ailleurs, encore été renforcé au lendemain de la seconde guerre mondiale. Après 1945, le juge allemand a été érigé en gardien des droits fondamentaux¹⁵⁴⁸. Pour qu'il puisse garantir le nouvel ordre constitutionnel en vigueur, le juge a obtenu une indépendance absolue par rapport aux pouvoirs exécutif et législatif. Sur ce point, Anja Seibert-Fohr fournit quelques précisions. Elle montre que « *l'indépendance de la justice a joué un rôle important dans la construction d'une société démocratique dans la république fédérale d'Allemagne depuis la fin du Troisième Reich. La Loi fondamentale de 1949 avec son catalogue de droits détaillés a été une réaction à la dictature nazie qui a employé le pouvoir judiciaire pour mener une politique inhumaine. En vue de protéger ces droits fondamentaux dans le futur la nouvelle Constitution a prévu la séparation des pouvoirs et a donné au pouvoir judiciaire une fonction de surveillance indépendante. Depuis lors les juges ont été chargés du rôle de défendre la Constitution, y compris son catalogue de droits, contre les empiètements du gouvernement* »¹⁵⁴⁹. D'ailleurs et pour conclure sur ce point, il convient d'observer que les

¹⁵⁴⁷ Pour de plus amples renseignements, voir : *Infra*, dans la partie sur la France, n° 581 et s.

¹⁵⁴⁸ Les droits fondamentaux sont consacrés en tête de la Constitution dans les articles un à dix-neuf de la Loi fondamentale de 1949. Par exemple, l'article 1^{er} de la Loi fondamentale dispose : « *La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable* ». (« *Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt. Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt. Die nachfolgenden Grundrechte binden Gesetzgebung, vollziehende Gewalt und Rechtsprechung als unmittelbar geltendes Recht* »).

¹⁵⁴⁹ « *Judicial independence has played an important role in building a democratic order in the Federal Republic of Germany since the end of the Third Reich. The Basic Law of 1949 (Grundgesetz) with its elaborate rights catalogue was a reaction to the Nazi dictatorship which had used the judiciary to pursue its inhuman*

atteintes portées à l'indépendance de la justice en Allemagne sont, dans la pratique, relativement exceptionnelles. En ce qui concerne, en particulier, les empiètements du pouvoir exécutif sur l'indépendance décisionnelle, Anja Seibert-Fohr explique que « *les allégations d'ingérence dans les jugements par l'organe exécutif sont très rares. La haute opinion de l'indépendance de la justice qui est généralement partagée par toutes les parties de la population et les différents organes du gouvernement fournit une protection efficace contre les efforts ayant pour dessein d'influencer la prise de décision individuelle. Les ministres ne respectant pas l'indépendance décisionnelle auraient à faire face à des demandes énergiques exigeant leur démission* »¹⁵⁵⁰. De manière très claire, les quelques juges rencontrés lors de mon séjour en Allemagne confirment eux-aussi la singularité des entorses à l'indépendance décisionnelle¹⁵⁵¹. En particulier, le relais aux juges allemands des scandales autour de l'indépendance de la justice en France met en lumière le contraste entre l'indépendance de la justice allemande et française. Interrogés sur les pressions subies par les autres pouvoirs, les juges allemands répondent s'estimer pleinement indépendants dans l'exercice de leurs fonctions vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif. Tout au plus, ils admettent, parfois, que le pouvoir le plus craint est le pouvoir judiciaire lui-même¹⁵⁵².

Section 2 : Deuxième strate : les deux pistes conceptuelles concurrentes, l'indépendance institutionnelle et l'indépendance intérieure

524. Par rapport aux concepts centraux d'indépendance décisionnelle et d'indépendance personnelle, les concepts d'indépendance institutionnelle et d'indépendance intérieure font figure de concepts périphériques dans la doctrine allemande. Après avoir examiné en

policies. In order to protect these fundamental rights in the future the new constitution provided for the separation of powers and gave the judiciary an independent supervisory function. Since then judges have been entrusted with the role of defending the Basic Law, including its rights catalogue, against government encroachments ». A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 447.

¹⁵⁵⁰ « *Allegations of interference with adjudications by the executive branch are very rare. The high esteem for judicial independence which is usually shared by all parts of the population and the different branches of government provides for an effective safeguard against efforts to direct individual decision-making. Ministers not respecting substantive independence would have to face forceful demands for their resignation* ». *Id.*, p. 501. V. aussi : *Id.*, p. 494.

¹⁵⁵¹ Lors de nos séjours en Allemagne, nous avons notamment eu l'occasion de nous entretenir, le 24 février 2010, avec Jan Bergmann, qui exerçait les fonctions de juge au tribunal administratif de Mannheim (Jan Bergmann est, à présent, juge administratif à Stuttgart). Nous avons également interrogé, le 7 mai 2010, Carsten Schütz, juge au tribunal du contentieux social de Fulda.

¹⁵⁵² V. également en ce sens : A. Seibert-Fohr, « Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany », E. Riedel, R. Wolfrum (éd.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Rapports allemands présentés lors du XVIIe Congrès international de droit comparé, Utrecht 16 au 22 mai 2006, Berlin, Springer, 2006, p. 286 ; F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 181.

profondeur le concept d'indépendance institutionnelle (§1), il conviendra, ensuite, d'analyser en détail le concept d'indépendance intérieure (§2).

§1. Le concept d'indépendance institutionnelle : un concept polémique

525. A l'inverse de la grande majorité des auteurs allemands, Anja Seibert-Fohr fait valoir que l'indépendance ne couvre pas seulement deux dimensions – l'indépendance décisionnelle et personnelle –, mais qu'elle embrasse, en réalité, trois sens : l'indépendance décisionnelle, personnelle et institutionnelle. Pour reprendre les termes du professeur de l'université de Göttingen, « *en général, l'indépendance de la justice a été interprétée comme comprenant trois éléments : l'indépendance décisionnelle, l'indépendance institutionnelle (structural) et l'indépendance personnelle* »¹⁵⁵³. Le concept d'indépendance institutionnelle¹⁵⁵⁴ veut dire une plus grande séparation de *l'institution judiciaire* vis-à-vis des pouvoirs exécutif et législatif. Par le terme « *institutionelle Unabhängigkeit* », les auteurs et les acteurs font, plus précisément, référence à des éléments aussi divers que la désignation des juges par les juges eux-mêmes, l'autonomie concernant les décisions relatives à la promotion, la révocation ou le déplacement des juges et l'autonomie financière des tribunaux (c'est-à-dire l'établissement et l'administration du budget de la justice par les organes judiciaires eux-mêmes) : ils visent le concept II B (2) dans la typologie. Les locuteurs réclament également une plus grande indépendance du procureur (*Staatsanwalt*). Du reste, il convient encore de remarquer qu'en lieu et place de l'expression « *institutionelle Unabhängigkeit* », certains auteurs emploient

¹⁵⁵³ « *Judicial independence traditionally has been interpreted to comprise three elements: substantive independence, structural independence and personal independence* ». A. Seibert-Fohr, « Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany », E. Riedel, R. Wolfrum (éd.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Rapports allemands présentés lors du XVIIe Congrès international de droit comparé (Utrecht 16 au 22 mai 2006), Berlin, Springer, 2006, p. 270 ; V. aussi : A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 449.

¹⁵⁵⁴ La littérature sur le concept d'indépendance institutionnelle est particulièrement abondante. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de citer : E. G. Mahrenholz, « Justiz – eine unabhängige Staatsgewalt ? », *Deutsche Richterzeitung*, décembre 1991, pp. 432-437 ; H.-J. Papier, « Zur Selbstverwaltung der Dritten Gewalt », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 36, 2002, pp. 2585 et s. ; K. F. Röhl, « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *JuristenZeitung*, n° 17, 2002, pp. 838-847 ; J. W. Hoffmann-Riem, « Richterliche Unabhängigkeit in Zeiten struktureller Veränderungen der Justiz », in R. Pitschas, A. Uhle (éd.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik : Mélanges en l'honneur de Rupert Scholz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 499-517 ; T. Gross, « Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, pp. 347-353 (L'article de Thomas Gross a fait l'objet d'une traduction en langue anglaise dans : P.-A. Albrecht, J. Thomas (éd.), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe !: International Recommendations for an Independent Judicial Power*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009, pp. 39-45) ; H.-J. Papier, « "Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz" Eine sich selbst verwaltende Justiz wäre nicht vor der Gefahr eine Politisierung gefeit », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 4, 2009, pp. 125-126 ; G. Mackenroth, « Selbstverwaltung der Justiz – Zwischenbilanz in Frageform », *Deutsche Richterzeitung*, mars 2009, pp. 79-84.

l'expression synonymique d'indépendance organisationnelle (« *die organisatorische Unabhängigkeit* »)¹⁵⁵⁵. Les auteurs et les acteurs renvoient également régulièrement au concept d'indépendance institutionnelle en ayant recours à l'expression « *auto-administration de la justice* » (« *die Selbstverwaltung der Justiz* »).

526. Avant tout, l'examen des institutions allemandes permet de dresser un constat sur le concept d'indépendance institutionnelle: le concept d'indépendance institutionnelle est un concept faible, en ce qu'il y a un quasi-vide d'indépendance institutionnelle en droit positif¹⁵⁵⁶ (A). A partir de là, la fonction du concept d'indépendance collective se montre évidente. Loin de décrire seulement la pratique allemande, le concept d'indépendance institutionnelle sert surtout à la doctrine à critiquer le droit positif. Il est un concept normatif (B).

A. Le quasi-vide d'indépendance institutionnelle en droit positif

527. En vue de rendre compte du quasi-vide d'indépendance institutionnelle dans le droit positif allemand, il convient de prendre la mesure de la situation de la justice allemande en terme d'auto-administration. D'une manière générale, la justice allemande se caractérise *par un faible degré d'auto-administration*. « *Le modèle de l'administration du troisième pouvoir en Allemagne repose sur le concept de l'administration ministérielle (...)* »¹⁵⁵⁷, explique Fabian Wittreck. De cela, l'observateur extérieur ne doit, pour autant, pas déduire – hâtivement – que l'administration de la justice allemande se trouve dans un état de subordination et de dépendance par rapport au pouvoir exécutif¹⁵⁵⁸. Pour mieux appréhender

¹⁵⁵⁵ V. par exemple : A. Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 162 et s.

¹⁵⁵⁶ Un constat identique a été dressé à propos du concept d'indépendance collective Angleterre. A propos du concept d'indépendance collective anglais (encore appelé concept d'indépendance institutionnelle), il convient, d'ores et déjà, de signaler que son contenu *n'est pas le même* que celui du concept d'indépendance institutionnelle allemand. Pour une analyse approfondie des différences entre le concept d'indépendance institutionnelle allemand et le concept d'indépendance collective (ou institutionnelle) anglais, voir la conclusion de cette thèse.

¹⁵⁵⁷ « *Das Grundmodell der Verwaltung der Dritten Gewalt in Deutschland ist dem Konzept der Ministerialverwaltung entlehnt (...)* ». F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 344. V. aussi dans ce sens : U. Hochschild, *Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip*, thèse, Berlin, dissertation de 2010, p. 45. Disponible en ligne : <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=0CDIQFjAC&url=http%3A%2F%2Fpublikationen.ub.uni-frankfurt.de%2Ffiles%2F8029%2FHochschildUdo.pdf&ei=HVmgU7SYBe-R0QXZ6IGIAw&usq=AFQjCNEsX5uoQoH4qvTjI3MIDZnA3v96hQ&sig2=z0CoNooCQeAnwp2O5D83LA&bvm=bv.68911936,d.d2k> (date de consultation : 24/11/15).

¹⁵⁵⁸ « *Regardless of its outcome this issue should not lead an outside observer to presume that under the current model the judiciary is subordinate and that adjudication is dependent on executive control* ». (Nous soulignons). A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 516.

le modèle de l'administration de la justice allemande, l'observateur extérieur doit tenir compte de l'importance accordée en Allemagne au principe du *checks and balances*. Précisément, en lieu et place d'une stricte séparation des pouvoirs, l'Allemagne applique la règle du *checks and balances*. A partir de là, il y a donc peu de place pour l'autonomie complète de la justice. Anja Seibert-Fohr décrit l'état des choses en ces termes : « *Afin de comprendre le modèle actuel de l'administration ministérielle de la justice au vu de sa justification constitutionnelle, il est important de répéter que le concept allemand de séparation des pouvoirs est celui de freins et de contrepoids mutuels. Au lieu d'attribuer toutes les opérations qui sont d'une certaine manière liées aux juges au domaine des compétences judiciaires, la Loi fondamentale allemande distingue d'après la nature de la tâche en question (...)* »¹⁵⁵⁹. Dans la même veine, l'auteur précise encore : « *Au lieu d'être isolée structurellement des autres organes du gouvernement, la justice est responsable démocratiquement au travers de la sélection des juges et plus généralement de l'administration de la justice* »¹⁵⁶⁰.

528. Concrètement, au moins *trois exemples* permettent d'illustrer le faible degré d'auto-administration de la justice dans le droit positif allemand. Ce sont ces trois signes qui rendent impossible l'existence d'un concept d'indépendance institutionnelle tangible. Premier élément : le *budget de la justice* ne constitue aucunement une compétence exclusive des organes judiciaires. Au contraire, il est placé sous le contrôle du ministre compétent : selon qu'il est question des tribunaux de l'Etat fédéral ou des tribunaux des Länder, c'est le ministre fédéral de la justice ou le ministre compétent du Land (en général, le ministre de la justice) qui est en charge des questions de budget¹⁵⁶¹. Précisément, le budget de la justice est, en fait, proposé par le pouvoir exécutif et adopté par l'organe législatif¹⁵⁶².

¹⁵⁵⁹ « *In order to understand the current model of ministerial judicial administration on the basis of its constitutional rationale it is important to repeat that the German concept of separation of powers is one of mutual checks and balances. Instead of allocating all matters somehow relating to judges to the realm of judicial competences, the German Basic law distinguishes according to the nature of the relevant task* ». *Id.*, p. 455.

¹⁵⁶⁰ « *Instead of being structurally isolated from the other branches of government the judiciary is democratically accountable by means of judicial selection and judicial administration more* ». *Id.*, p. 450.

¹⁵⁶¹ « *Depending on the level of a court, and thus whether it is a federal or state court, this is either the federal Ministry of Justice or the competent state ministry (in most cases also a ministry of justice)* ». A. Seibert-Fohr, « *Judicial Independence in Germany* », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 456. Pour des renseignements complémentaires sur le budget de la justice, voir : F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 464-466.

¹⁵⁶² « *The budget of the judiciary which is proposed by the executive is adopted by the legislative branch* ». *Id.*, p. 456. V. aussi sur ce point Klaus F. Röhl : « *Nach dem Haushaltsverfahren, wie es in Art. 110 GG und in ähnlichen Bestimmungen der Länder geregelt ist, hat allein die Regierung das Recht zur Vorlage des Haushaltgesetzes an das Parlament (...)* ». K. F. Röhl, « *Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ?* », *JuristenZeitung*, n° 17, 2002, p. 844.

529. Deuxième élément : *la gestion administrative du corps des juridictions* n'est pas placée sous la responsabilité des organes judiciaires. Elle relève de l'exécutif. A nouveau, selon qu'il est question des tribunaux de l'Etat fédéral ou des tribunaux des Länder, c'est le ministre fédéral de la justice ou le ministre compétent du Land qui est celui à qui est confié cette tâche. Concrètement, cela veut dire que ce ne sont pas les organes judiciaires qui ont la charge des aspects techniques de la justice, à l'instar des infrastructures judiciaires, des équipements et du personnel administratif¹⁵⁶³.

530. Enfin ajouté à l'absence de budget et de gestion administrative du corps des juridictions autonome, *le recrutement des juges* est également problématique pour l'indépendance institutionnelle. D'emblée, il convient de signaler qu'il est particulièrement difficile de synthétiser la procédure de recrutement des juges. La raison en est que cette procédure est différente entre le niveau fédéral et les niveaux fédérés¹⁵⁶⁴. Surtout, elle varie aussi *considérablement* selon les Länder¹⁵⁶⁵. En des termes très généraux, à l'instar du budget de la justice, le recrutement des juges n'est nullement une compétence exclusive des organes judiciaires. Si, habituellement, les organes judiciaires participent à la sélection des juges au travers de commission de désignation des juges (*Richterwahlausschuss*) voire de conseil des présidents (*Präsidialrat*), les dites commissions ou les dits conseils n'ont, le plus souvent, qu'une influence limitée. « *Les conseils de la magistrature [ont en Allemagne] (...) moins de compétences que leur modèle franco-italien. Ces conseils sont limités dans le rôle qu'ils jouent en matière de sélection (...)* »¹⁵⁶⁶, constatent Nuno Garoupa et Tom Ginsburg. Fréquemment, c'est, en fait, surtout l'exécutif – en particulier, les ministres de la justice – qui a un rôle décisif. « *Les ministres d'Etat, et en particulier le ministre de la justice, jouent un rôle central dans la sélection des nouveaux juges* »¹⁵⁶⁷, explique Donald P. Kommers. En

¹⁵⁶³ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 456. *Id.*, p. 458. V. aussi sur ce point : J. Bell, « Judiciaries within Europe : A comparative Review », Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 114.

¹⁵⁶⁴ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 466.

¹⁵⁶⁵ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 466. En raison des différences substantielles entre le niveau fédéral et les niveaux fédérés et selon les Länder, notre présentation de la procédure de recrutement des juges en Allemagne est relativement schématique.

¹⁵⁶⁶ « (...) *judicial councils [have in Germany] (...) fewer competences than in the French-Italian model. These councils are limited to playing a role in selection* ». N. Garoupa, T. Ginsburg, « The Comparative Law and Economics of Judicial Councils », *Berkeley Journal of International Law*, vol. 27, n° 1, 2009, p. 59. Disponible en ligne : <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1364&context=bjil> (date de consultation : 24/11/15).

¹⁵⁶⁷ D. P. Kommers, « Autonomy versus Accountability : The German Judiciary », in P. H. Russell, D. M. O' Brien (dir.), *Judicial independence in the age of democracy: Critical Perspectives from around the world*,

rentrant un peu dans les détails, 1. au niveau fédéral, pour ce qui concerne les tribunaux les plus élevés dans la hiérarchie judiciaire, les juges « *sont choisis conjointement par le ministre fédéral compétent [en général, le ministre de la justice] et une commission de désignation des juges (Richterwahlausschuss) composée des 16 ministres du Land compétents et d'un nombre équivalent de membres élus par le parlement fédéral (Bundestag). Le pouvoir judiciaire joue un rôle purement consultatif et donc secondaire dans la procédure de sélection. Le conseil des présidents (Präsidentialräte) évalue la qualification des candidats mais leur évaluation n'a pas de force obligatoire* »¹⁵⁶⁸. Pour ce qui est de la Cour constitutionnelle fédérale¹⁵⁶⁹, la procédure est foncièrement distincte de celle applicable aux autres tribunaux fédéraux: le recrutement des 16 juges de la Cour constitutionnelle est éminemment influencée par les partis politiques, en ce que ce sont les membres du Bundestag et les membres du Bundesrat qui élisent les juges¹⁵⁷⁰. 2. Au niveau des Länder, il convient de distinguer plusieurs situations

Londres, University of Press Virginia, 2001, p. 144. Voir dans le même sens : J. Bell, « *Judiciaries within Europe : A comparative Review* », Cambridge, Cambridge University Press, 2007, p. 120 ; A. Seibert-Fohr, « *Judicial Independence in Germany* », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 450.

¹⁵⁶⁸ « *They [federal judges of the highest courts] are chosen jointly by the competent Federal Minister and a committee for the selection of judges (Richterwahlausschuss) consisting of the 16 competent Land ministers and an equal number of members elected by the federal parliament (Bundestag). The judiciary plays an exclusively consultative and thus secondary role in the selection process. Presidential Councils (Präsidentialräte) evaluate the qualification of candidates but their assessment is non-binding* ». A. Seibert-Fohr, « *Judicial Independence in Germany* », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 509 ; V. aussi : J. Riedel, « *Training and Recruitment of Judges in Germany* », *International Journal for Court Administration*, vol. 5, n° 2, octobre 2013, p. 47. Disponible sur : <http://www.ijcajournal.org/index.php/ijca/article/view/12/98> (date de consultation: 24/11/15) ; V. enfin le texte applicable en la matière, l'alinéa 2 de l'article 95 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Les juges de ces cours suprêmes sont nommés conjointement par le ministre fédéral compétent pour la matière considérée et par une commission de choix des juges, composée des ministres des Länder compétents pour la matière considérée et d'un nombre égal de membres élus par le Bundestag* ».

¹⁵⁶⁹ Pour de plus amples renseignements sur la Cour constitutionnelle fédérale en français, voir : M. Fromont, « *La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne – Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne* », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, 2003, pp. 162-179 ; C. Starck, « *La Cour constitutionnelle fédérale : son rôle et ses effets* », in L. Favoreu, *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 455-471.

¹⁵⁷⁰ « *The selection of constitutional court judges is a political process. Half the judges of the Federal Constitutional Court are elected by the Bundestag (federal parliament) and half by the Bundesrat (state chamber). Those elected are appointed by the Federal President. The court is made up of federal judges and other members who may not at the same time hold office in the federal or state governments. Three judges of each of the two senates of the court are elected from among the judges of the five supreme federal courts of justice; in practice most of the remaining five members in each senate are law professors; at least they must have completed both legal state examinations. A two thirds majority is required for the election of a judge* ». A. Seibert-Fohr, « *Judicial Independence in Germany* », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 513 ; V. aussi : F. O'Connell, R. McCaffrey, « *Judicial appointments in Germany and the United States* », Research and Information Service Research Paper (réf. NIAR 175-12), Northern Ireland Assembly, mars 2012, p. 16. Disponible sur : <http://www.niassembly.gov.uk/Documents/RaISe/Publications/2012/justice/6012.pdf> (date de consultation : 24/11/15) ; V. enfin le texte applicable en la matière, l'alinéa 1 de l'article 94 de la Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *La Cour constitutionnelle fédérale se compose de juges fédéraux et d'autres membres. Les membres de la Cour constitutionnelle fédérale sont élus pour moitié par le Bundestag et pour moitié par le Bundesrat. Ils ne*

possibles : a) Tandis que dans la majorité des Länder la compétence pour choisir et nommer les juges appartient au ministre de la justice, dans d'autres – comme, par exemple, en Rhénanie-du-Nord-Wesphalie – elle a été déléguée au président du Tribunal régional supérieur (*Oberlandesgericht*)¹⁵⁷¹. b) Tandis que dans certains Länder la compétence pour choisir et nommer les juges appartient exclusivement au ministre de la justice, dans plusieurs Länder – comme, par exemple, en Hesse¹⁵⁷² – des commissions de désignation des juges (*Richterwahlausschuss*) ont été établies¹⁵⁷³. Dans ce dernier cas, les *Richterwahlausschüsse* choisissent le candidat conjointement avec le ministre compétent. « *Ces commissions sont en général composées de membres du parlement, de membres du pouvoir judiciaire [en général, des juges] et d'un avocat* »¹⁵⁷⁴, nous dit Anja Seibert-Fohr. c) Dans quelques Länder, le choix et la nomination des juges impliquent encore la participation d'un conseil des présidents (*Präsidialrat*). Leur rôle varie selon les Länder : ils peuvent fournir un avis à titre consultatif (par exemple, en Sarre), voire même être capable de bloquer une nomination¹⁵⁷⁵. Dans le Land du Bade-Wurtemberg, la situation est relativement singulière : avant toute nomination, le *Präsidialrat* doit être consulté pour donner son avis sur le candidat dont la nomination est proposée par l'exécutif. En cas de désaccord entre le ministre de la justice et le conseil des présidents, le *Richterwahlausschuss* agit comme médiateur¹⁵⁷⁶.

531. Pour ce qui concerne le quasi-vide d'indépendance institutionnelle en Allemagne, il convient encore d'apporter deux précisions. La première concerne la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*). Par rapport aux autres tribunaux, elle se trouve dans une

peuvent appartenir ni au Bundestag, ni au Bundesrat, ni au Gouvernement fédéral, ni aux organes correspondants d'un Land ».

¹⁵⁷¹ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 466 ; J. Riedel, « Training and Recruitment of Judges in Germany », *International Journal for Court Administration*, vol. 5, n° 2, octobre 2013, p. 46.

¹⁵⁷² L'alinéa 3 de l'article 127 de la Constitution de la Hesse dispose que « *le ministre de la justice décide conjointement avec une commission de désignation des juges en ce qui concerne le choix préliminaire et la nomination à vie* ». (« *Über die vorläufige Anstellung und die Berufung auf Lebenszeit entscheidet der Justizminister gemeinsam mit einem Richterwahlausschuß* »).

¹⁵⁷³ Selon Johannes Riedel qui publie ses travaux en octobre 2013, huit des seize Länder disposent de *Richterwahlausschüsse*. Il s'agit de : Bade-Wurtemberg, Berlin, Brandebourg, Brême, Hambourg, Hesse, Schleswig-Holstein, Thuringe. J. Riedel, « Training and Recruitment of Judges in Germany », *International Journal for Court Administration*, vol. 5, n° 2, octobre 2013, p. 43. Cf. l'article 98 al. 4 de la Loi fondamentale qui prévoit que « *les Länder peuvent décider que la nomination des juges des Länder appartient au ministre de la justice du Land conjointement avec une commission du choix des juges* ». (Nous soulignons).

¹⁵⁷⁴ « *these committees are usually composed of members of parliament, judicial members and a private attorney* ». A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 467.

¹⁵⁷⁵ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 467.

¹⁵⁷⁶ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 461. V. article 43 *Landesrichtergesetz* du Bade-Wurtemberg.

situation particulière, en ce qu'elle jouit d'un plus fort degré d'auto-administration. En particulier, elle dispose de son propre budget (qui est approuvé par le *Bundesrat*), gère seule ses ressources financières et nomme elle-même l'ensemble du personnel travaillant à la Cour¹⁵⁷⁷. La seconde remarque a rapport avec les changements récents intervenus en terme d'auto-administration. D'une manière générale, il apparaît que l'auto-administration de la justice a tendance à se renforcer graduellement. Selon les propres termes d'Anja Seibert-Fohr, « *la forte supervision traditionnelle du pouvoir exécutif s'est atténuée de manière substantielle (...) les anciennes structures [ont] été ajustées dans l'intérêt de l'indépendance de la justice, en vue de donner au pouvoir judiciaire un rôle considérable dans de nombreux domaines de l'administration* »¹⁵⁷⁸, nous dit Anja Seiber-Fohr. C'est, entre autres choses, le cas en qui concerne *la gestion administrative du corps des juridictions* (deuxième élément). La consolidation de l'indépendance institutionnelle dans ce domaine s'explique notamment par des contraintes financières. Sur ce point, Anja Seibert-Fohr fournit quelques explications : « *au cours des dernières décennies pour des raisons financières l'influence des ministres compétents a été réduite pour ce qui concernent les opérations quotidiennes de l'administration de la justice. Un nombre substantiel de tâches administratives qui sont relatives à l'administration des tribunaux sont pris en charge par les tribunaux supérieurs, à savoir les présidents des tribunaux concernés qui sont responsables de l'organisation des bureaux des tribunaux et de leur personnel* »¹⁵⁷⁹.

532. Cette évolution récente ne saurait toutefois remettre en cause le constat général d'un quasi-vide d'indépendance institutionnelle dans le droit positif allemand. De l'absence presque totale d'indépendance institutionnelle en droit positif, il peut être déduit que le concept d'indépendance institutionnelle ne rend pas compte de la réalité juridique. Le quasi-vide d'indépendance institutionnelle dans la pratique montre que l'indépendance

¹⁵⁷⁷ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 512 ; F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 276-282.

¹⁵⁷⁸ « *The traditional strong oversight by the executive has been softened substantially (...) old structures [have] been adjusted in the interest of judicial independence, giving the judiciary a considerable role in various fields of administration* ». *Id.*, p. 516.

¹⁵⁷⁹ « *Over recent decades for financial reasons the influence of the competent ministries has been reduced in the daily operation of judicial administration. A substantial number of administrative matters relating to the administration of courts are handled by higher courts, namely the respective court presidents who are responsible for the organization of the offices of the courts and their staff* ». A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 456.

institutionnelle est inadéquate d'un point de vue descriptif¹⁵⁸⁰. Ainsi, plutôt que d'être un concept descriptif, le concept d'indépendance institutionnelle est, en fait, un concept normatif. Il n'a pas vocation à refléter le droit positif. Par contre, il a pour dessein de le critiquer.

B. Un concept normatif employé pour critiquer le droit positif

533. L'examen du concept d'indépendance institutionnelle implique de s'intéresser à la distinction entre concept descriptif et concept normatif¹⁵⁸¹. En effet, même s'il a l'apparence d'un concept descriptif, le concept d'indépendance institutionnelle est, en réalité, un concept normatif (ou prescriptif). Il ne constitue pas l'expression de quelque chose qui est (*sein*), mais plutôt l'expression de quelque chose qui doit être (*sollen*). Concrètement, sous couvert d'un exposé scientifique descriptif, le concept normatif d'indépendance institutionnelle a, pour l'essentiel, deux desseins : d'une manière générale, il sert, d'abord, à critiquer la réalité juridique. Plus précisément, il sert, ensuite, à orienter l'action du législateur. L'objectif des auteurs et des juges allemands est que le concept d'indépendance institutionnelle devienne une norme de droit positif.

534. Au moins deux signes attestent de ce que le concept d'indépendance institutionnelle est effectivement un concept normatif employé pour critiquer le droit positif. Le premier est lié à la tonalité et au lexique employés par certains auteurs et juges, qui appréhendent l'indépendance institutionnelle. Loin de décrire simplement le droit positif, quelques auteurs et juges utilisent un ton et à un lexique, qui s'inscrivent clairement dans le registre revendicatif. Le professeur Klaus F. Röhl emploie le mot « *rude* »¹⁵⁸² pour qualifier le ton et le lexique entourant le concept d'indépendance institutionnelle. Surtout, un second élément confirme indirectement que le concept d'indépendance institutionnelle est un concept normatif employé pour critiquer le droit positif. Il s'agit de l'absence d'unanimité totale autour de l'indépendance institutionnelle dans la littérature allemande. En tant que concept normatif, l'indépendance institutionnelle n'est pas un concept consensuel. Parmi ceux qui ont émis des doutes sur le concept d'indépendance collective figurent, entre autres exemples,

¹⁵⁸⁰ Pour de plus amples renseignements sur ce point, voir : C. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. XI, 1966, p. 29.

¹⁵⁸¹ Pour d'autres détails sur la distinction entre concept descriptif et concept normatif, voir l'analyse déjà consacrée au concept d'indépendance collective en Angleterre. Voir spéc. *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 369 et s.

¹⁵⁸² « *Der Ton ist heute ähnlich rau wie damals* ». (Nous soulignons). K. F. Röhl, « *Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ?* », *Juristenzeitung*, n° 17, 2002, p. 844.

l'ancien Président de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne Hans-Jürgen Papier¹⁵⁸³ ou le Professeur de l'Université de Münster Fabian Wittreck¹⁵⁸⁴. Lorsque l'un et l'autre s'intéressent au concept d'indépendance institutionnelle, ils ne l'emploient pas pour critiquer le droit positif. Ils n'expriment aucune prescription. Au contraire, ils affirment que l'indépendance institutionnelle n'existe pas et n'a, de toute façon, pas besoin d'exister. En particulier, Hans-Jürgen Papier montre qu' « *en résumé, le système actuel ne constitue donc pas une "relique" de la période pré-démocratique* »¹⁵⁸⁵. Au soutien de son propos, il met notamment en avant le concept central de « légitimation démocratique » (*die demokratische Legitimation*)¹⁵⁸⁶, qui renvoie à la première phrase de l'alinéa 2 de l'article 20 de la Loi fondamentale allemande au terme duquel « *tout pouvoir d'Etat émane du peuple* »¹⁵⁸⁷ et qui implique une influence effective du peuple comme souverain sur l'exercice de chacun des trois pouvoirs d'Etat. L'ancien juge constitutionnel explique que l'auto-administration de la justice conduirait à une rupture des liens entre l'organe exécutif (lui-même responsable devant

¹⁵⁸³ H-J. Papier, « Zur Selbstverwaltung der Dritten Gewalt », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 36, 2002, pp. 2585 et s ; H-J. Papier, « "Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz" Eine sich selbst verwaltende Justiz wäre nicht vor der Gefahr eine Politisierung gefeit », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 4, 2009, pp. 125-126.

¹⁵⁸⁴ F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 127-131. Carsten Schütz, juge au tribunal du contentieux social de Fulda, développe une position identique à celle défendue par Hans-Jürgen Papier et Fabian Wittreck. Lors d'un entretien à Fulda le 7 mai 2010, à la question de savoir quel est le sens du concept d'indépendance institutionnelle, il nous répond que l'indépendance institutionnelle n'existe pas. « *La notion existe et veut dire que le tribunal comme organisation serait indépendant, soi-disant indépendant. Cela n'est pas vrai. Seuls les juges individuels sont indépendants. L'institution "tribunal", celle-là n'est pas indépendante. Nous recevons l'argent, que le ministre donne, et pas un centime de plus. Et lorsque le ministre des finances dit "restrictions budgétaires", en particulier qu'il n'y a plus d'argent pour les trois prochains mois, alors nous n'en recevons plus non plus. Nous ne sommes pas indépendants d'un point de vue institutionnel. L'institution "tribunal" est rattachée à l'appareil gouvernemental, à un ministère. Et par conséquent, d'un point de vue institutionnel, donc en tant qu'organisation, elle n'est pas indépendante* ». (« *Der Begriff existiert und meint, das Gericht als Organisation unabhängig, angeblich unabhängig wären. Das stimmt aber nicht. Unabhängig sind nur die einzelnen Richter. Die Institution "Gericht", die ist nicht unabhängig. Wir kriegen das Geld, was der Minister sagt, und keinen Pfennig mehr. Und wenn der Finanzminister sagt, "Haushaltssperre", also es gibt kein Geld mehr für die nächsten 3 Monate, dann kriegen wir auch keins. Wir sind nicht institutionell unabhängig. Die Institution "Gericht" ist angehängt an einen Regierungsapparat, an ein Ministerium. Und deshalb institutionell, also als Institution, also als Organisation, ist es nicht unabhängig* »). Pour une position inverse à celle défendue par Papier, Wittreck ou Schütz, voir: T. Gross, « Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, pp. 347-353. Thomas Gross défend fermement l'indépendance institutionnelle de la justice.

¹⁵⁸⁵ « *Insgesamt handelt es sich beim bestehenden System deshalb nicht um ein "Relikt" aus vordemokratischer Zeit* ». H-J. Papier, « "Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz" Eine sich selbst verwaltende Justiz wäre nicht vor der Gefahr eine Politisierung gefeit », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 4, 2009, p. 125.

¹⁵⁸⁶ Pour de plus amples renseignements sur le concept de légitimation démocratique en particulier dans son rapport avec le pouvoir judiciaire, voir, entre autres : F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 114-173 ; C. Sennekamp, « Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus ! Demokratieprinzip und Selbstverwaltung der Justiz », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 213 et s ; A. Vosskuhle, G. Sydow, « Die demokratische Legitimation des Richters », *Juristenzeitung*, vol. 57, 2002, pp. 673-682 ; A. Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 410 p. ; J. M. von Barga, « Die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter in Deutschland – Teil 1 », *Deutsche Richterzeitung*, mars 2010, pp. 101-102.

¹⁵⁸⁷ Al. 2, art. 20, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus* ».

l'organe législatif) et l'organe judiciaire, et par voie de conséquence à un déficit de légitimité démocratique de l'organe judiciaire. Selon ses propres termes, « *l'administration de la justice est à l'origine une activité de l'exécutif avec une marge de manœuvre non négligeable dans certains cas. Il est ici nécessaire pour des raisons démocratique et étatique d'assurer une influence prépondérante du peuple comme souverain sur l'exercice de la puissance publique (...) L'administration de la justice a précisément besoin d'une légitimation démocratique complète et d'un rattachement à la représentation nationale. Dans le système traditionnel allemand, cela est assuré par les membres compétents des gouvernements, eux-mêmes légitimés par les Parlements. Eu égard à la responsabilité du gouvernement vis-à-vis du parlement, ce système est (...) un élément essentiel dans la chaîne de légitimation démocratique* »¹⁵⁸⁸.

535. D'un point de vue temporel, c'est, surtout, depuis le début des années 2000 que le concept normatif d'indépendance institutionnelle se trouve au cœur de l'actualité. Avant les années 2000, il existait, certes, déjà une certaine demande d'auto-administration de la justice. Elle s'était manifestée une première fois en 1951¹⁵⁸⁹, puis une seconde fois en 1953¹⁵⁹⁰. Toutefois, les revendications en question ne possédaient nullement la dimension qu'elles revêtent à l'heure actuelle. De manière très précise, le tournant a, en fait, eu lieu au cours du mois de mars 2001¹⁵⁹¹. A cette date, l'*Association des juges allemands (Deutscher Richterbund, ou DRB)*, qui constitue le « syndicat » des juges et des avocats le plus important en terme d'adhérents¹⁵⁹², propose un modèle d'auto-administration de la justice, appelé *Zwei-Säulen Modell* (modèle des deux piliers). En des termes très généraux, ledit modèle repose sur

¹⁵⁸⁸ « *Demgegenüber ist die Justizverwaltung eine originär exekutivische Tätigkeit mit teilweise erheblichen Handlungsspielräumen. Hier ist es aus demokratie-staatlichen Gründen erforderlich, ein maßgeblichen Einfluss des Volks als Souverän auf die Ausübung der Staatsgewalt sicherzustellen (...) Wie gesagt, bedarf gerade auch die Justizverwaltung einer lückenlosen demokratischen Legitimation und Rückanbindung an die Volksvertretung. Dies wird im traditionellen deutschen System durch die zuständigen Mitglieder der Regierungen, die sich wiederum über die Parlamente legitimieren, gewährleistet. Dies ist (...) wegen der Verantwortung der Regierung gegenüber dem Parlament ein wichtiger Baustein in der demokratischen Legitimationskette* ». H.-J. Papier, « "Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz" Eine sich selbst verwaltende Justiz wäre nicht vor der Gefahr eine Politisierung gefeit », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 4, 2009, p. 125.

¹⁵⁸⁹ K. F. Röhl, « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *JuristenZeitung*, n° 17, 2002, p. 838.

¹⁵⁹⁰ K. F. Röhl, « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *JuristenZeitung*, n° 17, 2002, p. 838.

¹⁵⁹¹ K. F. Röhl, « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *Juristenzeitung*, n° 17, 2002, p. 838.

¹⁵⁹² Ce que recouvre en France la notion de « syndicat » n'est pas entièrement appropriée pour qualifier le *Deutscher Richterbund*. Sur ce point, Anja Seibert-Fohr fournit quelques précisions : « *Les associations de juges en Allemagne ne jouent pas le même rôle moteur qu'en Italie, en Espagne ou en France, mais elles participent activement au débat public et ont été ces derniers temps très actives pour défendre la réforme de l'administration judiciaire* ». (« *Judges' associations in Germany do not play the same forceful role as in Italy, Spain and France, but they actively participate in public discussion and have lately been very active in advocating reform of judicial administration* »). A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 495-496.

la mise en place d'une commission de désignation de la justice (*Justizwahlausschuss*, ou JWA) et d'un conseil d'administration de la justice (*Justizverwaltungsrat*, ou JVR) dans chaque Land et au niveau fédéral¹⁵⁹³. Le *Justizwahlausschuss* est responsable du choix des membres du conseil d'administration de la justice et est tenu de prendre la décision finale en cas de désaccord entre le conseil d'administration de la justice et le conseil des présidents (*Präsidialrat*) ou le conseil du personnel des procureurs (*Hauptpersonalrat der Staatsanwälte*) sur les questions de recrutement, de nomination à vie et de promotion des juges et des procureurs. Il est composé pour moitié de juges et/ou de procureurs élus, pour moitié de membres du Parlement et est présidé par le Président du Parlement. Le *Justizverwaltungsrat* est chargé d'établir le budget de la justice et de l'administrer ; il est notamment compétent en ce qui concerne le contrôle hiérarchique des juges et des procureurs et doit être consulté dans le cadre de l'adoption des nouvelles lois qui intéressent la justice¹⁵⁹⁴. Il comprend des juges, un procureur et un avocat, ce dernier n'ayant au sein du conseil qu'une voix consultative. Plus tard, la *Nouvelle Association des juges (Neue Richtervereinigung)*, qui est le deuxième « syndicat » des juges et avocats en terme d'adhérents, a elle-aussi présenté un modèle d'auto-administration de la justice, dont certains commentateurs ont jugé qu'il « *va encore plus loin* »¹⁵⁹⁵. A l'appui de leurs réflexions, le DRB et le NRV se fondent notamment sur les expériences étrangères : la France avec son Conseil supérieur de la Magistrature et plus encore l'Italie avec son *Consiglio superiore della magistratura*¹⁵⁹⁶ servent, à cet égard, d'exemples, car les deux pays sont perçus comme ayant des traditions d'auto-administration de la justice plus prononcées.

536. Pour le moment (juillet 2015), ni le projet d'auto-administration soutenu par le DRB ni celui défendu par le NRV n'ont été traduits dans le droit positif. Depuis le début de l'année 2013, force est de constater que les réformes en matière d'auto-administration de la justice semblent être au point mort. La principale raison à la présente situation est qu'aucun des deux

¹⁵⁹³ V. sur ce point : Deutscher Richterbund, *Thesenpapier zur Selbstverwaltung der Justiz : Zwei-Säulen-Modell* (2007). Disponible sur : http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/sv_modell_070427.pdf (date de consultation: 24/11/15).

¹⁵⁹⁴ Pour plus de précisions sur le rôle du conseil d'administration de la justice dans le modèle proposé par le *Deutscher Richterbund*, voir : K. F. Röhl, « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *Juristenzeitung*, n° 17, 2002, p. 838.

¹⁵⁹⁵ A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 462. Pour de plus amples renseignements sur le modèle d'auto-administration mis en avant par le *Neue Richtervereinigung*, voir notamment: *Ibidem*.

¹⁵⁹⁶ Sur le modèle de l'*autogoverno* italien, voir : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, 449 p. spéc. *Id.*, pp. 230-238 ; *Id.*, pp. 293-305.

projets de lois déposés par le groupe parlementaire « die Linke » le 28 novembre 2012 en vue de modifier la réalité juridique et d'appliquer en droit positif le concept normatif d'indépendance institutionnelle n'a été adopté : l'un des projets de loi était intitulé : « projet de (...) loi pour modifier la Loi fondamentale – Garantir l'indépendance institutionnelle de la justice » [*Entwurf eines (...) Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz*]¹⁵⁹⁷. Il était destiné à introduire le concept d'indépendance institutionnelle dans la Constitution allemande. L'autre projet avait pour titre : « projet de loi pour garantir l'indépendance institutionnelle de la justice » [*Entwurf eines Gesetzes zur Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz*]¹⁵⁹⁸. Il visait à modifier la *Gerichtsverfassungsgesetz* et la *Deutsches Richtergesetz* en vue de renforcer la participation de l'organe judiciaire dans l'administration de la justice. Au cœur de la réforme se trouvait aussi l'indépendance du procureur, dont le statut était rattaché à celui des juges. Ce sont, avant tout, l'avis négatif majoritaire des experts nommés¹⁵⁹⁹ et l'absence de soutien des grands partis politiques (à l'instar du SPD ou de la CDU)¹⁶⁰⁰ qui ont entraîné l'abandon des deux projets de loi. De l'échec de la réforme, il résulte, finalement, que le concept d'indépendance institutionnelle est demeuré un concept normatif.

¹⁵⁹⁷ Entwurf eines (...) Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 28.11.2012. Disponible sur : https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/bundesvorstand/pdfs/BuVo-2012-12-06_BT-Drs_17_11701.pdf (date de consultation: 24/11/15).

¹⁵⁹⁸ Entwurf eines Gesetzes zur Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 28.11.2012. Disponible sur : https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/bundesvorstand/pdfs/BuVo-2012-12-06_BT-Drs_17_11703.pdf (date de consultation: 24/11/15).

¹⁵⁹⁹ Parmi les experts nommés figurait le Professeur Hans-Jürgen Papier (ancien président de la Cour constitutionnelle allemande), les professeurs Wittreck et Albrecht, Werner Kannenberg (*Neue Richtervereinigung*) et Christoph Frank (*Deutscher Richterbund*). Suite à quelques questions posées par email à propos des deux projets de lois déposés par le groupe parlementaire « die Linke », Werner Kannenberg nous fournit (en français !) cette réponse : « *sauf des discussions, rien ne s'est passé, nul projet n'a été adopté (...) Mais dans la situation actuelle, une proposition soutenue par les gauches ne serait jamais adoptée. C'est aussi parce que l'ancien président de la Cour Constitutionnelle Papier s'oppose strictement de tout idée d'auto-gouvernement et lui est normalement présenté par la SPD comme expert pour les discussions - donc la position de la SPD reste pour le moment infavorable. (...) Donc rien ne va bouger dans l'avenir proche en Allemagne dans ce domaine* ». (email du 25/06/14).

¹⁶⁰⁰ Dans un email daté du 8 juillet 2014, Elisabeth Kreth, responsable au sein du *Deutscher Richterbund* de la thématique « autonomie de la justice », nous écrit : « *malheureusement le projet de loi [du groupe parlementaire "die Linke"] n'a pas reçu le soutien des autres partis, de sorte qu'il n'y pas jusqu'à présent de changement en ce qui concerne une plus grande autonomie de la justice en Allemagne. Nous bénéficions du soutien des petits partis (les Verts, et une partie du FDP), mais les grands partis notamment rejettent (dans l'immédiat) une réforme fondamentale de la justice pour ce qui intéresse l'auto-administration* ». (« *Leider hat dieser Gesetzentwurf [der Fraktion die Linke] nicht die Unterstützung der anderen Parteien gefunden, so dass es bislang keine Veränderungen im Hinblick auf eine größere Autonomie der Justiz in Deutschland gibt. Wir erhalten durchaus Unterstützung von den kleineren Parteien (Grüne und z. T. FDP), aber insbesondere die großen Parteien lehnen (derzeit) eine grundlegende Reform der Justiz im Hinblick auf eine Selbstverwaltung ab* »).

537. Pour terminer avec le concept normatif d'indépendance institutionnelle, il convient encore de signaler un dernier élément: dans le fond, l'appel à plus d'indépendance institutionnelle coïncide avec l'irruption du management dans l'administration de la justice (*Gerichtsmanagement*)¹⁶⁰¹. Il constitue une *réaction* aux modèles managériaux qui s'imposent de plus en plus à la justice. Par l'expression « management judiciaire », il faut entendre, pour l'essentiel, l'introduction d' « *outils de mesure de la charge de travail des magistrats ; [de] processus d'évaluation et de contrôle de la qualité ; [d'] indicateurs chiffrés de productivité, [de] tableaux de bord et benchmarking ; [de] définition de critères de performance pour l'allocation des moyens et des primes* »¹⁶⁰². En résumé, il faut comprendre : rationalisation des coûts et accroissement de la performance, c'est-à-dire augmentation du nombre d'affaires à traiter en un temps plus court. Indispensable dans un contexte de restriction budgétaire, le nouveau management de la justice suscite toute une série de craintes et de questionnements. En particulier, les acteurs du monde judiciaire mettent en avant la tension entre les techniques d'évaluation et de contrôle mises en place par le pouvoir exécutif et le principe de l'indépendance de la justice¹⁶⁰³. Pour dépasser cette contradiction, l'auto-administration est avancée comme parade¹⁶⁰⁴. Concrètement, cela veut dire que certains auteurs et juges font valoir que l'accroissement des impératifs de performance et de maîtrise des coûts ne peut aller de pair qu'avec une plus grande implication de l'organe judiciaire dans l'administration de la justice. Au lieu de renforcer le contrôle du ministre de la justice sur les tribunaux et les juges, il s'agit de leur transférer de plus en plus de responsabilité en matière d'administration de la justice.

538. En comparaison des nombreux travaux consacrés au concept normatif d'indépendance institutionnelle, les travaux relatifs au concept d'indépendance intérieure (*die innere*

¹⁶⁰¹ Pour plus de précisions sur l'irruption du *Gerichtsmanagement* en Allemagne, voir : A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 496-498.

¹⁶⁰² B. Frydman, E. Jeuland, « Présentation », in B. Frydman, E. Jeuland (dir.), *Le nouveau management de la justice et l'indépendance des juges*, Paris, Dalloz, 2011, p. 5.

¹⁶⁰³ V. par exemple sur ce point : P-A. Albrecht, « Could an independent Judiciary be a Counterbalance to the Erosion of European Principles of Criminal Law ? », in P-A. Albrecht, J. Thomas (éd.), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe ! : International Recommendations for an Independent Judicial Power*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009, p. 25.

¹⁶⁰⁴ V. sur ce point : K. F. Röhl, « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *Juristenzeitung*, n° 17, 2002, pp. 839 et s. spéc. : *Id.*, p. 840 ; *Id.*, p. 843.

Unabhängigkeit) apparaissent moins abondants¹⁶⁰⁵. Plus encore, ce qui frappe par rapport aux débats agités autour du concept d'indépendance institutionnelle est que les discussions autour du concept d'indépendance intérieure apparaissent nettement moins nourries.

§2. Le concept d'indépendance intérieure : norme de droit positif ou standard hors du droit ?

539. Avant de s'intéresser à la question de savoir si le concept d'indépendance intérieure constitue une norme de droit positif ou un standard hors du droit, il convient d'examiner le problème de la signification du concept d'indépendance intérieure (concept I A (2) dans la typologie). Avant toute chose, ce que recouvre le concept d'indépendance intérieure est l'obligation de faire fi « *des influences, lesquelles ont modelé ou modèlent la personnalité d'un juge, qui ont donc pour effet, qu'il a au fond des opinions bien définies du droit, de l'Etat, de la société et de la vie* »¹⁶⁰⁶. Cette définition du concept d'indépendance fournie par Konrad Zweigert se rapproche de celle donnée par Gerd Pfeiffer. A l'image de Zweigert, Pfeiffer montre que « *parmi les éléments, qui sont importants pour l'indépendance intérieure du juge, peuvent être généralement en premier lieu cités ses origines, son appartenance à une classe sociale particulière, sa religion tout comme son parcours scolaire et professionnel. Ces facteurs, en particulier les origines, sont sans aucun doute de nature à façonner de manière forte les opinions fondamentales du juge et à influencer conjointement avec d'autres causes le résultat de son activité juridictionnelle* »¹⁶⁰⁷.

540. Au-delà de la mise à distance du juge vis-à-vis de son éducation, de ses origines, de sa religion ou de ses expériences personnelles – qui constitue le cœur de l'indépendance intérieure –, il apparaît que les auteurs, qui emploient le mot « *innere Unabhängigkeit* », font référence à d'autres éléments particulièrement divers. Pfeiffer explique que l'indépendance

¹⁶⁰⁵ Les principales références en la matière sont : K. Zweigert, « Zur inneren Unabhängigkeit des Richters », in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967, pp. 711 et s. ; G. Pfeiffer, « Die innere Unabhängigkeit des Richters », in W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pp. 67-79.

¹⁶⁰⁶ « (...) Einflüsse, welche die Persönlichkeit eines Richters geformt haben oder formen, die also bewirken, dass er bestimmte Anschauungen von Recht, Staat, Gesellschaft und von Leben überhaupt hat ». K. Zweigert, « Zur inneren Unabhängigkeit des Richters », in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967, p. 715.

¹⁶⁰⁷ « Unter den Umständen, die für die innere Unabhängigkeit des Richters von Bedeutung sind, werden im allgemeinen in erster Linie seine Herkunft, seine Zugehörigkeit zu bestimmten sozialen Schichten, seine Konfession sowie sein schulischer und beruflicher Werdegang genannt. Diese Faktoren, insbesondere die Herkunft, sind ohne Zweifel geeignet, die Grundanschauungen des Richters wesentlich zu prägen und im Zusammenwirken mit anderen Ursachen das Ergebnis seiner rechtsprechenden Tätigkeit zu beeinflussen ». G. Pfeiffer, « Die innere Unabhängigkeit des Richters », in W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, p. 69.

intérieure du juge peut être mise en danger par *la routine*, c'est-à-dire en particulier par la monotonie et l'absence de variété de l'activité juridictionnelle¹⁶⁰⁸ ou encore par *le système d'appréciation et de promotion*¹⁶⁰⁹. Sur ce dernier point, Pfeiffer précise que « *les objectifs de carrière n'agissent certes pas en général délibérément sur la prise de décision. Le danger d'une influence involontaire ne doit toutefois pas être sous-estimé* »¹⁶¹⁰. De manière – à notre avis – plus problématique, Zweigert signale aussi que l'indépendance intérieure peut être mise en péril par *les pressions en provenance de l'opinion publique*¹⁶¹¹. Pfeiffer renvoie, en particulier, à celles en provenance *des médias de masse*¹⁶¹². Il mentionne encore les influences en provenance des tribunaux supérieurs¹⁶¹³. Otto Rudolf Kissel parle des influences en provenance des experts¹⁶¹⁴. Cette acceptation large du concept d'indépendance intérieure, qui inclut que le juge ne doit pas prendre en considération les influences émanant de l'opinion publique, des médias de masse, des tribunaux supérieurs ou des experts, apparaît, *a priori*, relativement déroutante. La raison en est qu'elle empiète sur la définition généralement donnée du concept d'indépendance décisionnelle (*sachliche Unabhängigkeit*)¹⁶¹⁵. Pour rappel, comme l'énonce Jan Malte von Bargen, le concept d'indépendance décisionnelle « *protège tous les juges dans la défense de leur activité juridictionnelle contre les empiètements en provenance des trois pouvoirs d'Etat, mais aussi contre les empiètements des acteurs non étatiques, qui peuvent être plus dangereux (wirksam) que "chaque influence évitable" des acteurs étatiques* »¹⁶¹⁶. D'ailleurs, dans notre typologie, les pressions en provenance de

¹⁶⁰⁸ « *Sodann erwachsen der inneren Unabhängigkeit des Richters auch aus seiner dienstlichen Tätigkeit, insbesondere aus zunehmender Routine, Gefahren* ». *Id.*, p. 70.

¹⁶⁰⁹ « *Unter den Gefahren, die der inneren Unabhängigkeit aus dem Bereich der Justizverwaltung erwachsen können, spielen vor allem das Beurteilungswesen und das Vorhandensein von Eingangs- und Beförderungämtern eine Rolle* ». *Id.*, p. 70.

¹⁶¹⁰ « *Laufbahn- und Karrieredenken werden zwar in der Regel nicht bewußt auf die Entscheidungsfindung einwirken. Die Gefahr einer unbewußten Beeinflussung darf aber nicht unterschätzt werden* ». *Id.*, p. 70.

¹⁶¹¹ K. Zweigert, *op. cit.*, p. 719.

¹⁶¹² G. Pfeiffer, *op. cit.*, p. 69. V. aussi en ce sens : H.-J. Papier, « Die richterliche Unabhängigkeit und ihr Schranken », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 15, 2001, p. 1091.

¹⁶¹³ « *Eine wenig beachtete Beeinträchtigung droht der inneren Unabhängigkeit durch Einflüsse, die von der obergerichtlichen Rechtsprechung ausgehen* ». G. Pfeiffer, *op. cit.*, p. 70.

¹⁶¹⁴ O. R. Kissel, « § 1. [Richterliche Unabhängigkeit] », in O. R. Kissel, H. Mayer (dir.), *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 6^e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, p. 163 (Rdn 160). Cité dans : G. Pfeiffer, *op. cit.*, p. 71.

¹⁶¹⁵ « *schützt alle Richter bei der Wahrnehmung ihrer Rechtsprechungstätigkeit gegen Eingriffe aus allen drei Staatsgewalten, aber auch gegen Eingriffe nichtstaatlicher Akteure, die nicht weniger wirksam sein können als "jede vermeidbare Einflussnahme" staatlicher Stellen* ». (Nous soulignons). J. M. von Bargen, « Die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter in Deutschland – Teil 2 », *Deutsche Richterzeitung*, avril 2010, p. 133. V. dans le même sens : F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 183 et s. ; O. R. Kissel, « § 1. [Richterliche Unabhängigkeit] », in O. R. Kissel, H. Mayer (dir.), *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 6^e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, p. 151 (Rdn 107 ; 109) ; A. Tschentscher, *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 150-159.

l'opinion publique, des médias de masse, des tribunaux supérieurs ou des experts constituent des influences en provenance du dehors (concept I A (1) dans la typologie). Les difficultés liées aux limites exactes du concept d'indépendance intérieure par rapport au concept d'indépendance décisionnelle ne génèrent, pourtant, pas de développements particuliers dans la littérature : à notre connaissance, aucun auteur allemand ne fait le constat du « chevauchement » entre le contenu du concept d'indépendance décisionnelle et le contenu du concept d'indépendance intérieure.

541. Le prélude terminé, il faut, à présent, évoquer la question de savoir si le concept d'indépendance intérieure est une norme de droit positif ou un standard en dehors du droit. La solution à cette interrogation n'est pas évidente, dans la mesure où aucun auteur allemand ne fournit une réponse nette. Très schématiquement, il nous semble que deux groupes distincts peuvent être distingués au sein de la doctrine allemande, qui s'intéresse au concept d'indépendance intérieure. Les deux groupes se rapprochent, en ce qu'ils défendent tous les deux l'idée selon laquelle le juge doit absolument être indépendant vis-à-vis de lui-même. La position de la science du droit allemand sur l'importance du concept d'indépendance intérieure est résumée très clairement par Zweigert. Il observe : « *étant donné que nous vivons dans une société ouverte (...) et étant donné que nous vivons dans un système de droit ouvert (...) la question la plus importante me semble aujourd'hui être, comment et à quel point le juge peut protéger son indépendance intérieure vis-à-vis du flot des informations qui façonnent les opinions et aussi les préjugés et qui se déversent sur nous tous à l'heure actuelle* »¹⁶¹⁷. Au-delà de ce constat, il y a une fracture dans la doctrine allemande : tandis qu'un premier groupe d'auteurs envisage l'indépendance intérieure comme une construction intellectuelle qui doit rester en dehors du droit, un deuxième groupe – composé d'auteurs moins nombreux – explique, à l'opposé, que l'exigence d'indépendance intérieure fait déjà partie du droit positif allemand.

542. Pour ce qui intéresse les auteurs du premier groupe – qui pensent l'indépendance intérieure comme un concept en dehors du droit –, le concept d'indépendance intérieure n'est pas inscrit en droit positif allemand. Avant tout, c'est au juge lui-même de veiller à ne pas

¹⁶¹⁷ « *Da wir in einer offenen Gesellschaft leben (...) und da wir in einem offenen Rechtssystem leben (...) scheint mir heute am wichtigsten die Frage zu sein, wie und wie weit der Richter seine innere Unabhängigkeit wahren kann gegenüber der Flut von meinungsbildenden, aber auch Vorurteile begünstigenden Informationen, die heute auf uns alle losgelassen ist* ». K. Zweigert, « Zur inneren Unabhängigkeit des Richters », in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967, p. 715.

mettre en péril son indépendance intérieure. A ce propos, Zweigert écrit : « *seul l'auto-contrôle du juge peut aider, c'est-à-dire quasiment l'auto-analyse des opinions, qui fait prendre conscience des propres fragilités (...)* »¹⁶¹⁸. Dans la même veine, Pfeiffer énonce que « *l'auto-contrôle requis suppose en premier lieu que le juge prenne conscience des facteurs, qui peuvent mettre en danger son indépendance intérieure* »¹⁶¹⁹. Plus loin, l'ancien président du Bundesgerichtshof ajoute encore : « *La connaissance des dangers ne suffit évidemment pas. Le juge doit aussi être prêt à constamment remettre en cause ses opinions fondamentales, expériences, conceptions du droit et le cas échéant, à les abandonner ou les changer* »¹⁶²⁰. Les auteurs du premier groupe soutiennent que, de toute façon, le concept d'indépendance d'intérieure n'est pas susceptible d'être inscrit en droit positif. Pour reprendre les mots de Hans-Jürgen Papier, « *cette indépendance intérieure du juge ne peut être garantie ni par la Constitution ni par la loi. Elle constitue une mission personnellement confiée au juge (...)* *Aucune disposition légale ne peut aider face à de pareilles influences* »¹⁶²¹. Derrière ce raisonnement se cachent au moins deux arguments : d'abord, il serait particulièrement difficile de circonscrire le concept d'indépendance intérieure dans le droit positif. Ensuite, ainsi inscrit dans le droit positif, il est très vraisemblable que le concept d'indépendance intérieure ne produirait aucun effet : la norme de droit positif ne serait pas sanctionnable, dans la mesure où il est extrêmement difficile de prouver qu'un juge s'est laissé influencer par son éducation ou ses expériences passées. Le concept d'indépendance « *se situe en dehors de toutes les dispositions légales et des possibilités de réglementations par la loi et sa concrétisation échappe à tout contrôle* »¹⁶²², conclut Pfeiffer.

¹⁶¹⁸ « *Zu helfen ist nur durch Selbstkontrolle des Richters, quasi durch weltanschauliche Selbstanalyse, die die eigenen Abfälligkeiten bewußt macht (...)* ». K. Zweigert, *op. cit.*, p. 718.

¹⁶¹⁹ « *Die gebotene Selbstüberprüfung setzt zunächst einmal voraus, daß der Richter sich die Faktoren, die seine innere Unabhängigkeit beeinträchtigen können, bewußt macht* ». G. Pfeiffer, *op. cit.*, p. 73.

¹⁶²⁰ « *Die Kenntnis der Gefahren genügt natürlich nicht. Der Richter muß auch stets bereit sein, seine eigenen Grundanschauungen, Erfahrungen und Rechtsansichten in Frage zu stellen und sie gegebenenfalls aufzugeben oder abzuändern* ». G. Pfeiffer, *op. cit.*, p. 74.

¹⁶²¹ « *Diese innere Unabhängigkeit des Richters kann weder die Verfassung noch das Gesetz garantieren. Sie ist eine dem Richter persönlich gestellte Aufgabe (...)* *Gegen solche Einflussnahmen helfen keine gesetzlichen Vorschriften (...)* ». H.-J. Papier, « *Die richterliche Unabhängigkeit und ihr Schranken* », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 15, 2001, p. 1091. V. dans le même sens : E. Kreth, « *Zur Ethik richterlichen Verhaltens* », *Kritische Vierteljahresschrift und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, p. 475. « *Die richterliche Ethik, verstanden im Sinne einer Berufsethik, beschäftigt sich im Wesentlichen mit Aspekten der inneren Unabhängigkeit. Im Gegensatz zu den institutionellen Voraussetzungen für eine äußere Unabhängigkeit kann den gesetzlichen Grundlagen hierzu keine Regelung entnommen werden* ». (Nous soulignons)

¹⁶²² « *die innere Unabhängigkeit [wird] nur als ihm obliegende Aufgabe und Verpflichtung verstanden, die sich außerhalb aller rechtlichen Regelungen und Normierungsmöglichkeiten bewegt und deren Erfüllung sich zum jeder Kontrolle entzieht* ». (Nous soulignons). G. Pfeiffer, *op. cit.*, pp. 71-72.

543. Pour ce qui intéresse les auteurs du second groupe – qui montre que l’indépendance intérieure est consacrée dans le droit positif – le concept d’indépendance intérieure est notamment inscrit la *Deutsches Richtergesetz* (DRiG). D’après Ulrich Baltzer, c’est au sein de l’alinéa 1 du paragraphe 38 de la DRiG – qui reprend les termes du serment que le juge doit prêter après sa nomination – que le concept d’indépendance intérieure est précisément consacré ¹⁶²³. Le paragraphe 38 dispose : « *Je jure d’exercer la fonction de juge conformément à la Loi fondamentale de la république fédérale d’Allemagne et conformément à la loi, en mon âme et conscience sans considération de la personne à juger et de ne servir que la vérité et la justice, que Dieu me vienne en aide* »¹⁶²⁴. De son côté, Otto Rudolf Kissel estime plutôt que c’est dans le paragraphe 39 de la DRiG que figure le concept d’indépendance intérieure¹⁶²⁵. Le paragraphe 39 prévoit : « *Le juge doit se comporter dans l’exercice de ses fonctions et en dehors, y compris dans son activité politique, de telle façon que la confiance dans son indépendance ne sera pas mise en danger* »¹⁶²⁶. Du reste, à propos du groupe des auteurs du second groupe, il convient encore d’apporter une dernière précision : leur raisonnement consistant à affirmer que le concept d’indépendance intérieure est garanti dans le droit positif ne les empêche pas de reconnaître dans le même temps – à l’instar des auteurs du premier groupe – qu’il appartient, avant tout, au juge de protéger lui-même son indépendance intérieure¹⁶²⁷.

544. A titre de remarque conclusive en lien direct avec le concept d’indépendance intérieure, il importe encore de signaler qu’il n’existe pas, pour le moment, de code d’éthique en Allemagne. Sur ce dernier point, Anja Seibert-Fohr apporte quelques précisions. Elle constate que « *contrairement à d’autres pays européens, la discussion concernant la nécessité d’un code d’éthique a tout juste commencé. Elle a conduit les associations de juge à établir des groupes de travail. Elles [les associations de juges] sont, en revanche, réticentes à élaborer*

¹⁶²³ U. Baltzer, « Das Gespenst “richterlicher Ethik” », *Kritische Vierteljahresschrift und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, p. 483. A partir du moment où l’indépendance intérieure est déjà consacrée dans le paragraphe 38, le professeur Baltzer fait valoir qu’il est inutile de rédiger d’autres dispositions relatives à l’éthique du juge.

¹⁶²⁴ Al. 1 §38 DRiG : « *Ich schwöre, das Richteramt getreu dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland und getreu dem Gesetz auszuüben, nach bestem Wissen und Gewissen ohne Ansehen der Person zu urteilen und nur der Wahrheit und Gerechtigkeit zu dienen, so wahr mir Gott helfe* ». Au terme de l’alinéa 2 du paragraphe 38, le serment peut être prêté sans les mots « *so wahr mir Gott helfe* ».

¹⁶²⁵ O. R. Kissel, « § 1. [Richterliche Unabhängigkeit] », in O. R. Kissel, H. Mayer (dir.), *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 6^e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, p. 163 (Rdn 161).

¹⁶²⁶ § 39 DRiG : « *Der Richter hat sich innerhalb und außerhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten, daß das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird* ».

¹⁶²⁷ O. R. Kissel, « § 1. [Richterliche Unabhängigkeit] », in O. R. Kissel, H. Mayer (dir.), *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 6^e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, p. 163 (Rdn 161).

un catalogue énumérant les obligations et les interdictions spécifiques et préfèrent plutôt susciter un dialogue ouvert sur l'éthique entre les juges »¹⁶²⁸.

Section 3 : Troisième strate : le concept sans nom issu des récentes jurisprudences¹⁶²⁹

545. Ce qui caractérise, avant tout, le discours qui compose la troisième strate est son origine jurisprudentielle. Il est le fruit de quelques décisions de justice récentes particulièrement ambitieuses (§1). Loin de générer l'unanimité, le discours contemporain issu des interprétations constructives des tribunaux – qui n'a, du reste, reçu aucun nom – est plutôt difficilement accepté par la doctrine. D'une manière générale, les auteurs dénoncent, entre autres, le caractère particulièrement disparate des éléments qui le composent. Si, à première vue, chaque décision de justice est à même d'enrichir l'indépendance de la justice d'une application particulière nouvelle, il devient complexe d'en présenter l'aspect global. Pourtant, les diverses lectures jurisprudentielles semblent, en fait, s'inscrire, dans une même logique d'ensemble. Au fond, elles peuvent être reliées par un contenu cohérent. En ce sens, l'indépendance de la justice a donc acquis une nouvelle unité conceptuelle (§2).

§1. Un discours imposé par les tribunaux depuis le début des années 1980

546. Tout juge allemand qui estime que son indépendance est menacée peut invoquer, dans le cadre d'un recours juridictionnel, une violation de l'article 97 de la Loi fondamentale. Il peut saisir un tribunal spécial, appelé le *Richterdienstgericht*¹⁶³⁰. Pour ce qui est, d'abord, du niveau fédéral, « le Dienstgericht [Richterdienstgericht des Bundes] apparaît sous la forme d'une chambre spécialisée de la Cour fédérale de justice [Bundesgerichtshof = Cour de cassation allemande], composée exclusivement de magistrats siégeant au sein de cette

¹⁶²⁸ « Unlike in other European countries the discussion about the need for a code of ethics has only just begun. It has prompted associations of judges to establish working groups. They are, however, reluctant to elaborate a catalogue spelling out specific obligations and prohibitions and prefer instead to stimulate an open dialogue on ethics among judges ». A. Seibert-Fohr, « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 508.

¹⁶²⁹ Les développements qui suivent constituent la version retravaillée de notre communication présentée lors de la journée d'étude consacrée à l'indépendance de la justice et organisée le 19 novembre 2010 à la Faculté Jean Monnet de l'Université Paris-Sud. La communication a fait l'objet d'une publication : C. Janssen-Bennynck, « L'émergence progressive d'un nouveau concept d'indépendance de la justice en Allemagne », in J. A. Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit Public (IEDP) du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 115-126.

¹⁶³⁰ Al. 3 § 26 DRiG : « Behauptet der Richter, daß eine Maßnahme der Dienstaufsicht seine Unabhängigkeit beeinträchtigt, so entscheidet auf Antrag des Richters ein Gericht nach Maßgabe dieses Gesetzes ».

jurisdiction »¹⁶³¹. Pour ce qui est, ensuite, du niveau des Länder, la décision prise par *Richterdienstgericht* en première instance¹⁶³² peut éventuellement faire l'objet d'un appel devant un des *Richterdienstgerichtshöfen* du Land¹⁶³³, voire, en troisième instance, d'une révision par le *Richterdienstgericht* fédéral (*Richterdienstgericht des Bundes*). Finalement, le *Richterdienstgericht* fédéral est donc non seulement compétent pour les juges fédéraux – qui considèrent qu'une atteinte a été portée à leur indépendance –, mais il est aussi l'instance de révision des décisions des *Richterdienstgerichtshöfen* des Länder. S'il estime que son indépendance est mise en danger et à condition que toutes les voies de droit mentionnées ci-dessus aient été préalablement épuisées, tout juge allemand peut encore faire appel à la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*). Fabian Wittreck qualifie un pareil recours constitutionnel d'« astuce »¹⁶³⁴. Précisément, dans ce cas, le juge doit invoquer non pas une violation de l'article 97 de la Loi fondamentale, mais plutôt une violation de l'alinéa 5 de l'article 33, qui dispose que « le droit de la fonction publique doit être réglementé et développé en tenant compte des principes traditionnels du fonctionnariat »¹⁶³⁵. La raison à cela est que l'article 97 de la Loi fondamentale ne renferme pas en tant que tel un droit fondamental ou un droit équivalent à un droit fondamental (*grundrechtsgleiches Recht*) et donc n'entre pas dans le domaine de protection de la Cour¹⁶³⁶. A l'inverse, l'alinéa 5 de l'article 33 de la Loi fondamentale contient un droit équivalent à un droit fondamental. Une violation de l'indépendance peut être rattachée à cet article, dans la mesure où « l'indépendance de la justice fait partie des principes traditionnels du droit des fonctionnaires judiciaires (*richterliches Amtsrecht*) et par conséquent aussi du fonctionnariat »¹⁶³⁷.

¹⁶³¹ G. Canivet, J. Joly-Hurard, « La responsabilité des juges ici et ailleurs », *RIDC*, vol. 4, 2006, p. 1084. Cf. §§ 61 et 62 DRiG. Pour de plus amples renseignements sur le *Richterdienstgericht* fédéral, voir : F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 300-301.

¹⁶³² Cf. §§ 77 et 78 DRiG. Pour de plus amples renseignements sur les *Richterdienstgerichte* au niveau des Länder, voir : F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 389-392.

¹⁶³³ En règle générale et sauf quelques exceptions, le *Richterdienstgericht* en première instance est composé de trois juges. Le *Richterdienstgerichtshof* en appel est composé de cinq juges. F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 390.

¹⁶³⁴ C'est le mot employé par Fabian Wittreck lors d'un entretien à l'Université de Münster le 12 mars 2010.

¹⁶³⁵ Al. 5, art. 33, Loi fondamentale du 23 mai 1949 : « *Das Recht des öffentlichen Dienstes ist unter Berücksichtigung der hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums zu regeln und fortzuentwickeln* ».

¹⁶³⁶ O. R. Kissel, « § 1. [Richterliche Unabhängigkeit] », in O. R. Kissel, H. Mayer (dir.), *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 6^e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, p. 125 (Rdn 12) ; C. D. Classen, « Artikel 97 », in H. Mangold, F. Klein, C. Starck (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, 5e éd., vol. 3 (art. 83-146), Munich, Vahlen, 2005, p. 751 (Rdn 2).

¹⁶³⁷ « *Die richterliche Unabhängigkeit ist aber Teil der hergebrachten Grundsätze des richterlichen Amtsrechts und damit auch des Berufsbeamtentums* ». H. Schulze-Fielitz, « Artikel 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 3 (articles 83-146), 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, p. 576 (Rdn. 16).

547. D'un point de vue quantitatif, les recours déposés par les juges en matière d'indépendance apparaissent relativement fréquents. En effet, les juges allemands n'hésitent pas à faire appel aux tribunaux, dès lors qu'ils voient leur indépendance mise en danger. Par exemple, un juge de l'*Oberlandesgericht* à Karlsruhe, à l'encontre duquel trois mesures disciplinaires avaient été prononcées par la présidente de son tribunal, qui lui reprochait d'avoir une activité juridictionnelle en dessous de la moyenne des autres juges de son tribunal, a récemment saisi d'un recours le *Richterdienstgericht* du *Landgericht* de Karlsruhe. Parmi les trois mesures disciplinaires figurait une réprimande adressée le 26 janvier 2012 par la présidente de son tribunal qui lui enjoignait, à l'avenir, de se conformer aux devoirs de sa tâche. Le juge arguait, en particulier, de l'atteinte à son indépendance portée par cette mesure disciplinaire, qui l'obligeait, en fait, selon lui, à accroître le nombre des litiges qu'il tranchait¹⁶³⁸. La multiplication des saisines symbolise, d'ailleurs, parfois des recours peu légitimes : dans l'une des décisions du *Richterdienstgericht* fédéral en date de 1983, un juge faisait état de 54 manquements à son indépendance !¹⁶³⁹ D'un point de vue qualitatif, force est de constater que la procédure juridictionnelle – par laquelle un juge saisit les tribunaux parce que son indépendance est en péril – est singulière. Cette singularité tient, en particulier, à la qualité du requérant : le juge. Techniquement, « un juge-requérant » revendique son droit à l'indépendance conformément à son interprétation personnelle des règles juridiques. Par la suite, il revient « au juge-magistrat » de déterminer si les prétentions du requérant peuvent être accueillies, c'est-à-dire si le principe d'indépendance peut être interprété dans le même sens. En accueillant la requête de leurs pairs, les juges sont donc conduits à interpréter, juridictionnellement et de façon pratique, l'article 97 de la Loi fondamentale.

548. Pour l'essentiel, le déploiement du discours qui compose la troisième strate peut être appréhendé à travers trois illustrations jurisprudentielles. Avant de les analyser dans le détail, il convient d'apporter une précision : par suite des explications fournies ci-dessus, le discours

¹⁶³⁸ Après avoir examiné la mesure disciplinaire et avoir entendu les arguments des parties, le *Richterdienstgericht* a estimé dans un jugement en date du 4 décembre 2012 que la mesure disciplinaire était légale. En particulier, il a expliqué qu'elle ne portait pas atteinte à l'indépendance du juge. *Landgericht Karlsruhe (Richterdienstgericht)*, 4 décembre 2012, Réf. : RDG 5/12 ; *Landgericht Karlsruhe (Richterdienstgericht)*, 4 décembre 2012, Réf. : RDG 6/12. ; *Landgericht Karlsruhe (Richterdienstgericht)*, 4 décembre 2012, Réf. : RDG 7/12. Consulter, en particulier et pour ce qui nous intéresse : *Landgericht Karlsruhe (Richterdienstgericht)*, 4 décembre 2012, Réf. : RDG 6/12. V. en particulier dans le jugement RDG 6/12 : « *Der Bescheid der Präsidentin des Oberlandesgerichts beeinträchtigt den Antragsteller nicht in seiner richterlichen Unabhängigkeit* ». La décision du *Richterdienstgericht* du *Landgericht* de Karlsruhe a été confirmée en appel (OLG Stuttgart, 17 avril 2015, Réf. : DGH 1/13 ; DGH 2/13 ; DGH 3/13). Le juge s'est pourvu en cassation, mais ce dernier jugement n'a pas encore été prononcé.

¹⁶³⁹ S. Haberland, « Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit », *Deutsche Richterzeitung*, août 2002, p. 310.

de la troisième strate découle, à titre principal, des interprétations riches et variées des *Richterdienstgerichte*, voire de la Cour constitutionnelle fédérale. Il découle, toutefois aussi, à titre annexe, des interprétations fournies par les tribunaux administratifs (*Verwaltungsgerichte*). S'ils ne sont pas directement compétents pour examiner la requête d'un juge qui soutient que son indépendance a été violée, les tribunaux administratifs peuvent, en revanche, être, par exemple, saisis par un juge d'une décision administrative individuelle prise à son encontre par le président de son tribunal (ce dernier agissant en tant que supérieur hiérarchique)¹⁶⁴⁰. A l'occasion de l'examen de la régularité de la décision administrative individuelle, ils peuvent être amenés à prendre en considération la question de l'indépendance de la justice et ce faisant, à participer au façonnement du discours qui figure dans la troisième strate.

549. Très concrètement, la jurisprudence relative aux horaires de travail des juges fournit une première illustration du contenu du discours de la troisième strate¹⁶⁴¹. En substance, tant la Cour fédérale administrative (*Bundesverwaltungsgericht* = Conseil d'Etat allemand) que la Cour fédérale de justice (*Bundesgerichtshof*) – cette dernière en tant que *Richterdienstgericht* fédéral – indiquent que l'indépendance du juge est mise en danger par les heures de travail fixes et l'obligation de présence imposée aux juges. Précisément, dans une décision en date du 16 novembre 1990, le *Bundesgerichtshof* dans sa formation spécialisée de *Richterdienstgericht* explique que le juge, qui recherche une solution juridique, doit pouvoir jouir d'une liberté « *par rapport aux contraintes extérieures, même si elles sont seulement de nature atmosphérique* »¹⁶⁴². En l'espèce, la Cour fédérale de justice a accueilli le moyen d'un

¹⁶⁴⁰ Pour de plus amples renseignements sur les situations dans lesquelles un juge peut saisir un tribunal administratif, voir : H. Arndt, W. Fürst, « Rechtsschutzfragen zur Dienstaufsicht über Richter », in W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pp. 182 et s.

¹⁶⁴¹ Cf. par exemple : Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), 18 février 1981, Réf. : 6 C 95/78 (*die öffentliche Verwaltung*, 1981, pp. 632 et s.) ; Bundesverwaltungsgericht (BVerwGE), 29 octobre 1987, Réf. : 2 C 57.86 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 18, 1988, pp. 1159 et s.) ; Bundesgerichtshof en matière civile (BGHZ) (Richterdienstgericht fédéral), 16 novembre 1990, Réf. : RiZ 2/90 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 17, 1991, pp. 1103 et s.) ; Bundesgerichtshof en matière criminelle (BGHSt) (Richterdienstgericht fédéral), 4 septembre 2001, Réf. : 5 Str 92/01 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 44, 2001, pp. 3275 et s.). Pour de plus amples renseignements sur la jurisprudence relative aux horaires de travail des juges, consulter : H.-J. Papier, « Die richterliche Unabhängigkeit und ihr Schranken », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 15, 2001, p. 1093 ; F. Wittreck, « Anwälte als Richter über Richter ? Anmerkungen zur jüngsten Novellierung des Richtergesetzes und der Neubesetzung der Richterdienstgerichte », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 42, 2004, pp. 3014-3015 ; R. Schröder, « Dienstzeiten und Anwesenheitspflichten für Richterinnen und Richter », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 17, 2005, pp. 1160-1165 ; J. M. von Barga, « Die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter in Deutschland – Teil 1 », *Deutsche Richterzeitung*, mars 2010, p. 103.

¹⁶⁴² « *von äußeren Zwängen, seien sie auch nur atmosphärischer Art* ». Bundesgerichtshof en matière civile (BGHZ) (Richterdienstgericht fédéral), 16 novembre 1990, Réf. : RiZ 2/90 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 17, 1991, p. 1104).

magistrat de la Cour fédérale des comptes (*Bundesrechnungshof*), qui estimait que la mesure par laquelle son supérieur hiérarchique fixait pour le personnel de la Cour des horaires de travail à l'intérieur de plages horaires précises, n'était pas conciliable avec le principe d'indépendance de la justice¹⁶⁴³. En d'autres termes, tant que sa présence n'est pas exigée par des tâches particulières comme, par exemple, les audiences, les délibérés ou des éléments pressants ou urgents, le juge n'est, en raison de son indépendance, ni obligé d'effectuer son travail conformément à des heures de service établies, ni tenu d'être présent dans son tribunal. En définitive, l'indépendance implique donc que le juge peut, d'une manière générale, décider librement non seulement de son rythme de travail, mais aussi de son lieu de travail.

550. Le développement du discours de la troisième strate peut également être saisi grâce à la jurisprudence relative à l'attribution des clefs de service au juge (*Schlüsselrecht*)¹⁶⁴⁴. Sur ce point, l'indépendance du juge suppose de faire droit à la prétention du juge de disposer d'une clef afin de pouvoir pénétrer, à tout moment, dans son tribunal. A partir de là, une mesure du supérieur hiérarchique, qui restreint l'accès du juge à son lieu de travail en dehors des heures habituelles de travail du reste du personnel, ne respecte pas son indépendance, lorsque cette limitation n'est pas justifiée par la nécessité d'une marche de service régulière et par des motifs financiers.

551. Le déploiement du discours de la troisième strate est également significatif dans les jugements rendus d'une part, le 29 janvier 2008 par le *Landgericht* de Düsseldorf (tribunal de grande instance)¹⁶⁴⁵, d'autre part, le 20 octobre 2009 par l'*Oberlandesgericht* à Hamm (Cour d'appel)¹⁶⁴⁶. Malgré l'introduction des registres du commerce électronique en 2007, un juge de l'*Amtsgericht* (tribunal d'instance) refuse de travailler sur ordinateur. Préférant avoir

¹⁶⁴³ Conformément à la mesure de tutelle du président de la Cour fédérale des comptes, le personnel doit travailler 39 heures par semaine, soit quotidiennement de 8H30 à 15H30 (le vendredi jusqu'à 15H) et être présent à la Cour. Il peut, toutefois, à l'intérieur des heures de service générales – qui débutent à 7H00 et se terminent à 18H30 (le vendredi à 17H30) – aménager le début et la fin du service tant que la durée quotidienne de travail n'excède pas 10 heures.

¹⁶⁴⁴ *Oberlandesgericht* Francfort-sur-le-Main (OLG) (Richterdienstgerichtshof pour la Hesse), 11 décembre 2000, Réf. : DGH 1/00 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 36, 2001, pp. 2640 et s.) ; *Bundesgerichtshof* (BGH) (Richterdienstgericht fédéral), 25 septembre 2002, Réf. : RiZ (R) 2/01 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 4, 2003, pp. 282 et s.). V. sur ce point : F. Wittreck, *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 463-464. Dans le sens opposé aux décisions de l'*Oberlandesgericht* de Francfort-sur-le-Main et du *Bundesgerichtshof*, voir, toutefois : *Verwaltungsgericht* Francfort-sur-le-Main (VG), 30 novembre 1999, Réf. : 9 E 1399/99 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 50, 2000, pp. 3730 et s.) ; *Landgericht* Francfort-sur-le-Main (LG) (Richterdienstgericht pour la Hesse), 19 mai 2000, Réf. : 2 DG 3/99 (*Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 13, 2001, pp. 977 et s.)

¹⁶⁴⁵ *Landgericht* Düsseldorf (Richterdienstgericht), 29 janvier 2008, Réf. : DG 5/07 (*BDVR-Rundschreiben*, vol. 2, 2009, pp. 68-73 ; *BeckRS*, 2008, 23648).

¹⁶⁴⁶ *Oberlandesgericht* Hamm (Richterdienstgerichtshof), 20 octobre 2009, Réf. : 1 DGH 2/08.

recours au papier manuscrit – qu’il estime plus facile à déchiffrer et qu’il peut transporter chez lui –, le juge *exige* du greffe de lui imprimer les documents. Après que les impressions par le greffe lui aient été refusées, ce juge a saisi le *Richterdiensgericht*. En première instance comme en appel, les tribunaux ont fait droit aux prétentions du demandeur en décidant qu’il existe une atteinte à l’indépendance de la justice lorsque le juge est contraint de travailler sur un ordinateur (plutôt que sur papier) et doit imprimer tout seul les documents¹⁶⁴⁷. Au fond, en dépit des mesures prises pour optimiser la gestion du travail, les juges du fond ont donc estimé qu’un juge, qui ne se satisfait pas de son nouvel outil de travail, doit avoir la liberté, eu égard à son indépendance, de recourir aux instruments de travail traditionnels¹⁶⁴⁸.

552. De prime abord, un tel élargissement de l’article 97 de la Loi fondamentale conduit à penser que le principe d’indépendance, devenu élastique, ne peut plus recevoir aucune définition complète. *Il serait susceptible d’être enrichi de façon continue au travers de la jurisprudence et ne pourrait pas être appréhendé dans sa généralité*. Pourtant, une reconsidération synthétique de la jurisprudence permet, en fait, de repenser l’indépendance de la justice de façon homogène et de constater l’émergence d’un nouveau concept d’indépendance.

¹⁶⁴⁷ Il convient, toutefois, de tempérer cette analyse, puisque par une décision en date du 21 octobre 2010, le *Bundesgerichtshof*, dans sa formation spécialisée de *Richterdienstgericht*, a cassé la décision de l’*Oberlandesgericht*. V. en particulier dans la décision du BGH : « *die vom Antragsteller beanstandete Zurückweisung seines Antrags, ihm sämtliche elektronisch eingehenden Anträge auf Eintragung im Handelsregister in Papierform zur Bearbeitung vorzulegen, verletzt die richterliche Unabhängigkeit des Antragstellers nicht* ». Bundesgerichtshof (BGH) (Richterdienstgericht fédéral), 21 octobre 2010, Réf. : RiZ (R) 5/09 (*Monatsschrift für Deutsches Recht*, 2011, pp. 140 et s.; Aussi disponible sur : <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=059976ac67dd25f39bbc9f66d8426d9c&nr=54374&pos=0&anz=1> (date de consultation : 24/11/15). La cassation ne remet, pourtant, pas en cause l’intérêt de l’analyse des décisions des juges inférieurs. L’examen de la seule décision du BGH conduirait, en réalité, à négliger une importante partie de la substance du droit positif. Pour de plus amples renseignements sur le jugement du BGH, voir : C. Brosch, « *Urteilsanmerkung zu : Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. Oktober, RiZ (R) 5/09* », *JurPC Web-Dok.*, vol. 1, 2011, section 1-59. Disponible sur : <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20110001> (date de consultation : 24/11/15); J. Marly, « *BGH : Keine Verletzung der richterlichen Unabhängigkeit durch Nichtvorlage von Ausdrucken zum elektronischen Handelsregister* », *LMK - Lindenmaier-Möhring kommentierte BGH-Rechtsprechung*, vol. 1, 2011, p. 313258.

¹⁶⁴⁸ V. en particulier dans la décision de l’*Oberlandesgericht* de Hamm : « *Die Zulässigkeit, der Richterschaft eine neue Technik zur Verfügung zu stellen, führt nicht dazu, dass der Richter auch ausnahmslos verpflichtet ist, diese Technik tatsächlich zur Anwendung zu bringen* ».

§2. D'un discours prétendument protéiforme vers l'élaboration d'une identité conceptuelle

553. Les diverses interprétations jurisprudentielles de l'indépendance ci-avant mentionnées nourrissent les critiques d'une grande partie de la littérature juridique allemande¹⁶⁴⁹. La doctrine estime que la jurisprudence, en offrant des champs d'application très particuliers à l'indépendance de la justice, crée un concept « fourre-tout ». Les auteurs indiquent, en particulier, que l'article 97 est devenu un facteur de liberté absolu, autrement dit une immunité entre les mains des juges. Klaus F. Röhl déplore le passage d'« *un principe structurel* » d'indépendance de la justice « à un droit individuel subjectif du juge individuel »¹⁶⁵⁰. Wolfgang Hoffmann-Riem dénonce la mutation clandestine d'« *un privilège fonctionnel* » à « *un privilège personnel* »¹⁶⁵¹. De façon provocatrice, Fabian Wittreck explique qu'une suppression des possibilités de parking à titre gratuit pourrait, en fait, représenter un empiètement pour l'indépendance de la justice¹⁶⁵². Les lectures jurisprudentielles de l'indépendance conduiraient, en fait, à conférer au juge un privilège destiné à rendre sa fonction plus agréable, un passe-droit destiné à promouvoir son épanouissement personnel.

554. Sans prétendre à l'exhaustivité, au moins *quatre* éléments peuvent faire comprendre cette évolution du principe d'indépendance vers un contenu hétérogène. Le premier résulte des potentialités offertes par l'article 97. Si l'alinéa 2 de l'article 97 peut sembler relativement précis, en revanche, l'alinéa 1 se caractérise par une extrême généralité. Cet alinéa permet, par conséquent, une grande liberté d'interprétation et la possibilité pour le juge, chargé de son application, d'élargir ses effets. Le statut de l'indépendance de la justice en Allemagne constitue une seconde explication. Très protégée, l'indépendance est un principe fort, voire

¹⁶⁴⁹ Voir entre autres: K. F. Röhl, « Vom Gerichtsmanagement zur Selbstverwaltung der Justiz », *Deutsche Richterzeitung*, juin 1998, p. 245 ; W. Hoffmann-Riem, « Über Privilegien und Verantwortung: Justiz zwischen Autonomie und Anomie », *Anwaltsblatt*, vol. 1, 1999, p. 6 ; H. Schulze-Fielitz, « Artikel 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 3 (articles 83-146), 1e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2000, pp. 493-494 (Rdn. 33) ; F. Wittreck, « Anwälte als Richter über Richter ? Anmerkungen zur jüngsten Novellierung des Richtergesetzes und der Neubesetzung der Richterdienstgerichte », in *Neue juristische Wochenschrift*, vol. 42, 2004, pp. 3014-3015 ; F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, pp. 193-195 ; D. Leuze, « Richterliche Unabhängigkeit », in *Der Öffentliche Dienst (DÖD)*, vol. 4, 2005, p. 81.

¹⁶⁵⁰ « Im Vordergrund steht die Unabhängigkeit der Justiz längst nicht mehr als *Strukturprinzip*, sondern als *subjektives Individualrecht des einzelnen Richter* ». (Nous soulignons). K. F. Röhl, « Vom Gerichtsmanagement zur Selbstverwaltung der Justiz », *Deutsche Richterzeitung*, juin 1998, p. 245.

¹⁶⁵¹ « *Das funktionale Privileg der richterlichen Unabhängigkeit ist unter der Hand zu einem persönlichen Privileg mutiert* ». (Nous soulignons). W. Hoffmann-Riem, « Über Privilegien und Verantwortung: Justiz zwischen Autonomie und Anomie », *Anwaltsblatt*, vol. 1, 1999, p. 6.

¹⁶⁵² F. Wittreck, *Die Verwaltung der dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, p. 194.

quasi-sacralisé¹⁶⁵³. Elle constitue une norme à même de permettre la consécration de nouveaux droits au profit du juge. Le principe d'indépendance est, autrement dit, l'un des fondements les plus solides pour défendre, par exemple, l'attribution des clefs de service au juge. Pour expliquer le rayonnement de l'indépendance, il faut encore se souvenir que l'interprétation de l'article 97 est abandonnée aux mains de ses destinataires. Ce sont les juges eux-mêmes qui ont la possibilité d'interpréter une norme dont ils sont les récepteurs directs. Ainsi, les juges ont-ils vraiment intérêt à limiter un principe trop large d'indépendance, c'est-à-dire à limiter leurs propres prérogatives ? Un dernier élément favorise enfin la plasticité de l'indépendance de la justice. Il s'agit de l'acceptation générale – voire l'encouragement¹⁶⁵⁴ – du rôle créateur de la jurisprudence allemande. L'interprétation de l'article 97 de la Constitution s'inscrirait, plus généralement, dans la marge de manœuvre dont disposent les juges allemands pour interpréter les règles de droit écrit.

555. Dès lors, confrontée à un principe d'indépendance en constante évolution, la doctrine allemande ne parviendrait plus à reconsidérer de manière générale et abstraite l'indépendance de la justice telle qu'elle découle des interprétations constructives des tribunaux. En réalité et en dernière analyse, l'éclatement de l'indépendance de la justice, qui est dénoncé par la science du droit allemand, mérite, pourtant, d'être relativisé. En effet, les diverses lectures jurisprudentielles – la liberté par rapport aux horaires de service, l'absence d'obligation de présence du juge dans son tribunal, la possibilité de se voir accorder les clefs de service pour pouvoir accéder à tout moment au tribunal ou le droit de choisir le travail sur papier plutôt que sur ordinateur – peuvent être synthétisées autour d'une idée générale. Autrement dit, chacune de ces nouvelles manifestations de l'indépendance est susceptible d'être reliée, d'un point de vue théorique, par une même logique : l'octroi des conditions de travail nécessaires au juge pour qu'il puisse accomplir sa fonction juridictionnelle. Ainsi, le discours contemporain d'indépendance peut, à notre sens, se résorber dans un *concept* cohérent. Par conséquent, il est possible de constater l'émergence d'un nouveau concept d'indépendance. Ce nouveau concept s'ajoute aux concepts d'indépendance décisionnelle et personnelle (première strate) et aux concepts d'indépendance institutionnelle et intérieure (deuxième strate) et se résume autour de l'idée que le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle (concept I C dans la typologie).

¹⁶⁵³ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 523.

¹⁶⁵⁴ L.-J. Constantinesco, *Traité de droit comparé*, vol. II, Paris, L.G.D.J, 1974, p. 183.

Conclusion du Chapitre 2

556. L'examen de la période après 1914 permet de mettre au jour *cinq concepts* différents d'indépendance qui ne sont pas tous acceptés de manière équivalente par la doctrine dominante. L'écart en terme d'acceptation entre les cinq concepts équivaut à vouloir dire qu'ils n'ont pas tous la même importance à travers les lunettes des auteurs. A partir de là, trois strates différentes de définitions de l'indépendance peuvent donc être distinguées. La première strate regroupe les concepts qui génèrent une acceptation unanime des auteurs et qui sont systématiquement employés par les auteurs pour décrire le contenu de l'indépendance : il s'agit du binôme conceptuel descriptif indépendance décisionnelle (qui implique que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors ; concept I A (1) dans la typologie) / indépendance personnelle (qui signifie que le juge doit jouir d'une protection statutaire ; concept I B dans la typologie). Les concepts d'indépendance décisionnelle et personnelle sont, d'ailleurs, inscrits dans le droit positif constitutionnel, précisément au sein des alinéas 1 et 2 de la Loi fondamentale de 1949. La seconde strate comprend les concepts qui suscitent en comparaison moins d'approbation et qui ne sont pas automatiquement utilisés par les auteurs pour caractériser le contenu de l'indépendance. Dans la seconde strate figure les pistes conceptuelles concurrentes par rapport au tandem de la première strate : il s'agit des concepts d'indépendance institutionnelle (qui veut dire que le budget de la justice, la gestion administrative des tribunaux et les décisions qui concernent la désignation des juges, leurs promotions ou leurs révocations doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes politiques ; concept II B (2) dans la typologie) et d'indépendance intérieure (qui renvoie à l'idée que le juge doit être indépendant vis-à-vis de lui-même ; concept I A (2) dans la typologie). Entre les deux concepts de la deuxième strate, c'est le concept normatif d'indépendance institutionnelle qui retient, à l'heure actuelle, le plus l'attention de la doctrine : certains auteurs – soutenus par les syndicats de la magistrature – souhaiteraient que l'indépendance institutionnelle soit consacrée dans le droit positif constitutionnel. Pour l'instant, ces revendications ne se sont pas matérialisées concrètement, puisqu'aucune réforme n'a été adoptée en ce sens. La troisième et dernière strate embrasse le discours qui suscite les critiques les plus virulentes de la doctrine : produit de plusieurs lectures jurisprudentielles très hétérogènes, il serait composé d'éléments tellement disparates qu'il serait dépourvu d'unité conceptuelle. Si cette analyse est partagée par la très grande majorité des auteurs, elle peut, tout bien considéré, être tempérée. En adoptant un point de vue

théorique, il est possible de repenser les diverses applications jurisprudentielles et ainsi, de considérer que le discours de la troisième strate peut se résorber dans une synthèse supérieure. Le concept issu des récentes jurisprudences peut alors être formulé ainsi : le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle (concept I C dans la typologie).

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

557. L'analyse approfondie du parcours de la conceptualisation allemande de l'indépendance de la justice permet de comprendre que la construction de l'indépendance a été, outre Rhin, relativement tardive. De façon schématique, les débuts de l'indépendance de la justice allemande peuvent être associés au milieu du XVIII^e siècle : à partir de ce moment, les manifestations concrètes d'indépendance se multiplient progressivement. Au cours du XIX^e siècle, l'accélération de la dynamique se confirme, de sorte que les atteintes à l'indépendance se font de plus en plus rares. Surtout, à partir du début du XIX^e siècle, le mot « *Unabhängigkeit* » est de plus en plus fortement théorisé dans les textes et dans les travaux doctrinaux.

558. L'existence d'une forte théorisation constitue indubitablement le marqueur de la conceptualisation allemande de l'indépendance de la justice. Ce que recouvre l'expression « forte théorisation » peut être saisi au moyen d'une définition par son contraire : un concept fortement théorisé est l'opposé d'un concept dont le contenu se laisse difficilement appréhendé et dont les définitions doivent, par conséquent, être extraites et reconstructives. Pour l'essentiel, la forte théorisation de l'indépendance de la justice allemande s'exprime sous deux formes: la première est l'existence *de conceptualisations explicites* de l'indépendance qui se développent à compter du début du XIX^e siècle jusqu'en 1914. La seconde est l'apparition progressive dans l'esprit des auteurs *d'une stratification des conceptualisations* de l'indépendance qui se met en place à compter du début du XX^e siècle.

559. Très concrètement, l'examen de la période entre 1800 et 1914 – qui se caractérise par le développement de conceptualisations explicites de l'indépendance – conduit à repérer au moins cinq concepts de l'indépendance explicitement consacrés dans le droit positif constitutionnel (de la Constitution de Westphalie de 1807 à la Constitution de Hambourg de 1879 en passant par la Constitution impériale dite de l'église Saint-Paul de 1849) et dans les discours des auteurs (entre autres, Rotteck, Maurenbrecher ou Laband). Dans l'ordre de leur importance, les cinq sens en question sont : 1) Seuls les juges doivent trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie) 2) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors (concept I A (1) dans la typologie) 3) Le juge doit jouir d'une protection statutaire (concept I B dans la typologie) 4) L'organisation judiciaire

(*Gerichtsverfassung*) ne peut être modifiée que par la loi (concept II B (1) dans la typologie) 5) Le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge (concept II A (1) c dans la typologie). Du reste, entre 1800 et 1914, ni le concept selon lequel le chef de l'Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours (concept II A (1) b dans la typologie) ni celui selon lequel le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal (concept II A (1) c dans la typologie) ne sont envisagées comme des définitions explicites de l'indépendance. Bien au contraire, le droit positif constitutionnel ainsi que les auteurs permettent, en fait, au chef de l'Etat tant d'annuler une procédure pénale en cours que de changer la peine prononcée dans un jugement pénal sans qu'aucune de ces deux facultés ne soit perçue comme une violation de l'indépendance de la justice.

560. L'étude de la période après 1914 – qui voit émerger une stratification implicite des conceptualisations de l'indépendance – révèle un degré encore plus important de structuration par rapport à la précédente. A partir de 1914, les auteurs ne se contentent plus de définir explicitement le contenu de l'indépendance, ils établissent, en plus, implicitement un ordonnancement de plus en plus organisée des différentes définitions de l'indépendance. Dit autrement, ils agencent implicitement les différents concepts de l'indépendance selon leur importance. Un montage conceptuel comprenant trois niveaux permet de représenter schématiquement cet agencement de la réalité intellectuelle tel qu'il n'existe que dans l'esprit des auteurs. Dans la première strate se trouve le tandem central indépendance décisionnelle (qui implique que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors – concept I A (1) dans la typologie) / indépendance personnelle (qui signifie que le juge doit jouir d'une protection statutaire – concept I B dans la typologie). Dans la seconde strate figure les concepts périphériques d'indépendance institutionnelle (qui veut dire que le budget de la justice, la gestion administrative des tribunaux et les décisions qui concernent la désignation des juges, leurs promotions ou leurs révocations doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes politiques – concept II B (2) dans la typologie) et d'indépendance intérieure (qui renvoie à l'idée que le juge doit être indépendant vis-à-vis de lui-même – concept I A (2) dans la typologie). Finalement, la troisième et dernière strate renferme le concept mal aimé. Il découle des interprétations constructives et variées des tribunaux et se synthétise autour de l'idée selon laquelle le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle (concept I C dans la typologie).

561. A n'en pas douter, la mutation de l'indépendance de la justice allemande n'est pas encore achevée. Parmi les cinq concepts identifiés pour le XXe siècle, deux au moins sont, à ce jour particulièrement, traversés par l'actualité: il s'agit du concept d'indépendance institutionnelle (deuxième strate) et du concept sans nom de la troisième strate. Pour le premier concept, la question qui se pose est celle de savoir si sous la pression de quelques auteurs et surtout des juges, le concept normatif d'indépendance institutionnelle sera, à terme, inscrit dans le droit positif. Pour le second concept, l'interrogation essentielle concerne son renforcement éventuel à venir sous l'effet des interprétations jurisprudentielles: y aura-t-il d'autres décisions de justice des tribunaux qui vont consolider encore un peu plus le concept sans nom ?

Partie 3

La France (1789-XXI^e siècle): un paradoxe. Une théorisation faible de l'indépendance

562. 1789 représente une cassure incontestable dans l'histoire de la justice française. La Révolution sape les bases d'un modèle judiciaire qui s'était construit au cours des siècles antérieurs. Elle opère un bouleversement à long terme des rapports entre d'une part, les juges et d'autre part, les organes législatif ou exécutif¹⁶⁵⁵. A partir de 1789, c'est un nouveau cycle historique qui s'ouvre pour la justice française : « *Les juges d'Ancien Régime n'étaient plus !* »¹⁶⁵⁶, martèle l'historien Benoît Garnot. Jacques Krynen parle d'« *acte de décès de l'ancien système* »¹⁶⁵⁷. Il emploie encore les mots forts de « *démontage complet* »¹⁶⁵⁸, de « *reconsidération totale* »¹⁶⁵⁹ ou de « *purge du passé* »¹⁶⁶⁰.

563. C'est cette justice *après* 1789 qui retiendra notre attention dans l'ensemble de notre troisième partie. Avant d'examiner de manière approfondie la conceptualisation de l'indépendance de la justice française à compter de cette date et jusqu'à aujourd'hui, il convient, toutefois, de revenir brièvement, dans les deux premières subdivisions de cette introduction, sur la situation antérieure à 1789. Ce retour en arrière doit permettre de montrer que la période avant la Révolution contient, *en creux*, l'amorce d'une justice indépendante. Il ne s'agit pas de prouver que la période avant 1789 représente l'âge d'or de l'indépendance de la justice : sans conteste, les juges de l'Ancien Régime ne sont absolument pas des juges indépendants¹⁶⁶¹, notamment parce que la justice de l'époque « *butait sur les organes de la*

¹⁶⁵⁵ Xavier Rousseaux écrit que « *la période 1789-1815 est caractérisée par la remise en cause fondamentale du rapport entre justice, pouvoir et sacré, par le développement d'un projet cohérent de modernisation de la fonction judiciaire et par l'action déterminée d'acteurs nouveaux* ». X. Rousseaux, « Le "moment révolutionnaire" (1789-1815) », in F. Chauvaud (dir.), *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice*, Grâne, Créaphis, 1999, p. 71.

¹⁶⁵⁶ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 135.

¹⁶⁵⁷ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, p. 22.

¹⁶⁵⁸ *Id.*, p. 23.

¹⁶⁵⁹ *Id.*, p. 23.

¹⁶⁶⁰ *Id.*, p. 24.

¹⁶⁶¹ C'est ce que semble, pourtant, suggérer Jean Foyer en expliquant que « *si des juges furent jamais indépendants d'un souverain dont ils exerçaient cependant et par délégation sa justice, et s'ils exercèrent, s'ils constituèrent jamais un pouvoir en France, ce fut... sous l'Ancien Régime* ». J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 18.

justice retenue »¹⁶⁶². Il est plutôt question d'établir qu'avant la Révolution française, l'exigence d'une justice indépendante commence imperceptiblement à pénétrer les faits, le droit positif et les idées. Pour le dire très simplement, le terrain de l'indépendance semble être très sommairement préparé avant que n'intervienne la rupture. D'abord, avant 1789, quelques signes de l'indépendance se manifestent dans la pratique (α). Surtout, sur le plan conceptuel, des jalons – *a priori* solides – sont posés par Montesquieu (1689-1755) : dans l'*Esprit des lois*, publié en 1748, celui qui est, parfois, qualifié de « *père intellectuel* »¹⁶⁶³ de l'indépendance, établit que la garantie de la liberté ne peut être réalisée qu'à la seule condition d'avoir des juges indépendants. Mais, tout en affirmant la nécessité de l'indépendance, Montesquieu a aussi borné strictement l'exercice de la fonction juridictionnelle. Il parle d'une puissance « indivisible et nulle » (β). On en arrive à la situation au moment de la Révolution : retenant la leçon de Montesquieu en matière de nullité du pouvoir judiciaire, les Révolutionnaires organisent de 1789 à 1791 une justice privée de tout pouvoir (γ). Dans la réalité des faits, cette démarche des Révolutionnaires a facilité, par la suite, la mise sous tutelle de la magistrature, autrement dit la dépendance de la justice.

α) Les manifestations de l'indépendance dans la pratique avant 1789 : bref aperçu

564. Dès le XIV^e siècle, quelques textes contiennent des traces d'indépendance de la justice. Il faut, par exemple, citer deux ordonnances datées du 17 mars 1337 et du 9 juillet 1341 édictées par Philippe VI, dit Philippe de Valois (1293-1350), ainsi que l'importante ordonnance prise par Louis XI (1423-1483) le 21 octobre 1467. Ces trois textes consacrent, en particulier, l'*inamovibilité*¹⁶⁶⁴. A titre d'illustration, l'édit du 21 octobre 1467 déclare les

¹⁶⁶² J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 108.

¹⁶⁶³ L. Heuschling, « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 207 : « *En France, la plupart des gens considère Montesquieu comme étant le père intellectuel de l'indépendance de la justice* ». En fait, Luc Heuschling questionne la pertinence de cette affirmation dans son article.

¹⁶⁶⁴ V. sur ce point : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, pp. 155 et s. Dans sa thèse de doctorat consacrée à l'inamovibilité, Olivier Pluen retrace, en détail, les débuts de la consécration formelle de l'inamovibilité : O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, 990 p. ; spéc. pp. 90 et s. Disponible en ligne : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/0c5bec53-71c8-4569-91b3-3f5e0f4e0143> (date de consultation: 24/11/15). Avant Philippe de Valois, il semble également que Philippe IV, dit Philippe le Bel (1268-1314), – après avoir, d'abord, destitué certains juges de leurs charges de judicature – ait, ensuite, accordé aux autres juges restants l'inamovibilité. V. sur ce point : H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3 éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, p. 233. Henrion de Pansey cite, en fait, Charles Loyseau (*Traité des offices*, 1610) qui explique que « *le premier roi qui rendit en France les officiers perpétuels et non destituables fut Philippe-le-Bel, qui, en l'an 1302, après une recherche et réformation générale, destitua ceux qui avoient malversé, et confirma les autres en leurs offices, ordonnant qu'ils ne pourroient être destitués ; (...)*

juges inamovibles afin d' « extirper d'eux icelle doute et [de] pourvoir à leur sûreté en notre service »¹⁶⁶⁵ (ce qui veut dire : de dissiper leur doute et de garantir la sûreté de leurs charges de judicature). Il prévoit que, désormais, il ne soit plus pourvu au remplacement d'un office royal « s'il n'est vacant par mort ou par résignation faite du gré et consentement du résignant (...) ou pour forfaiture préalablement jugée et déclarée judiciairement (...) par juge compétent »¹⁶⁶⁶. D'ailleurs, dans ses instructions à son fils Charles VIII (Instructions du 21 septembre 1482, art. 3), Louis XI insiste sur le principe qui guide l'édiction de cet édit. Quoiqu'il ait lui-même procédé à des destitutions arbitraires de juges, y compris après l'adoption de son ordonnance¹⁶⁶⁷, il recommande à son successeur de ne pas porter atteinte à l'inamovibilité de ses officiers – judiciaires et autres.

565. Par la suite, au début du XVe siècle, l'inamovibilité des juges est confirmée et renforcée par l'institution de la vénalité des offices de judicature¹⁶⁶⁸. C'est surtout à François Ier (1494-1547) que l'on doit d'avoir établi la vénalité des offices¹⁶⁶⁹. Par vénalité des offices, il faut entendre que « l'Etat les avait vendus et en avait reçu le prix ; ils [les offices] étaient devenus, entre les mains des acquéreurs, des biens du patrimoine, assimilés aux immeubles (...) ; on distinguait le titre, la fonction, que le roi seul pouvait conférer et pour laquelle on exigeait certaines conditions de capacité et d'aptitude, et la finance, valeur pécuniaire de l'office qui était dans le patrimoine »¹⁶⁷⁰. Avec ce système, le juge est donc, en principe, – en vertu d'une vente – nanti d'un office perpétuel (un pareil système subsiste, dans une certaine mesure, pour les notaires et les huissiers qui doivent acheter leurs offices)¹⁶⁷¹, et dès lors, le

ce fut plutôt un privilège qu'il donna aux bons officiers de son temps, en récompense de leur intégrité, qu'une règle générale et perpétuelle pour l'avenir ». A l'appui de ses propos, Loyseau ne fait pas mention d'un texte précis.

¹⁶⁶⁵ Le texte de l'édit – en vieux français – est notamment reproduit dans l'ouvrage de de Pansey et aussi dans la thèse d'Olivier Pluen : H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3 éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, pp. 235-236 ; O. Pluen, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶⁶⁶ Cité dans : H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3 éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, p. 236 ; O. Pluen, *op. cit.*, p. 94.

¹⁶⁶⁷ V. sur ce point : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, p. 160.

¹⁶⁶⁸ V. sur ce point : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 106-110 ; pp. 121 et s. ; O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, pp. 97 et s. Ce système de la vénalité des offices fut supprimé par la Révolution. Consulter pour de plus amples détails : J-P. Royer et alii, *op. cit.*, p. 210.

¹⁶⁶⁹ J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 108.

¹⁶⁷⁰ E. D. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, vol. 1 (Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence), 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, p. 382.

¹⁶⁷¹ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 159.

roi ne peut plus, normalement, le destituer. A partir de 1604¹⁶⁷², la vénalité des charges est appuyée par l'hérédité : le titulaire de l'office peut transmettre son office à ses héritiers. C'est le système dit de la « Paulette ». Il en résulte que « *dans certaines familles, on se consacrait de père en fils, avec conscience et idéal, au service de la justice* »¹⁶⁷³, avec l'inconvénient de favoriser un esprit de classe ou de caste. Sans doute, l'inamovibilité des juges – comme conséquence de la vénalité des offices – n'a pas toujours, à l'époque, été respecté. Il a, à coup sûr, souffert de plusieurs atteintes¹⁶⁷⁴. Il n'en demeure pas moins que l'inamovibilité a contribué à soutenir et à affermir l'indépendance des juges. « *Désormais assuré (...) le magistrat n'attendait et ne redoutait plus rien de la royauté et théoriquement possédait une indépendance absolue* »¹⁶⁷⁵, explique Marcel Rousselet.

566. Au-delà de l'inamovibilité, d'autres marques d'indépendance se font jour avec la contestation de terrain de l'exercice de la justice par le roi lui-même. De manière plus générale, c'est l'exercice de la justice dite retenue qui est progressivement – à partir surtout du XVI^e siècle – remis en cause¹⁶⁷⁶. Le concept de « justice retenue » – par opposition à celui de « justice déléguée » – est une création des historiens de la justice et « *ne fait [pas] partie de la langue politique ou administrative du temps* »¹⁶⁷⁷. Il est défini en ces termes par Jacques Krynen : « *source de toute justice, le roi peut toujours suspendre, interrompre ou reprendre (“retenir”) la délégation faite à ses cours et tribunaux pour juger lui-même une affaire, la faire juger par commissaires ou en attribuer la connaissance à son Conseil* »¹⁶⁷⁸. Les propos du président du Parlement de Paris, Bellièvre, en 1639, sont symptomatiques du combat mené, dans la pratique, par les Parlements contre la justice retenue. Ces propos sont tenus à

¹⁶⁷² M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, p. 160.

¹⁶⁷³ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1 (Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire), Paris, Sirey, 1961, p. 631.

¹⁶⁷⁴ Marcel Rousselet fournit plusieurs exemples. M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, pp. 160-162.

¹⁶⁷⁵ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, p. 160.

¹⁶⁷⁶ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, pp. 76-78 ; p. 260 ; U. Seif, « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 2, 2005, pp. 215-245 ; spéc., pp. 218-224.

¹⁶⁷⁷ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 67.

¹⁶⁷⁸ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, pp. 25-26. Le cadre conceptuel de la justice retenue est la *fons justitiae*. Sur la *fons justitiae* en France, lire : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, pp. 17-61 ; R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, pp. 9-22. Disponible en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00402659/document> (date de consultation: 24/11/15). Ce concept de *fons justitiae* a fait l'objet de développements approfondis dans le chapitre premier de notre partie consacrée à la conceptualisation de l'indépendance de la justice en Angleterre.

l'occasion du procès du Duc de la Valette qui est accusé d'avoir placé ses intérêts privés avant l'intérêt public, alors qu'il était sous les ordres du roi. L'exemple de la condamnation à mort du Duc de la Valette est donné par Montesquieu dans le chapitre 5 du livre VI de *l'Esprit des lois*¹⁶⁷⁹. Pour faire condamner le Duc de la Valette, le roi Louis XIII (1601-1643) avait usé de sa prérogative de justice retenue et avait créé une chambre de justice *ad hoc* – une commission extraordinaire¹⁶⁸⁰ – qu'il présidait en personne. L'usage de cette faculté souveraine suscite l'opposition du président de Bellièvre qui s'élève, en particulier, contre la participation du roi à l'exercice de la justice (concept II A (1) a dans la typologie). Il indique : « *Qu'il voyait dans cette affaire une chose étrange, un prince opiner au procès d'un de ses sujets ; que les rois ne s'étaient réservés que les grâces, et qu'ils renvoyaient les condamnations vers leurs officiers. Et Votre Majesté voudrait bien voir sur la sellette un homme devant Elle, qui, par son jugement, irait dans une heure à la mort ! Que la face du prince, qui porte les grâces, ne peut soutenir cela ; que sa vue seule levait les interdits des églises ; qu'on ne devait sortir que content de devant le prince* »¹⁶⁸¹. En creux, le président de Bellièvre fonde donc l'interdiction pour le roi de rendre la justice sur une *fausse* tradition historique. Il suffit de songer à l'image de Saint Louis sous le chêne de Vincennes pour apprécier la faiblesse de l'argument « tradition historique ». « *Nos rois, à l'instar des plus grands empereurs, se sont prêtés de très bon gré à recevoir et à trancher directement les plaintes de leurs sujets* »¹⁶⁸², écrit, à cet égard, Jacques Krynen. Bellièvre justifie aussi la prohibition pour le monarque d'exercer la fonction juridictionnelle en alléguant de l'incompatibilité entre les fonctions juridictionnelles et la majesté royale. Après le jugement, le même président invoque encore la tradition historique à l'appui de son raisonnement : « *Cela est un jugement sans exemple, voire contre tous les exemples du passé jusqu'à huy, qu'un roi de France ait condamné en qualité de juge, par son avis, un gentilhomme à mort* »¹⁶⁸³. Ces opinions de Bellièvre entraînent une réaction violente du roi qui le qualifie

¹⁶⁷⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, vol. 1, Paris, Gallimard, 1995, pp. 204-205. V. déjà sur ce point : T. Hanisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, pp. 137-139.

¹⁶⁸⁰ Par commission extraordinaire, il faut entendre « *des juridictions pénales extraordinaires, instituées en vue d'un jugement spécifique et souvent composées d'ennemis des accusés* ». P. Alvazzi del Frate, « La "justice par commissaires". Les conflits de juridictions et le principe du juge naturel sous l'Ancien Régime », *Crises*, vol. 1, 1994, pp. 53-59. Disponible en ligne : <http://alvazzidelfrate.weebly.com/uploads/2/5/3/4/25343223/334882-justice-par-commissaires.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

¹⁶⁸¹ L'opinion du président du Parlement de Paris, Bellièvre, est citée par Montesquieu. Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, vol. 1, Paris, Gallimard, 1995, p. 205.

¹⁶⁸² J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 30. Pour une étude exhaustive de l'argument « tradition historique » en Angleterre, voir déjà : *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 245 et s.

¹⁶⁸³ Cité dans : Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, vol. 1, Paris, Gallimard, 1995, p. 205.

« d'ignorant et d'indigne de sa charge » et exige de lui « une obéissance inconditionnelle »¹⁶⁸⁴.

567. Au terme de ces brefs développements consacrés aux premières manifestations d'indépendance dans la pratique avant 1789, l'affaire Fouquet (1664) mérite encore d'être signalée, en ce qu'elle témoigne d'un certain esprit de résistance chez quelques juges de l'Ancien Régime¹⁶⁸⁵. Dans la dite affaire, plusieurs juges refusent de rendre la justice en prononçant la sentence attendue par le monarque, Louis XIV (1638-1715). Nicolas Fouquet était l'ancien surintendant des finances de Louis XIV. Le roi souhaitait *sa condamnation à mort*. En vue d'obtenir ce verdict, il avait établi une commission extraordinaire, *a priori* acquise à la cause royale. Le 14 novembre 1664, Fouquet comparait devant cette commission sur l'inculpation de dilapidation de deniers publics à des fins personnelles et de lèse-majesté¹⁶⁸⁶. En contrariété avec les désirs du roi, c'est, pourtant, la condamnation au *bannissement perpétuel* qui est décidée par la commission. Sur ce point, Benoit Garnot indique : « Sur les vingt-deux juges qui la composaient, treize, le 21 décembre 1664, se sont contentés de voter le bannissement perpétuel et la confiscation des biens, les neufs autres optant pour la peine capitale »¹⁶⁸⁷. Du reste, et à titre de remarque, l'historien précise : « Louis XIV a commué peu après cet exil en prison à vie, mais n'a pas osé aller jusqu'à la peine de mort »¹⁶⁸⁸.

β) Les manifestations conceptuelles de l'indépendance avant 1789 : la conceptualisation de Montesquieu (1748)

568. Si, avant 1789, quelques luttes en faveur de l'indépendance se manifestent dans la pratique, elles concernent aussi le terrain doctrinal. C'est, en particulier, sous Louis XV (1710-1774) et Louis XVI (1754-1793) que le combat de terrain et le combat doctrinal connaissent un regain d'intensité¹⁶⁸⁹. De l'avis de plusieurs auteurs, la contestation doctrinale

¹⁶⁸⁴ T. Hanisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, p. 139.

¹⁶⁸⁵ V. en ce sens : B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 322. Sur l'affaire Fouquet, consulter également : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 90-91.

¹⁶⁸⁶ J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 90.

¹⁶⁸⁷ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 322.

¹⁶⁸⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁸⁹ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 78.

de la dépendance de la justice atteint son apogée avec la publication de *l'Esprit des lois* par Montesquieu en 1748.

569. De la lecture de *l'Esprit des lois*¹⁶⁹⁰, les interprètes de Montesquieu du XIXe et du début du XXe siècle ont retenu, avant tout, l'idée d'une séparation absolue des pouvoirs, autrement dit l'indépendance et la spécialisation des fonctions¹⁶⁹¹. Depuis le début du XXe siècle, à la faveur de nouveaux lecteurs, il a été démontré que la pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu sur la séparation des pouvoirs est, en réalité, plus riche et renferme également deux autres thèmes : d'abord, la balance des pouvoirs – c'est ce qu'a mis au jour Charles Eisenmann dans un article publié en 1933¹⁶⁹² –, ensuite, l'équilibre des puissances sociales – c'est ce qu'avait annoncé Charles Eisenmann et qu'ont repris à leur compte Louis Althusser et Raymond Aron dans les années 1960. Sur ce dernier point, dans le cas précis de l'Angleterre du XVIIIe siècle, c'est la distribution équilibrée des pouvoirs entre *le roi, la noblesse et le peuple* qui est préconisée par le magistrat au Parlement de Bordeaux¹⁶⁹³. La raison de cette défense par Montesquieu de la séparation des pouvoirs – combinée à la balance des pouvoirs et à l'équilibre des puissances sociales – doit, du reste, être précisée : Montesquieu est un farouche opposant des gouvernements despotiques, qui sont fondés sur le caprice et l'absence de toute règle. Partant de là, l'ensemble de sa construction théorique s'inscrit dans la recherche de la liberté politique des individus¹⁶⁹⁴.

570. Dans sa quête, Montesquieu se tourne, en particulier, vers le modèle de la monarchie parlementaire anglaise. C'est ce modèle qui est au cœur du chapitre six du Livre onze de *l'Esprit des Lois* : le dit chapitre est expressément intitulé « *de la Constitution d'Angleterre* »¹⁶⁹⁵. A propos de la justice laquelle nous intéresse plus particulièrement ici¹⁶⁹⁶,

¹⁶⁹⁰ Nous utilisons : Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, Paris, Gallimard, 1995, 2 vol.

¹⁶⁹¹ G. Timsit, « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrétien, 1992, pp. 617-632 ; spéc. p. 618. ; M. Troper, « Séparation des pouvoirs », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 708-714 ; spéc. p. 709.

¹⁶⁹² C. Eisenmann, « *L'Esprit des lois* et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 165-192 ; V. aussi : C. Eisenmann, « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in B. Mirkine-Guetzevitch, H. Puget (dir.), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois (1748-1948)*, Paris, Sirey, 1952, pp. 133-160. La lecture d'Eisenmann a été reprise et prolongée par Michel Troper. V. par exemple : M. Troper, « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », *Cahiers de philosophie politique*, n° 2-3, 1985, pp. 67-79.

¹⁶⁹³ Les principaux arguments d'une part, de Charles Eisenmann et d'autre part, de Louis Althusser et Raymond Aron sont résumés par Gérard Timsit. V. sur ce point : G. Timsit, « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrétien, 1992, pp. 618-621.

¹⁶⁹⁴ Sur le concept de liberté politique chez Montesquieu, consulter : M. Troper, « Montesquieu en l'an III », *Revue Montesquieu*, n° 2, 1998, pp. 99-100.

¹⁶⁹⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, pp. 327-342.

Montesquieu écrit dans ce chapitre : « *Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutrice* »¹⁶⁹⁷. Dans la même veine, il ajoute également que « *dans la plupart des royaumes de l'Europe, le gouvernement est modéré, parce que le prince, qui a les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets l'exercice du troisième [la puissance de juger]* »¹⁶⁹⁸ et que « *chez les Turcs, où ces trois pouvoirs sont réunis sur la tête du sultan, il règne un affreux despotisme* »¹⁶⁹⁹.

571. Ainsi, dans sa théorie de la séparation des pouvoirs, Montesquieu identifie le pouvoir de juger comme l'une des trois puissances étatiques. Ce faisant, le philosophe donne une importance particulière au pouvoir judiciaire, qu'il ne confond pas avec le pouvoir législatif ou exécutif. Pour reprendre les mots de Georges Vlachos, « *cette justice est nettement dégagée comme une fonction distincte, par son essence même, de la fonction législative et exécutive. Ici comme ailleurs dans la pensée de Montesquieu, "juger" possède un sens différent de "légiférer" et d' "exécuter" (...)* »¹⁷⁰⁰. Ramenée à la question plus spécifique de l'indépendance de la justice, c'est, d'une manière générale, à partir des extraits précités que la paternité de la conceptualisation de l'indépendance de la justice a été attribuée à Montesquieu. A cet égard, les propos de l'historien italien Cesare Balbo (1789-1853) méritent d'être cités. Il indique que : « *Montesquieu fut le Newton de cette invention [l'indépendance de la justice] : il inventa ou sanctionna le premier ce grand principe ou bien cette théorie : ce principe pour lequel il sera immortel, si, comme je le crois, les siècles futurs ne feront par marche arrière* »¹⁷⁰¹.

¹⁶⁹⁶ Au titre de la littérature sur la question de la justice dans l'œuvre de Montesquieu, il convient, par exemple, de consulter : G. Vlachos, « Le pouvoir judiciaire dans "l'Esprit des Lois" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 363-376 ; G. Timsit, « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrétien, 1992, pp. 621-628 ; J. Billard, « La justice dans la limitation des pouvoirs », *Philosophie politique*, n° 9, 1996, pp. 51-66 ; R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, pp. 45-50 ; pp. 78-80 ; T. Hanisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Villey*, vol. 2, 2010, pp. 131-165. Disponible en ligne : http://www.droitphilosophie.com/upload/files/pdf/14108169098Villey_1a266Hanisch.pdf (date de consultation : 24/11/15) ; S. D. Gerber, *A distinct judicial power: The Origins of an Independent Judiciary 1606-1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 21-23.

¹⁶⁹⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 328.

¹⁶⁹⁸ *Ibidem*.

¹⁶⁹⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁰⁰ G. Vlachos, « Le pouvoir judiciaire dans "l'Esprit des Lois" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, p. 374.

¹⁷⁰¹ « *Montesquieu fu il Newton di quella invenzione: inventò o sancì egli primo quel gran principio o teoria ; quel principio ond' egli sarà immortale, se, come credo, non regrediranno i secoli* ». C. Balbo, *Della monarchia rappresentativa in Italia*, Firenze, Felice Le Monnier, 1857, p. 239. Traduit dans: D. Felice, *Pour l'histoire de la réception de Montesquieu en Italie*, Bologne, CLUEB, 2006, p. 97.

572. Dans le raisonnement de Montesquieu, la différenciation nette de l'agencement du pouvoir judiciaire par rapport aux pouvoirs législatif et exécutif emporte deux conséquences concrètes en terme d'indépendance. Ces deux conséquences correspondent, suivant notre typologie, à *deux concepts* de l'indépendance. Premier concept : dans le chapitre cinq du Livre six intitulé « *dans quel gouvernement le souverain peut être juge* »¹⁷⁰², Montesquieu énonce, en des termes très clairs, que le prince ne doit pas trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie). Le fondement de cette prohibition est le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie¹⁷⁰³. Montesquieu nous dit : « *Dans les Etats despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : la constitution serait détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis : on verrait cesser toutes les formalités des jugements ; la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verrait la pâleur sur tous les visages ; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie* »¹⁷⁰⁴. L'interdiction d'exercer la fonction juridictionnelle ne s'adresse, d'ailleurs, pas seulement au prince. Elle concerne aussi ses ministres. Précisément, au sein du chapitre six du Livre six – dont le titre est « *que, dans la monarchie, les ministres ne doivent pas juger* »¹⁷⁰⁵ –, Montesquieu recommande, implicitement, une distinction mieux marquée entre d'une part, le « *Conseil du monarque* » et d'autre part, les « *tribunaux de judicature* », car, dans le premier, « *les ministres du prince jugent eux-mêmes les affaires contentieuses* »¹⁷⁰⁶. A propos de ce premier concept de l'indépendance chez Montesquieu, il convient, toutefois, d'apporter une importante précision : ce premier concept n'implique pas que les juges doivent être *les seuls* à trancher les différends. Si les organes exécutifs ne doivent pas juger, les organes législatifs ne sont, en revanche, pas complètement empêchés par Montesquieu d'exercer le pouvoir judiciaire. Dans le modèle anglais qu'il examine au chapitre six du Livre onze, Montesquieu identifie plusieurs situations dans lesquelles la Chambre des Lords peut se prononcer à l'occasion des procès. Dans trois hypothèses précises et, « *quoiqu'en général la puissance de juger ne doive être unie à aucune partie de la législative* »¹⁷⁰⁷, la Chambre des Lords peut, ainsi, s'ériger en tribunal¹⁷⁰⁸. Le premier cas fait référence aux jugements des nobles : pour

¹⁷⁰² Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, pp. 202-206.

¹⁷⁰³ Pour une étude exhaustive de l'argument « rejet de l'arbitraire et de la tyrannie » en Angleterre, voir déjà : *Supra*, dans la partie sur l'Angleterre, n° 234 et s.

¹⁷⁰⁴ *Id.*, p. 204.

¹⁷⁰⁵ *Id.*, p. 207.

¹⁷⁰⁶ *Id.*, p. 207.

¹⁷⁰⁷ *Id.*, p. 337.

¹⁷⁰⁸ V. déjà sur ce point : G. Vlachos, « Le pouvoir judiciaire dans "l'Esprit des Lois" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 373-374 ; R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, p. 48 ; T. Hanisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Villey*, vol. 2, 2010, pp. 163-165.

leur garantir une forme d'équité, les pairs doivent être jugés par la Chambre des Lords elle-même¹⁷⁰⁹. La seconde situation renvoie à la compétence d'appel de la Chambre des Lords : à cette occasion, la Chambre haute a la possibilité de modérer la force et la rigueur de la loi¹⁷¹⁰. La troisième et dernière hypothèse est celle de la justice politique : Montesquieu spécifie que les « *affaires publiques* » doivent relever de la compétence de « *la partie législative des nobles* »¹⁷¹¹. Pour expliquer que Montesquieu accepte des tempéraments au principe selon lequel seuls les juges doivent juger les différends, la nécessité d'un équilibre entre les trois puissances sociales que sont le roi, l'aristocratie et le peuple a, le plus souvent, été invoquée. Renaud Colson synthétise la logique en expliquant que « *dans le modèle anglais, le principe de la séparation du pouvoir judiciaire qui ressort de la logique de non-confusion des prérogatives étatiques cède le pas devant la nécessaire co-souveraineté des forces politiques* »¹⁷¹². Le second concept de l'indépendance présent dans *l'Esprit des lois* est lié au premier : il a trait aux situations dans lesquelles le souverain modifie l'organisation judiciaire et, en particulier, crée des juridictions extraordinaires en vue de trancher un litige spécifique (concept II B (1) dans la typologie). L'institution de commissions extraordinaires est une expression de la justice retenue du souverain. Dans le chapitre vingt-deux du Livre douze dont le titre est « *des choses qui attaquent la liberté dans la monarchie* »¹⁷¹³, Montesquieu condamne fermement ces commissions : « *La chose du monde la plus inutile au prince a souvent affaibli la liberté dans les monarchies : les commissaires nommés quelquefois pour juger un particulier. Le prince tire si peu d'utilité des commissaires qu'il ne vaut pas la peine qu'il change l'ordre des choses pour cela. Il est moralement sûr qu'il a plus l'esprit de probité et de justice que ses commissaires, qui se croient toujours assez justifiés par ses*

¹⁷⁰⁹ « *Les grands sont toujours exposés à l'envie ; et s'ils étaient jugés par le peuple, ils pourraient être en danger, et ne jouiraient pas du privilège qu'a le moindre des citoyens, dans un Etat libre, d'être jugé par ses pairs. Il faut donc que les nobles soient appelés, non pas devant les tribunaux ordinaires de la nation, mais devant cette partie du corps législatif qui est composée de nobles* ». Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 337.

¹⁷¹⁰ « *Il pourrait arriver que la loi, qui est en même temps clairvoyante et aveugle, serait, en de certains cas, trop rigoureuse. (...) C'est donc la partie du corps législatif, que nous venons de dire être, dans une autre occasion, un tribunal nécessaire, qui l'est encore dans celle-ci ; c'est à son autorité suprême à modérer la loi en faveur de la loi même, en prononçant moins rigoureusement qu'elle* ». *Id.*, pp. 337-338.

¹⁷¹¹ « *Il pourrait encore arriver que quelque citoyen, dans les affaires publiques, violerait les droits du peuple, et ferait des crimes que les magistrats établis ne sauraient ou ne voudraient pas punir. Mais, en général, la puissance législative ne peut pas juger ; et elle le peut encore moins dans ce cas particulier, où elle représente la partie intéressée, qui est le peuple. Elle ne peut donc être qu'accusatrice. Mais devant qui accusera-t-elle ? Ira-t-elle s'abaisser devant les tribunaux de la loi, qui lui sont inférieurs, et d'ailleurs composés de gens qui, étant peuple comme elle, seraient entraînés par l'autorité d'un si grand accusateur ? Non : il faut, pour conserver la dignité du peuple et la sûreté du particulier, que la partie législative du peuple accuse devant la partie législative des nobles, laquelle n'a ni les mêmes intérêts qu'elle, ni les mêmes passions* ». *Id.*, p. 338.

¹⁷¹² R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, p. 48.

¹⁷¹³ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 406.

ordres, par un obscur intérêt de l'Etat, par le choix qu'on a fait d'eux, et par leurs craintes mêmes. Sous Henri VIII, lorsqu'on faisait le procès à un pair, on le faisait juger par des commissaires tirés de la chambre des pairs : avec cette méthode on fit mourir tous les pairs qu'on voulut »¹⁷¹⁴.

573. Si Montesquieu a effectivement défendu la nécessité de l'indépendance de la justice et a indéniablement participé aux premières conceptualisations du principe, il a aussi, dans le même temps, attribué *un rôle réduit à la puissance de juger*. A l'intérieur du chapitre six du Livre onze sur la Constitution de l'Angleterre, Montesquieu qualifie la puissance de juger de puissance « *pour ainsi dire, indivisible et nulle* »¹⁷¹⁵. Il confirme la même analyse quelques lignes plus loin en ces termes : « *Des trois puissances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle* »¹⁷¹⁶. Dans la pensée de Montesquieu, l'absence de pouvoir de la fonction juridictionnelle est, concrètement, rendue possible par l'association de la justice, non pas à des magistrats professionnels, mais plutôt à des jurés et aussi à des tribunaux temporaires. L'auteur souligne que « *la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais exercée par des personnes tirées du corps du peuple, dans certains temps de l'année, de la manière prescrite par la loi, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert* »¹⁷¹⁷. Plus encore, l'absence de pouvoir de la fonction juridictionnelle est, concrètement, organisée grâce à la subordination du juge à la loi. Montesquieu se réfère à de multiples reprises à cette application automatique de la loi par le juge. Il indique : « *Mais, si les tribunaux ne doivent pas être fixes, les jugements doivent l'être à un tel point, qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi* »¹⁷¹⁸ ; « *Mais les juges de la nation ne sont, comme nous avons dit, que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur* »¹⁷¹⁹. Dans un autre chapitre que celui consacré à l'Angleterre, Montesquieu affirme dans le même sens que « *dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution que les juges suivent la lettre de la loi* »¹⁷²⁰.

574. Immédiatement, le lecteur comprend toutes les conséquences que peut emporter la formule « *bouche qui prononce les paroles de la loi* » tirée à partir de l'expérience de

¹⁷¹⁴ *Ibidem*.

¹⁷¹⁵ *Id.*, p. 330.

¹⁷¹⁶ *Id.*, p. 333.

¹⁷¹⁷ *Id.*, pp. 329-330.

¹⁷¹⁸ *Id.*, p. 330.

¹⁷¹⁹ *Id.*, p. 337.

¹⁷²⁰ *Id.*, p. 200. La citation est extraite du chapitre trois du Livre six. Le titre du chapitre trois est : « *dans quels gouvernements et dans quels cas on doit juger selon un texte précis de la loi* ».

l'Angleterre : elle implique que le juge est un simple instrument¹⁷²¹. Dès lors que le juge n'est que la bouche de la loi, il n'a – pour reprendre les mots de Gérard Timsit – « *pas plus de liberté ni d'autonomie à l'égard de la loi que n'en a une bouche quand elle prononce les paroles de l'homme qui les conçoit* »¹⁷²². En réalité, tandis que le sens et la portée des extraits précités apparaissent, *a priori*, sans équivoque, ils sont l'objet de multiples interprétations, dont il convient de donner un bref aperçu. Par exemple, le professeur Luc Heuschling explique que l'absence de pouvoir de la fonction juridictionnelle est, en fait, chez Montesquieu d'une importance particulière, puisqu'elle est *le fondement* de l'indépendance dont jouit la justice¹⁷²³. Suivant l'analyse de Luc Heuschling, en faisant de la puissance de juger « *si terrible parmi les hommes* »¹⁷²⁴ une puissance indivisible et nulle, le penseur politique du XVIIIe siècle l'écarte du contrôle des deux autres puissances – la puissance législative et la puissance exécutive. Pour l'auteur, c'est parce que la puissance de juger est sans pouvoir qu'elle n'a donc plus à être tempérée par « *une puissance réglante* »¹⁷²⁵ et est, par voie de conséquence, indépendante. Le sens et la portée exacte des passages qui ont trait à la bouche de la loi sont encore l'objet d'autres lectures – et même d'un vif débat entre les interprètes de Montesquieu¹⁷²⁶. La controverse oppose ceux qui soutiennent que le philosophe ne confère absolument aucune latitude d'interprétation au juge et ceux qui, au contraire, assurent qu'il n'exclut, en fait, pas totalement toute part d'*arbitrium*. Les derniers insistent sur la nécessité de relier les passages sur la bouche de la loi à l'ensemble de l'analyse de

¹⁷²¹ V. sur ce point : G. Timsit, « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXVIII, n° 117, 2000, pp. 83-94 ; spéc. pp. 87-88. Disponible en ligne : <http://ress.revues.org/712?lang=en> (date de consultation : 24/11/15).

¹⁷²² *Id.*, p. 87.

¹⁷²³ Luc Heuschling montre que « *l'indépendance de la justice a été fondée par Montesquieu sur l'hypothèse au terme de laquelle les tribunaux n'avaient aucun pouvoir* » (« *judicial independence was grounded by Montesquieu on the assumption that the courts did not have any power* »). L. Heuschling, « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 200. *Id.*, pp. 208-209. Luc Heuschling poursuit, toutefois, sa démonstration en soulignant la fragilité de ce fondement, à partir du moment où il est admis que les juges ont, en réalité, du pouvoir (un pouvoir créateur).

¹⁷²⁴ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 330.

¹⁷²⁵ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 333. Voir, à cet égard, la démonstration de Luc Heuschling. Luc Heuschling montre que « *l'indépendance de la justice a été fondée par Montesquieu sur l'hypothèse au terme de laquelle les tribunaux n'ont pas de pouvoir* » (« *judicial independence was grounded by Montesquieu on the assumption that the courts did not have any power* »). L. Heuschling, « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 200. *Id.*, pp. 208-209. Luc Heuschling poursuit sa démonstration en insistant sur la fragilité de ce fondement, à partir du moment où il est constaté que les juges ont, en réalité, du pouvoir.

¹⁷²⁶ Catherine Larrère écrit que « *la question de savoir si, pour Montesquieu, il est préférable que cette interprétation soit une application automatique de la loi ou laisse place à l' "arbitraire" (c'est-à-dire à la latitude d'interprétation) du juge (...) est actuellement objet de débat* ». C. Larrère, « Le civique et le civil : de la citoyenneté chez Montesquieu », *Revue Montesquieu*, n° 3, 1999, pp. 41-61 ; spéc. p. 44 (note n° 10). Disponible en ligne : http://montesquieu.ens-lyon.fr/IMG/pdf/RM03_Larrere_41-61.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Montesquieu. Pour épauler leurs propos, ils citent d'autres morceaux de *l'Esprit des Lois*, notamment celui-ci : « *dans les Etats monarchiques, il y a une loi : là où elle est précise, le juge la suit ; là où elle ne l'est pas, il en cherche l'esprit* »¹⁷²⁷.

575. Les développements qui suivent n'auront pas pour objet de trancher cet épineux débat sur le pouvoir d'interprétation du juge chez Montesquieu. Plus modestement, les propos ci-après auront pour ambition de montrer que moins que la conceptualisation de Montesquieu sur l'indépendance¹⁷²⁸, ce sont, surtout, ses idées sur l'application mécanique de la loi qui ont fortement influencé les Révolutionnaires de 1789. Retenant, sur ce point, la leçon de Montesquieu et s'appuyant aussi sur la recommandation qu'ils estiment tenir de lui d'établir une « *puissance de juger (...) pour ainsi dire, indivisible et nulle* », les Révolutionnaires font en sorte d'organiser une justice dépouillée de tout pouvoir. Pour reprendre les termes de Jean-Louis Halpérin, sur cet aspect de la pensée du Baron de la Brède, « *si le vocabulaire n'est pas exactement celui de l'Esprit des lois, la leçon de Montesquieu a été relativement bien retenue* »¹⁷²⁹.

γ) 1789 : la leçon de Montesquieu, l'organisation d'une puissance « indivisible et nulle »

576. Les arguments de Montesquieu relatifs à la bouche de la loi et à la puissance indivisible et nulle ont, incontestablement, retenu l'attention des Révolutionnaires. Après avoir décrété le 3 novembre 1789 la mise en vacances des Parlements pour une durée illimitée, les Révolutionnaires cherchent à orchestrer « *le ravalement du "pouvoir judiciaire"* »¹⁷³⁰. Le nouveau système judiciaire est initialement annoncé par le député Nicolas Bergasse à la

¹⁷²⁷ Montesquieu, *De l'Esprit des Lois*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 200. (Nous soulignons). Dans ses travaux, Till Hansisch démontre que Montesquieu accorde un pouvoir d'interprétation au juge. Voir : T. Hansisch, « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Villey*, vol. 2, 2010, pp. 131-165.

¹⁷²⁸ En particulier, des tribunaux d'exception – lesquels sont, pourtant, clairement stigmatisés par Montesquieu – sont installés par les Révolutionnaires. Voir sur ce point : *Infra*, n° 584 et s.

¹⁷²⁹ J.-L. Halpérin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 16.

¹⁷³⁰ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, p. 10. Plus généralement, sur la négation du « pouvoir judiciaire » au moment de la Révolution, consulter : J.-L. Halpérin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, pp. 13-23 ; spéc. pp. 14-19 ; J.-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 253-317 ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, pp. 21-42.

séance de l'Assemblée nationale du 17 août 1789¹⁷³¹. Face à un pouvoir législatif magnifié et à un pouvoir exécutif rabaissé, la justice se voit assigner une place très minimaliste : son domaine est strictement délimité au règlement des litiges dans les matières civiles et pénales. Prohibition est, d'abord, faite aux juges de s'immiscer dans la production des lois et de paralyser le processus législatif. Sur ce point, l'article 10 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire est particulièrement clair : « *Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspendre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture* »¹⁷³². Interdiction est, ensuite, faite aux juges d'intervenir dans ce que l'on nommait le domaine de la police (– « *l'action administrative générale à l'échelle du ressort* »¹⁷³³ – pour reprendre la formule de Jacques Krynen). L'article 13 du titre II de la loi des 16-24 août 1790 dispose, à cet égard, que « (...) *les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* »¹⁷³⁴. Ajouté à cela, les arrêts de règlement, par lesquels les juges mettent en œuvre le pouvoir réglementaire, sont fermement rejetés. Par arrêt de règlement, il faut entendre un arrêt de principe rendu « *à l'occasion d'un procès, dont les dispositions obligeaient pour l'avenir la population du ressort* »¹⁷³⁵. Concrètement, un arrêt de règlement a pour dessein de suppléer ou de compléter la loi. Au terme des premiers mots de l'article 12 du titre II de la loi du 16-24 août 1790, il est prévu que les arrêts de règlement sont proscrits : à l'avenir, « *ils [les juges] ne pourront point faire de réglemens (...)* »¹⁷³⁶. Enfin, il est encore défendu aux juges – conçus comme de simples automates – d'interpréter la loi. Dans le cas où le texte de la loi nécessite une interprétation, le devoir du juge est de saisir les députés et d'attendre qu'ils interviennent pour rendre sa décision : c'est le mécanisme du référé législatif. La suite de l'article 12 du titre II de la loi du 16-24 août 1790 prescrit, en effet, qu'« *ils [les juges] s'adresseront au Corps-Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire*

¹⁷³¹ N. Bergasse, Rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire, Assemblée nationale, séance du lundi 17 août 1789, *Archives parlementaires*, première série, tome 8, pp. 440-450.

¹⁷³² J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 311.

¹⁷³³ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, pp. 33-34.

¹⁷³⁴ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 312.

¹⁷³⁵ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, p. 35.

¹⁷³⁶ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 311.

une nouvelle »¹⁷³⁷. En définitive, à l'inverse du pouvoir exécutif – qui dispose en la personne du roi d'un veto suspensif – et du pouvoir législatif – qui peut *via* son corps de représentants mettre en accusation les ministres –, ce que l'on appelle improprement « le pouvoir judiciaire » est privé d'action sur les deux autres pouvoirs¹⁷³⁸.

577. Si la négation révolutionnaire du « pouvoir judiciaire » découle d'une application rigide de certains passages extraits de *l'Esprit des Lois*, elle peut aussi, en réalité, s'expliquer par au moins deux autres éléments, qu'il convient de signaler¹⁷³⁹. Le premier élément est lié au culte voué en 1789 à la Loi, érigée en nouvelle souveraine¹⁷⁴⁰. Sous l'influence des idées de Jean-Jacques Rousseau, la Loi, qui est l'expression de la volonté générale, est, au moment de la Révolution, glorifiée : elle est incontestable et infaillible. Dans l'optique d'une Loi idéale, le pouvoir législatif – en tant que dépositaire de la volonté générale – est tout-puissant. Il représente la nation. Son autorité, sans limite, ne doit pas être contrôlée. Partant de là, l'absolutisme législatif implique, plus spécifiquement pour le « pouvoir judiciaire », un état de soumission au pouvoir législatif, puisque le premier est *seulement* chargé de mettre en œuvre la Loi. L'effacement du « pouvoir judiciaire » en 1789 repose encore – deuxième élément – sur la méfiance héritée de l'Ancien Régime à l'égard de la magistrature. Quelques précisions contextuelles sont, à cet égard, nécessaires : l'histoire de la justice, qui s'est déroulée durant l'Ancien Régime, a été marquée par une opposition frontale entre les cours souveraines et le pouvoir tant au sujet *des conditions d'exercice de la fonction de juger* que pour ce qui intéresse *les modalités de production des normes*¹⁷⁴¹. Sur le conflit relatif aux conditions d'exercice de la fonction de juger, il a, d'ores et déjà, été indiqué que les Parlements contestent sur le terrain l'exercice de la justice dite retenue. Réclamant la capacité

¹⁷³⁷ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 311. Le mécanisme du référé législatif sera étudié en profondeur dans les développements qui suivent. Voir, *Infra*, n° 593 et s.

¹⁷³⁸ J-L. Halpérin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 16.

¹⁷³⁹ Les développements qui suivent empruntent à la thèse de doctorat de Fabrice Hourquebie. Dans l'introduction de son ouvrage, l'auteur explique que « l'éviction du juge repose (...) sur la conjonction de trois facteurs ». Il cite, dans cet ordre, la méfiance héritée du passé à l'encontre des « gens de justice », le mythe de l'absolutisme législatif et ses conséquences fâcheuses quand il est interprété trop radicalement et la conception déformée par les révolutionnaires de la division des pouvoirs de Montesquieu. F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 8-11.

¹⁷⁴⁰ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 8-9 ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, pp. 30 et s. ; J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 255-256.

¹⁷⁴¹ Sur la question, il importe, pour plus de détails, de se reporter au volume un de l'ouvrage de Jacques Krynen. Voir, plus spécifiquement : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, pp. 239-279.

de trancher tous les litiges, ils refusent au roi le partage de la prérogative juridictionnelle¹⁷⁴². Sur le second point – le terrain de la production des normes – qui génère encore plus de frictions, il faut, d’entrée, apporter une précision importante: jamais les cours souveraines de l’Ancien Régime ne se sont contentées de la seule mission de juger des procès. En plus de la fonction juridictionnelle, elles exercent effectivement le pouvoir réglementaire, en prononçant des arrêts de règlement, ayant force de loi dans leur ressort¹⁷⁴³. Elles participent aussi, depuis le X^{IV}e siècle¹⁷⁴⁴, au pouvoir législatif, étant donné qu’elles s’autorisent la promulgation discrétionnaire des lois du roi. Dans l’optique des parlementaires, l’enregistrement des lettres patentes ne doit pas être seulement une formalité d’ordre technique, autrement dit un simple préalable à la publication automatique et immédiate des lois royales, mais il doit plutôt être l’occasion de les *vérifier*. Portant un regard très critique sur l’ancienne magistrature, Jean Foyer résume la situation en indiquant que « *les puissantes compagnies judiciaires avaient transformé l’enregistrement, mode de publication des actes du roi, en un véritable droit de promulgation discrétionnaire, dont elles usaient et abusaient, défendant, comme il est demeuré habituel en France, des intérêts, et d’abord ceux de leurs membres et de leur caste, au nom de la liberté* »¹⁷⁴⁵. Face à ce véritable contrôle du pouvoir législatif – que les magistrats présentent, de leur côté, comme un devoir de conscience¹⁷⁴⁶ –, les monarques successifs réagissent vigoureusement, en recourant, notamment, à des enregistrements forcés, appelés lits de justice. Ce climat d’extrême tension va déboucher sur la Fronde (1648-1653), puis sur un dérèglement plus long et plus lourd du système à compter des années 1750. Selon les propres termes de Jacques Krynen, à partir du milieu du XVIII^e siècle, « *bien vite, de plus en plus solidaires, presque tous les parlements affrontèrent la royauté, organisant ni plus ni moins le blocage de la machine de l’Etat, par leurs refus systématiques d’enregistrer les lois de réforme, par des cessations de service (la grève judiciaire), par des menaces de démission collective, par des arrêts rendus en contravention des ordonnances et autres commandements*

¹⁷⁴² L’exemple des propos, en 1639, de Bellière, président du Parlement de Paris, a été fourni dans les développements ci-avant. A l’occasion du procès du Duc de la Valette (1639), le président du Parlement de Paris s’était élevé contre la participation du roi à l’exercice de la justice. Consulter pour de plus amples renseignements : J. Krynen, *L’Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 260. Jacques Krynen explique : « *Ces hauts magistrats ne peuvent admettre que le roi, s’étant nécessairement “déchargé” sur eux, prêtres de la justice, de cette “pesante charge” puisse casser leurs arrêts, attribuer tel procès à son Conseil ou à un tribunal ad hoc où siègent conseillers d’Etat et maîtres des requêtes* ».

¹⁷⁴³ Ce sont, précisément, ces arrêts de règlement, caractéristique de l’ancienne magistrature, qui sont prohibés au terme des premiers mots de l’article 12 du titre II de la loi du 16-24 août 1790.

¹⁷⁴⁴ J. Krynen, *L’Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 239.

¹⁷⁴⁵ J. Foyer, « La justice : histoire d’un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 18.

¹⁷⁴⁶ Sur ce point, Jacques Krynen précise que pour les parlementaires, « *l’aveuglement, l’ambition, le délire sont au gouvernement* ». Les parlementaires estiment qu’ils doivent contrôler l’absolutisme royal. J. Krynen, *L’Etat de justice en France, XIII^e-XX^e siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 243.

royaux »¹⁷⁴⁷. L'ensemble de ces éléments de contexte permet, finalement, de mieux comprendre la méfiance héritée de l'Ancien Régime à l'égard de la magistrature : soupçonnés d'avoir, dans le passé, attisé les oppositions chroniques et même de les avoir provoquées à leur profit, les magistrats sont considérés en 1789 comme les « *ennemis de l'esprit nouveau* »¹⁷⁴⁸. Parce que « *trop liés aux temps mauvais de l'Ancien Régime* »¹⁷⁴⁹, ils doivent être dépouillés de tout pouvoir politique et doivent, désormais, demeurer une autorité aux compétences bien restreintes et bien délimitées.

578. Pour parfaire l'état d'un pouvoir qui est effectivement indivisible et nul, la justice émergeant des textes révolutionnaires est confiée à des juges élus à temps par le peuple¹⁷⁵⁰. La réforme générale de l'ordre judiciaire passe également par la création avec la loi des 16-24 août 1790 du juge de paix (qui n'a pas besoin d'être un juriste) et l'institution par la loi des 16-29 septembre 1791 du jury en matière criminelle¹⁷⁵¹. Pour reprendre les mots de Jean-Louis Halpérin, la consigne est donc « *haro sur les hommes de loi* »¹⁷⁵².

579. Force est de constater que, *dans les faits*, la puissance de juger « indivisible et nulle » imaginée en 1789 a concouru à l'établissement d'une justice subordonnée. « *L'histoire d'un pouvoir refusé* »¹⁷⁵³, comme fruit de « *l'ingratitude raisonnée de la Constituante* »¹⁷⁵⁴, a contribué à forger le destin d'une justice dépendante. A compter de la Révolution et jusqu'à très récemment, la situation générale de la justice sera, dans l'ensemble, celle d'une justice soumise, et plus particulièrement « *sous la coupe de l'Etat* »¹⁷⁵⁵. Reste que cet état de la justice – celui d'une justice dépendante – n'a, *bizarrement*, pas généré beaucoup de

¹⁷⁴⁷ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 1, Paris, Gallimard, 2009, p. 241.

¹⁷⁴⁸ L. Heuschling, « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 211: « Thus, in the crucial period of the French Revolution, judges were regarded by the legislators not as allies, as in England, but as *enemies to the new spirit* and as rivals to the legislative power of Parliament ». (Nous soulignons).

¹⁷⁴⁹ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, p. 57.

¹⁷⁵⁰ Le principe de l'élection des juges par le peuple est abandonné dans la Constitution du 13 décembre 1799 (22 frimaire an VIII) qui lui préfère, comme les suivantes, le système de la nomination des juges par le pouvoir exécutif.

¹⁷⁵¹ Sur les juges élus, le juge de paix et les jurys, lire, pour plus de détails : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. 2, Paris, Gallimard, 2012, pp. 24-29.

¹⁷⁵² J-L. Halpérin, « Haro sur les hommes de loi », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 17, pp. 55-65.

¹⁷⁵³ J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, pp. 17-29.

¹⁷⁵⁴ *Id.*, p. 19.

¹⁷⁵⁵ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 147.

commentaires de la part des juristes français. Tandis qu'on se serait attendu à ce que les auteurs discutent, de manière offensive, du problème de l'indépendance de la justice en France, on est plutôt obligé de constater que les auteurs ne sont pas saisis du sujet. L'attente est déçue puisque, la science du droit s'est très peu interrogée sur la question de la dépendance, qui est, pourtant, l'un des principaux marqueurs de la justice française. Hormis dans quelques travaux, *la mise à rude épreuve de l'indépendance est globalement passée sous silence dans la doctrine.*

580. C'est *ce paradoxe déroutant* qui oppose d'une part, l'existence d'atteintes à l'indépendance et d'autre part, les silences et lacunes de la doctrine *que la présente partie se donne pour objectif d'explorer.* Il s'agit, en particulier, de montrer que le paradoxe en question perdure tout au long de la période d'étude, sans vraiment se dissiper à l'époque contemporaine. Cette continuité du paradoxe entre 1789 et aujourd'hui justifie, d'ailleurs, que l'analyse de la conceptualisation de l'indépendance de la justice française soit entreprise « en un bloc »¹⁷⁵⁶. Puisqu'en particulier il n'est pas possible d'identifier une rupture indiscutable à compter de laquelle les auteurs investissent davantage la thématique de l'indépendance de la justice, l'étude de l'indépendance en France doit être faite sans division chronologique. Disons le différemment : c'est la persistance d'une théorisation faible de l'indépendance entre le début des années 1800 et aujourd'hui qui explique que cette longue période soit embrassée d'un seul regard. L'une après l'autre, et sans frontière temporelle, il convient donc d'examiner chacune des deux faces du paradoxe : d'abord, la mise à mal de l'indépendance (Chapitre 1) ; ensuite, les silences et lacunes dans les ouvrages doctrinaux (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Une indépendance mise à mal

Chapitre 2 : Les silences et lacunes de la doctrine

¹⁷⁵⁶ A cet égard, le plan de la partie consacrée à la conceptualisation de l'indépendance de la justice française se différencie des plans plus chronologiques des parties consacrées à la conceptualisation de l'indépendance de la justice anglaise et allemande. Pour l'Angleterre, le plan est construit autour de plusieurs dates clefs, notamment 1701 (adoption de l'Acte d'Etablissement) ou 1970 (émergence du binôme conceptuel, indépendance individuelle / indépendance collective ou indépendance institutionnelle). Pour l'Allemagne, le plan est construit autour de la division entre le long XIXe siècle et la période depuis 1914. La seconde phase se caractérise par une théorisation de l'indépendance encore plus sophistiquée que durant le long XIXe siècle.

Chapitre 1 : Une indépendance mise à mal

581. Les développements ci-après sont voués à rendre compte du *problème* de l'indépendance de la justice française. Pour cela, il convient, d'abord, de s'intéresser aux multiples visages de la dépendance de la justice en droit positif et dans la pratique. Il s'agit de montrer que la dépendance de la justice, qui est un fait établi, se matérialise sous des formes très diverses (section 1). Il faut, ensuite, se tourner vers les acteurs politiques. Il est question de prouver que, dans leurs discours, les acteurs politiques font l'apologie de la dépendance de la justice (section 2).

Section 1 : Les multiples visages d'un fait établi : la dépendance

582. « *Qui croit encore à l'indépendance de la magistrature en France ?* »¹⁷⁵⁷, telle est la question rhétorique posée par le professeur Jacques Georgel au début de son article sur « La dépendance de la magistrature en France » publié en 1992. Décrivant le « *malaise de la magistrature* »¹⁷⁵⁸, l'ancien recteur de l'académie de Rennes regrette qu'« *aucune thérapeutique efficace n'a été opposée aux bactéries qui rongent l'indépendance* »¹⁷⁵⁹. Si, sur la forme, les conclusions de Jacques Georgel peuvent apparaître comme étant formulées de manière provocatrice, sur le fond, elles rejoignent les constats dressés dans l'ensemble des travaux scientifiques. La dépendance de la justice française est actée dans la littérature. Les auteurs spécialistes de la justice – qu'ils soient historiens ou juristes – s'accordent pour reconnaître que la répétition des atteintes à l'indépendance depuis 1789 a alimenté une tradition de dépendance. Par exemple, Jean-Louis Halpérin décrit l'existence d'une continuité historique en ces termes : « *Dès 1815, le pli était pris pour tout le XIXe siècle et même au-delà. Les gouvernements successifs de la France pouvaient nommer à leur guise les magistrats selon leurs convictions politiques, épurer sans vergogne le parquet, contourner ou suspendre selon le cas l'inamovibilité des juges du siège et user des tribunaux d'exception ou des juridictions militaires pour activer la répression politique* »¹⁷⁶⁰. Dans la même veine,

¹⁷⁵⁷ J. Georgel, « La dépendance de la magistrature en France », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme : Mélanges Velu*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, p. 845.

¹⁷⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁷⁵⁹ *Ibidem*.

¹⁷⁶⁰ J-L. Halpérin, « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 23.

Jean-Denis Bredin synthétise « *notre conception de la Justice* »¹⁷⁶¹ comme étant tout « *au long de notre histoire (...) [celle] d'une Justice subordonnée sinon docile* »¹⁷⁶². Il indique que « *l'indépendance, souvent proclamée dans le discours politique comme une exigence du droit et de la Justice, ne fut jamais vraiment voulue* »¹⁷⁶³. Plus récemment, au sein de son ouvrage *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Alain Bancaud réfute la thèse selon laquelle la mise sous tutelle de la magistrature sous Vichy forme une parenthèse, c'est-à-dire une période à part dans l'histoire de la justice. Il défend, *a contrario*, l'idée que l'asservissement de la justice entre 1940 et 1944 s'inscrit dans la tradition de dépendance des juges envers le politique. Il écrit que « *ce régime incarne une sorte de consécration, extrême et caricaturale, d'un modèle de justice étatisée et fonctionnarisée remontant à la Révolution et au premier Empire* »¹⁷⁶⁴.

583. Un travail de synthèse de l'ensemble des informations recueillies dans les nombreux travaux sur l'histoire de la justice¹⁷⁶⁵ et sur les institutions juridictionnelles permet, avant tout, – mais sans prétendre à l'exhaustivité – d'identifier cinq formes saillantes d'atteintes à l'indépendance du juge. Pour rendre compte des cinq visages de la dépendance, nous avons fait le choix de les ordonner selon qu'ils interviennent plutôt *en amont* ou au contraire, *en aval* du jugement prononcé par le juge. Ainsi, suivant ce critère d'organisation, trois marques de la dépendance peuvent survenir en amont, tandis qu'une marque peut se produire en aval. Avant le jugement, la dépendance peut, d'abord, s'incarner dans les actions sur la compétence du juge : il s'agit de transférer la compétence des juridictions de droit commun à des

¹⁷⁶¹ J-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 162.

¹⁷⁶² *Ibidem*.

¹⁷⁶³ *Ibidem*.

¹⁷⁶⁴ A. Bancaud, *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, p. 8. V., dans le même sens : A. Bancaud, « Le paradoxe de la gauche française au pouvoir : développement des libertés judiciaires et continuité de la dépendance de la justice », *Droit et société*, n° 44/45, 2000, pp. 61-81.

¹⁷⁶⁵ Les travaux sur l'histoire de la justice sont nombreux. Ils se sont, en particulier, multipliés depuis les années 1970. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient, entre autres, de consulter : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, 2 vol. ; *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, 165 p. ; J-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2001, 494 p. ; A. Bancaud, *Une exception ordinaire : La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, 514 p. ; F. Chauvaud, J-G. Petit, J-J. Yvoret, *Histoire de la justice de la Révolution à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, 248 p. ; B. Garnot, *Histoire de la Justice : France, XVIe-XXIe siècle*, Paris, Gallimard, 2009, 789 p. ; J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, 1305 p. ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, Paris, Gallimard, 2009-2012, 2 vol. ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, 395 p. Une bibliographie plus détaillée est établie dans l'introduction du magistral ouvrage de Jean-Pierre Royer et dans les appendices de l'ouvrage d'Alain Bancaud : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 26-31 ; A. Bancaud, *Une exception ordinaire : La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 455-457.

tribunaux d'exception (§1). La dépendance peut, ensuite, prendre la forme de pressions exercées sur la prise de décision : il est, ici, question des instructions qui auraient pour effet d'infléchir la solution d'un litige (§2). La dépendance peut encore se concrétiser dans la délimitation étroite de la fonction juridictionnelle : au lieu d'être confiée au juge, l'interprétation de la loi ou celle des traités internationaux, indispensable à la solution au fond du litige, est réservée – en vertu du référé législatif ou du référé diplomatique – au pouvoir politique (§3). Une fois le litige tranché, la dépendance peut se réaliser dans les remises en cause de l'autorité de la chose jugée (§4). Il reste, finalement, un dernier visage de la dépendance « hors ordonnancement » : pour les actions sur l'ensemble de la carrière du juge (épurations, avancements et décorations), elles peuvent intervenir, selon les situations, en amont ou en aval d'un jugement (§5).

§1. Les actions sur la compétence du juge : l'exercice de la justice par les tribunaux d'exception (1792-1981)

584. Au lendemain de la chute de l'Ancien Régime, l'article 17 du titre II de la loi des 16 et 24 août 1790 prévoit l'interdiction des tribunaux d'exception¹⁷⁶⁶ en disposant que : « *L'ordre constitutionnel des juridictions ne pourra être troublé, ni les justiciables distraits de leurs juges naturels par aucune commission, ni par d'autres attributions ou évocations que celles qui sont déterminées par la loi* »¹⁷⁶⁷. En contradiction avec cette interdiction de principe, le droit français organise, pourtant, dès les premières années de la Révolution et pendant plus d'un siècle et demi, un ordre parallèle aux juridictions de droit commun. Seule la période de la III^e République instaure une longue parenthèse jusqu'en 1940¹⁷⁶⁸. « *La justice de droit commun est la justice des matins calmes. L'histoire du XIX^e siècle et du XX^e siècle ne cessera de le démontrer. Dans les périodes de grande crise, l'Etat dessaisit les tribunaux ordinaires au profit des tribunaux militaires, et, dans un second temps, au profit des juridictions proprement exceptionnelles* »¹⁷⁶⁹, explique Jean Foyer. Les juridictions d'exception ont en

¹⁷⁶⁶ Il existe une imprécision terminologique et conceptuelle du mot « juridiction d'exception ». Les contours du mot « juridiction d'exception » sont brouillés en raison de l'existence de mots aux significations identiques ou proches, notamment « juridiction autonome », « juridiction particulière », « juridiction spéciale », « juridiction spécialisée », « juridiction militaire » ou « juridiction extraordinaire ». Pour un aperçu du problème, voir : L. Golovko, « Les cours militaires russes : juridictions de droit commun, juridictions spécialisées ou juridictions d'exception ? », *The Journal of Power Institutions in Post-Soviet Societies*, vol. 8, 2008. Disponible en ligne : <http://pipss.revues.org/1173> (date de consultation: 24/11/15).

¹⁷⁶⁷ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglements, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 312.

¹⁷⁶⁸ J.-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001, p. 348.

¹⁷⁶⁹ J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 20.

commun d'avoir « *mauvaise presse* »¹⁷⁷⁰, car elles appliquent une procédure sommaire qui réduit les garanties offertes aux accusés. Pour reprendre les mots de Jean-Claude Farcy, « *elles se caractérisent par leur caractère expéditif, la sévérité des pénalités, et la présence en leur sein, aux côtés de magistrats professionnels choisis sur critères politiques ou pour leur docilité, d'un personnel administratif et militaire, dévoué au pouvoir* »¹⁷⁷¹.

585. La liste des juridictions d'exception établies entre 1792 et 1963 – la dernière date correspond à la date de création de la Cour de sûreté de l'Etat chargée de juger en temps de paix, *jusqu'en 1981*¹⁷⁷², les crimes et délits portant atteinte à la sûreté intérieure et extérieure de l'Etat¹⁷⁷³ – est particulièrement longue¹⁷⁷⁴. Pour illustrer que la quasi-totalité des régimes ont eu recours à une multitude de juridictions d'exception, il convient de fournir quelques exemples probants. *Le tribunal du 17 août*¹⁷⁷⁵, instauré par un décret du 17 août 1792, est la première juridiction d'exception créée après la césure de 1789. Il est établi pour « *juger les crimes commis dans la journée du 10 août et autres crimes relatifs, circonstances et dépendances* »¹⁷⁷⁶ (la journée du 10 août correspond à la prise du Palais des Tuileries par le peuple de Paris et marque la chute de la monarchie constitutionnelle). Jusqu'à sa suppression le 29 novembre 1792, il juge soixante-deux accusés et en condamne vingt-cinq à mort. Le tribunal révolutionnaire est composé de huit magistrats élus par les députés et de 15 jurés choisis parmi les sectionnaires parisiens, auxquels s'ajoutent aussi deux accusateurs publics. « *Le tribunal jugeait en dernier ressort après une procédure expéditive qui, selon ce que l'on en sait par la Gazette des nouveaux tribunaux, pouvait se dérouler en une seule journée et aboutir à une exécution sur-le-champ* »¹⁷⁷⁷, nous dit Jean-Pierre Royer.

¹⁷⁷⁰ J. Pradel, *Droit pénal comparé*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 2008, p. 199.

¹⁷⁷¹ J.-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001, p. 348.

¹⁷⁷² 1981 correspond donc à la date de la suppression en France des juridictions d'exception. Cf. sur ce point : A. Bancaud, *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, p. 445 ; E. Decaux, « La dynamique des travaux de la Sous-Commission des droits de l'homme et l'évolution de la position des Etats », in E. Lambert Abdelgawad (dir.), *Juridictions militaires et tribunaux d'exception en mutation : perspectives comparées et internationales*, Paris, Mission de recherche droit et justice : Université Paris 1 – UMR Droit comparé, 2007, p. 66.

¹⁷⁷³ Loi n° 63-23 du 15 janvier 1963 fixant la composition, les règles de fonctionnement et la procédure de la Cour de sûreté de l'Etat instituée par l'article 698 du code de procédure pénale. Sur la Cour de sûreté de l'Etat, consulter le point de vue singulier de François Sarda qui refuse d'envisager la Cour de sûreté de l'Etat comme une juridiction d'exception : F. Sarda, « L'intervention du pouvoir dans les instances judiciaires », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, pp. 77-78.

¹⁷⁷⁴ Olivier Pluen dresse une longue liste non exhaustive des tribunaux d'exception dans sa thèse de doctorat. O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, pp. 162-165.

¹⁷⁷⁵ J.-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 320-321.

¹⁷⁷⁶ Cité dans : *Ibidem*.

¹⁷⁷⁷ *Id.*, p. 321.

586. Avec la Terreur (1793-1794), la Convention adopte le 9 mars 1793 un décret en vue de mettre en place « *un tribunal criminel sans appel et sans recours en cassation pour le jugement de tous les traîtres conspirateurs et contre-révolutionnaires* »¹⁷⁷⁸. Suivant ses motifs d'origine, le dit tribunal, installé à Paris, est créé pour répondre à la fois aux invasions extérieures des puissances européennes (« *les ennemis du dehors* ») et aux soulèvements intérieurs royalistes (« *les traîtres et (...) les intrigants du dedans* »)¹⁷⁷⁹. Il est officialisé à partir du 29 octobre 1793 sous l'appellation de *Tribunal révolutionnaire* et est, au départ, composé de douze jurés de jugement nommés par la Convention, cinq juges, un accusateur public et deux substituts¹⁷⁸⁰. Trois phases peuvent être distinguées dans l'existence du Tribunal révolutionnaire. La première phase court de mars-avril à septembre-octobre 1793 et se caractérise par un strict respect du légalisme. Jean-Pierre Royer parle « *du plus parfait formalisme* »¹⁷⁸¹ du Tribunal révolutionnaire durant ses premiers mois d'exercice. Durant cette première phase, 204 acquittements et 89 peines de mort sont prononcés. La seconde phase s'étend d'octobre 1793 à la chute de Robespierre, en juillet 1794 : elle est marquée par une simplification considérable des procédures, une limitation de la durée des débats et ainsi, une accélération significative du rythme du Tribunal révolutionnaire. A partir de l'automne 1793, le Tribunal révolutionnaire prononce plus de 60 % de peines capitales. C'est aussi au cours de la seconde période qu'ont lieu les grands procès politiques, dont celui de la reine Marie-Antoinette et de Danton, lequel avait, en fait, été le principal inspirateur du Tribunal révolutionnaire¹⁷⁸². La troisième et dernière phase est une phase décroissante dans l'activité du Tribunal révolutionnaire et prend fin avec sa suppression le 31 mai 1795¹⁷⁸³.

587. Autre illustration : après le coup d'Etat du 2 décembre 1851 de Louis-Napoléon Bonaparte, le pouvoir installe, d'abord par une simple circulaire en date du 3 février 1852,

¹⁷⁷⁸ Le décret est daté du 10 mars 1793. Cité dans : *Id.*, p. 363 ; J.-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours*, Paris, PUF, 2001, p. 374. Pour plus de détails sur ce Tribunal révolutionnaire, consulter : J.-P. Royer, *op. cit.*, pp. 363 et s. V. surtout : H. Wallon, *Histoire du tribunal révolutionnaire de Paris*, Paris, Hachette, 1880-1882, 6 vol.

¹⁷⁷⁹ J.-P. Royer, *op. cit.*, p. 363.

¹⁷⁸⁰ La composition du Tribunal révolutionnaire évolue avec la loi de prairial 1794 (10 juin 1794). A compter de l'adoption de cette loi, le Tribunal révolutionnaire comprend un président et quatre vice-présidents, un accusateur public assisté de quatre substituts, douze juges et cinquante jurés désignés nominativement dans l'article III de la loi – ces derniers étant choisis à raison de leur dévouement au Comité de salut public. Il se divise en plusieurs sections. J.-P. Royer, *op. cit.*, p. 379.

¹⁷⁸¹ V. sur ce point : J.-P. Royer, *op. cit.*, p. 366.

¹⁷⁸² J.-P. Royer, *op. cit.*, pp. 375 et s.

¹⁷⁸³ J.-P. Royer, *op. cit.*, pp. 395-396.

validée ensuite rétroactivement par un décret du 5 mars 1852, *des commissions mixtes*¹⁷⁸⁴ : elles sont destinées à briser sévèrement les résistances au coup d'Etat et sont installées dans chaque département. Chacune commission comprend un préfet, un procureur général ou un procureur du chef-lieu et un officier supérieur commandant les troupes du département. De la sorte, les juges du siège sont totalement exclus des commissions mixtes¹⁷⁸⁵. A la mise à l'écart des magistrats du siège s'ajoute surtout une procédure expéditive, secrète et écrite, qui transgresse toutes les règles et les principes de droit et aboutit même à des condamnations pour des crimes et délits inconnus du droit criminel¹⁷⁸⁶. Au total, vingt-cinq mille personnes sont condamnées par les commissions mixtes entre février et début mars 1852¹⁷⁸⁷.

588. Enfin, le pouvoir de Vichy (1940-1944) fournit également d'autres exemples de juridictions d'exception¹⁷⁸⁸. Alain Bancaud fait valoir que « *l'originalité de Vichy ne réside pas dans le recours au dérogatoire mais dans un mouvement, sans fin et sans exemple, d'extension et d'aggravation de l'exception judiciaire. Jamais, il n'y eut autant de juridictions extraordinaires. Le régime a une propension à vouloir créer une juridiction spécialisée et extraordinaire pour juger chaque catégorie d'inculpés, pour traiter chaque type d'affaires touchant au cœur de son ordre politique, social, économique, moral* »¹⁷⁸⁹. L'historien et sociologue recense jusqu'à dix juridictions d'exception¹⁷⁹⁰. Les principales sont la Cour suprême de justice créée par l'acte constitutionnel n° 5 du 30 juillet 1940¹⁷⁹¹, les sections spéciales instituées par la loi antidatée du 14 août 1941¹⁷⁹², le Tribunal d'Etat établi par la loi du 7 septembre 1941¹⁷⁹³ ou les Cours martiales instaurées par la loi n° 38 du 20

¹⁷⁸⁴ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 1, Paris, Plon, 1957, pp. 208-209 ; J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 639-641. Pour une étude d'ensemble de la répression après le coup d'Etat de Louis-Napoléon Bonaparte, lire : V. Wright, « The coup d'Etat of December 1851. Repression and the Limits of the Repression », in R. Price (éd.), *Revolution and Reaction : 1848 and the Second French Republic*, Londres, Croom Helm, 1975, pp. 303-333.

¹⁷⁸⁵ J-P. Royer, *op. cit.*, p. 641.

¹⁷⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁷⁸⁷ *Ibidem*. Marcel Rousselet précise que « le gouvernement fixait la fin du mois de février comme terme aux opérations de ces "commissions mixtes" ». M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 1, Paris, Plon, 1957, p. 208.

¹⁷⁸⁸ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 1, Paris, Plon, 1957, p. 209 ; A. Bancaud, *Une exception ordinaire : La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 92-98 ; J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 978-992. Pour une étude d'ensemble de la justice sous Vichy, voir aussi : C. Millon, *Occupation allemande et justice française : les droits de la puissance occupante sur la justice judiciaire 1940-1944*, Paris, Dalloz, 2011, 652 p.

¹⁷⁸⁹ A. Bancaud, *op. cit.*, p. 92.

¹⁷⁹⁰ *Ibidem*.

¹⁷⁹¹ J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 953-954 ; A. Bancaud, *op. cit.*, p. 98.

¹⁷⁹² J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 979-986.

¹⁷⁹³ J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 988-990.

janvier 1944¹⁷⁹⁴. Les dernières – composées de trois miliciens – sont conçues pour dessaisir les juridictions d’exception existantes des cas les plus graves d’activité terroriste, pris en flagrant délit et commis au moyen d’armes ou d’explosifs. Originellement instituées pour durer jusqu’au 30 juin 1944, l’activité de ces cours exceptionnelles est prorogée jusqu’au 31 décembre 1944¹⁷⁹⁵ et elles fonctionnent, finalement, jusqu’à la Libération. Elles constituent un tribunal itinérant intervenant au gré des besoins et sont – surtout à compter du 11 février 1944 – directement placées sous la dépendance et la surveillance du secrétaire général au maintien de l’ordre et dirigeant de la Milice, Joseph Darnand (1897-1945). Darnand « *les crée, nomme leurs membres, arrête leur procédure et les conditions de leur fonctionnement, ou encore, avec la réforme du 11 février 1944, délivre directement les mandats de dépôt et prend les mesures nécessaires pour traduire les individus relevant de leur compétence* »¹⁷⁹⁶, explique Alain Bancaud. Aucun défenseur lors du procès et aucun recours en grâce ne sont, du reste, accordés aux condamnés.

589. Dresser la liste des principaux visages de la dépendance suppose – après avoir examiné l’exercice de la justice par les tribunaux d’exception en lieu et place des tribunaux de droit commun – de revenir sur les pressions exercées par l’exécutif ou le législatif pour imposer au juge une solution dans un litige.

§2. Les pressions directes sur la décision à rendre (1789 jusqu’à aujourd’hui)

A l’évidence, il est complexe d’identifier les situations dans lesquelles avant un procès ou à l’occasion d’un procès déjà en cours le gouvernement ou le parlement intervient pour peser sur la décision d’un juge. Jamais il n’a existé en France « *de cartographies systématiques de ces influences abusives* »¹⁷⁹⁷. Pourtant, il apparaît que les immixtions de l’exécutif ou du législatif à l’effet de changer l’issue d’un procès existent effectivement¹⁷⁹⁸. Si ces immixtions étaient *nettement* plus nombreuses par le passé, elles n’ont pas complètement disparu de nos jours. Les affaires dans lesquelles le pouvoir a un intérêt politique ou économique ou celles

¹⁷⁹⁴ J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 990-992.

¹⁷⁹⁵ A. Bancaud, *op. cit.*, p. 102.

¹⁷⁹⁶ A. Bancaud, *op. cit.*, p. 95.

¹⁷⁹⁷ « *There are no systematic mappings of such improper influence in France* ». A. Garapon, H. Epineuse, « Judicial Independence in France », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 301.

¹⁷⁹⁸ A. Garapon, H. Epineuse, « Judicial Independence in France », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 301.

qui impliquent de hautes personnalités sont, par exemple, susceptibles de provoquer, à l'heure actuelle, l'ingérence du pouvoir. Elles représentent une faible proportion, à côté de la quasi-totalité des procédures individuelles – parmi lesquelles on peut citer « *la dévolution d'une succession, l'attribution d'une garde d'enfant, [ou] l'allocation dans tel cas de dommages-intérêts* »¹⁷⁹⁹ – qui laisse, en vérité, le pouvoir politique indifférent.

590. Placé sous l'autorité du pouvoir exécutif en vertu du droit positif¹⁸⁰⁰, le parquet constitue un maillon clef pour influencer sur la solution d'un litige. Par le passé, la surveillance exercée par les membres du ministère public sur les magistrats du siège pour le compte du gouvernement était particulièrement active. « *Au moins jusqu'au Second Empire [1852-1870], le parquet général fait office de centre de renseignements généraux* »¹⁸⁰¹, indique Jean-Claude Farcy. Jacques Krynen précise que « *l'influence du gouvernement sur l' "ordre judiciaire" s'exerce d'autant mieux que, du début du Consulat jusqu'à la fin de l'Empire, un puissant ministère public est reconstitué. Formellement calqué sur celui dont la royauté avait disposé, ses membres sont étroitement contrôlés et il se voit doté de moyens d'action bien supérieurs en efficacité* »¹⁸⁰². La situation de dépendance des parquetiers vis-à-vis du pouvoir s'est, en pratique, durant la période contemporaine, considérablement atténuée : y compris les membres du ministère public revendiquent leur indépendance, en particulier à l'égard de l'exécutif¹⁸⁰³. Il n'en demeure pas moins que des pressions ponctuelles continuent à être, parfois, exercées sur les magistrats du parquet. Si, dans leur grande majorité, ces pressions réussissent à être dissimulées, quelques unes des interventions du pouvoir sont connues grâce notamment aux témoignages de parquetiers réfractaires. A titre d'illustration, le procureur général Antonin Besson (1895-1985) a raconté, dans ses Mémoires, les pressions dont il a fait l'objet à l'occasion du procès des généraux Challe et Zeller, responsables du putsch d'Alger

¹⁷⁹⁹ F. Sarda, « L'intervention du pouvoir dans les instances judiciaires », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 70.

¹⁸⁰⁰ V. article 1^{er}, titre VIII de la loi des 16-24 août 1790. A l'heure actuelle, la dépendance des magistrats du parquet à l'égard du pouvoir exécutif est prévue dans l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 et dans les articles 30 et 37 du Code de procédure pénale.

¹⁸⁰¹ J.-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2001, p. 203.

¹⁸⁰² J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 51.

¹⁸⁰³ Voir, par exemple, les propos tenus en 2012 par l'ancien procureur général près la Cour de Cassation Jean-Louis Nadal à l'occasion d'une interview au Nouvel observateur : « *Quand certains s'élèvent contre "un gouvernement des juges", je m'insurge. Ce que je rejette, c'est un pouvoir qui gouverne les juges ! De même, il faudra bien, c'est le sens de l'histoire, que le parquet lui aussi soit indépendant. Cela passe par une réforme du Conseil supérieur de la Magistrature et de sa composition. Il n'est pas convenable que les nominations continuent à être dans la main des politiques* ». Disponible en ligne : <http://tempsreel.nouvelobs.com/l-enquete-de-l-obs/20120307.OBS3113/exclusif-jean-louis-nadal-on-a-defigure-la-justice.html> (date de consultation: 24/11/15).

(29 et 30 mai 1961)¹⁸⁰⁴. Il décrit plusieurs entrevues avec des émissaires de l'Élysée ou des ministres (en particulier, le ministre de l'Intérieur, Roger Frey, le garde des Sceaux, Edmond Michelet et le ministre des armées, Pierre Messmer) qui l'ont, pendant toute la durée de l'affaire, « soumis à un régime accablant »¹⁸⁰⁵. Il rapporte un entretien en date du dimanche 28 mai 1961 en ces termes : « ces derniers [les ministres] me demandèrent ce jour-là de requérir la peine de mort aussi bien contre Challe que contre Zeller. Et ils m'entreprirent avec une telle insistance que je fus amené à réagir avec violence contre leur conception de la justice. Leur raisonnement était simpliste. Le code pénal prévoyant la peine de mort, je devais la requérir »¹⁸⁰⁶. Un autre cas – plus récent – d'intervention dans les instances judiciaires par le truchement du parquet est également bien connu et établi : il s'est produit début novembre 1996. A cette date, le gouvernement en place affrète un hélicoptère au Népal, pour rapatrier le procureur de la République d'Evry, Laurent Davenas, parti en trekking, afin qu'il mette un terme aux agissements de son subordonné qui vient de prendre un réquisitoire introductif contre l'épouse du maire de Paris, Xavière Tiberi¹⁸⁰⁷. Il s'agit pour l'exécutif de neutraliser l'action du premier procureur adjoint en faisant remettre à son supérieur, M. Davenas, un document lui demandant de confirmer ses consignes prescrivant une *simple* enquête préliminaire. L'envoi d'un hélicoptère est, du reste, confirmé le 16 novembre 1996 par le ministre de la justice en place, Jacques Toubon. Selon ses propres mots, « quand le procureur est parti en vacances, il a donné des instructions très précises à la PJ, et notamment en ce qui concerne l'audition de Xavière Tiberi. Mais son adjoint [a pris] une décision inverse. Devant cette contradiction [...] on a cherché à savoir si le procureur confirmait la décision de son adjoint. Comme on a appris qu'il était parti au Népal, on a donc saisi la représentation

¹⁸⁰⁴ Le 21 avril 1961, les généraux Challe, Salan, Zeller et Jouhaud tentent de s'emparer du pouvoir à Alger. Par leur coup de force, ils marquent leur opposition à la stratégie politique du général de Gaulle et revendiquent le maintien de l'Algérie française.

¹⁸⁰⁵ A. Besson, *Le mythe de la justice*, Paris, Plon, 1973. Cité dans : A. Bancaud, *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, pp. 447-449 ; spéc. p. 448.

¹⁸⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁰⁷ E. Inciyan, « Affaire Tiberi : l'Himalaya ne répond pas... », *Le Monde*, 9 novembre 1996 ; « TIBERI (SUITE) : un hélicoptère a été spécialement affrété au Népal par les autorités françaises », *Le Monde*, 11 novembre 1996 ; P. Georges, « Chasse au yéti », *Le Monde*, 13 novembre 1996 ; O. Bertrand, F. Johannes, « SOS au Népal pour Xavière Tiberi. L'État a tout tenté pour rapatrier d'urgence le procureur chargé de l'affaire », *Libération*, 13 nov. 1996. Disponible en ligne : <http://www.liberation.fr/libe-3-metro/1996/11/13/sos-au-nepal-pour-xaviere-tiberi-l-etat-a-tout-tente-pour-rapatrier-d-urgence-le-procureur-charge-de-189659> (date de consultation : 24/11/15) ; O. Bertrand, « Toubon admet l'envoi d'un hélico pour Xavière Tiberi. Après avoir nié, le ministre a reconnu la recherche himalayenne du procureur de l'Essonne », *Libération*, 18 nov. 1996. Disponible en ligne : <http://www.liberation.fr/libe-3-metro/1996/11/18/toubon-admet-l-envoi-d-un-helico-pour-xaviere-tiberi-apres-avoir-nie-le-ministre-a-reconnu-la-recher-189669> (date de consultation : 24/11/15) ; J-M. Pontaut, « Quand la manipulation atteint des sommets : entretien avec Laurent Davenas », *L'express*, 16 avril 1998. Disponible en ligne : http://www.lexpress.fr/informations/quand-la-manipulation-atteint-des-sommets_628706.html (date de consultation : 24/11/15).

*française dans ce pays, qui, pour le trouver, a utilisé les moyens que l'on utilise à 5 000 mètres d'altitude, c'est-à-dire un hélicoptère »*¹⁸⁰⁸.

591. Si les pressions directes exercées dans le but de peser sur la solution dans un litige constituent l'un des visages de la dépendance de la justice française, la délimitation étroite de la fonction juridictionnelle – de laquelle le pouvoir d'interprétation est retranché pour être donné au législatif ou à l'exécutif – est une autre forme de subordination du juge.

§3. La délimitation étroite de la fonction juridictionnelle : l'interdiction pour le juge d'interpréter

592. La délimitation étroite de la fonction juridictionnelle conduit d'une part, entre 1790 et 1837, à confier l'interprétation des lois au pouvoir législatif au moyen d'un référé législatif (A). Elle amène d'autre part, entre 1823 et 1995, à réserver l'interprétation des traités internationaux au pouvoir exécutif par le biais d'un référé diplomatique (B).

A. L'interprétation des lois par le pouvoir législatif : le mécanisme du référé législatif (1790-1837)

593. *« Le pouvoir judiciaire sera donc mal organisé si le juge jouit du dangereux privilège d'interpréter la loi ou d'ajouter à ses dispositions. Car, on aperçoit sans peine que si la loi peut être interprétée, augmentée, ou, ce qui est la même chose, appliquée au gré d'une volonté particulière, l'homme n'est plus sous la sauvegarde de la loi, mais sous la puissance de celui qui l'interprète ou qui l'augmente ; et le pouvoir d'un homme sur un autre homme étant essentiellement ce qu'on s'est proposé de détruire par l'institution de la loi, on voit clairement que ce pouvoir au contraire acquerrait une force prodigieuse, si la faculté d'interpréter la loi était laissée à celui qui en est le dépositaire »*¹⁸⁰⁹. Cet extrait du rapport du

¹⁸⁰⁸ Cité dans : O. Bertrand, « Toubon admet l'envoi d'un hélico pour Xavière Tiberi. Après avoir nié, le ministre a reconnu la recherche himalayenne du procureur de l'Essonne », *Libération*, 18 nov. 1996. Disponible en ligne : http://www.liberation.fr/libe-3-metro/1996/11/18/toubon-admet-l-envoi-d-un-helico-pour-xaviere-tiberi-apres-avoir-nie-le-ministre-a-reconnu-la-recher_189669 (date de consultation: 24/11/15). V. aussi: « Jacques Toubon et le feuilleton Tiberi », *Le Monde*, 19 novembre 1996.

¹⁸⁰⁹ N. Bergasse, Rapport sur l'organisation du pouvoir judiciaire, Assemblée nationale, séance du lundi 17 août 1789, *Archives parlementaires*, première série, tome 8, p. 443. Dans le même sens, voir encore : A. Duport, Assemblée nationale, séance du lundi 29 mars 1790, *Archives parlementaires*, première série, tome 12, p. 411 (première annexe à la séance de l'Assemblée nationale du 29 mars 1790 : principes et plan sur l'établissement de l'ordre judiciaire, par M. Duport, député de Paris) : « Nous avons vu, Messieurs, que les juges devaient être

député Nicolas Bergasse lu à la séance de l'Assemblée nationale du 17 août 1789 – qui fait incontestablement écho à l'*Esprit des lois* de Montesquieu¹⁸¹⁰ – résume la théorie révolutionnaire de la justice qui consiste à refuser au juge d'interpréter la loi. Avec pour prémisse majeure la loi et pour prémisse mineure le fait – les deux prémisses étant données au juge –, le jugement doit théoriquement s'imposer au juge sous la forme de l'évidence. Juger, ce n'est pas interpréter la loi ou ajouter à ses dispositions, mais plutôt se cantonner à un acte mécanique : l'application de règles préexistantes. A partir de là, la prohibition faite aux juges est donc claire : il leur est interdit d'interpréter le droit, car le fait d'interpréter – consistant à modifier, à restreindre ou augmenter le sens ou la portée de la loi – est considéré comme une activité de création. En tant qu'activité normative, l'activité de création est réservée au pouvoir législatif, lequel a le monopole de la production du droit.

594. Pour concrétiser la doctrine du syllogisme judiciaire et ainsi, garantir la dépendance du juge vis-à-vis du Parlement, les députés imaginent en 1790 le système du référé législatif¹⁸¹¹. Le mécanisme révolutionnaire du référé législatif puise, en fait, sa source dans une ordonnance royale en date d'avril 1667. Déjà, l'ordonnance de 1667 borne très strictement le pouvoir des juges : en cas d'obscurité de la loi royale, il appartient au juge de se tourner vers le législateur, en l'occurrence le roi, afin de connaître son interprétation. L'article 7 contenu dans le titre I de l'ordonnance royale dispose que « *si dans les jugements des procès qui seront pendants en nos cours (...), il survient aucun doute ou difficulté sur l'exécution de quelques articles de nos ordonnances, édits, déclarations et lettres-patentes, nous leur défendons de les interpréter : mais voulons qu'en ce cas elles aient à se retirer par-devers*

bornés à l'application de la loi, qu'ils ne devaient participer à aucune des fonctions législatives ou exécutives : de là, il résulte que toute interprétation, toute explication de la loi purement théorique ou réglementaire doit leur être interdite, et qu'ils ne peuvent jamais s'expliquer qu'au sujet d'un fait déjà arrivé ».

¹⁸¹⁰ Pour rappel, Montesquieu parle du juge comme « *la bouche qui prononce les paroles de la loi* » (Livre onzième, Chap. VI. De la Constitution d'Angleterre : Montesquieu, *De l'Esprit des lois*, vol. 1, Paris, Gallimard, 1995, p. 337), d'une « *puissance de juger (...) pour ainsi dire, indivisible et nulle* » (Livre onzième, Chap. VI : *Id.*, p. 330) et explique que « *c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites* » (Livre onzième, Chap. IV. Continuation du même sujet : *Id.*, p. 326).

¹⁸¹¹ Sur le référé législatif, il faut surtout lire : Y-L. Hufteu, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, 158 p. Voir aussi : R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, pp. 727-728. *Id.*, p. 732 ; M. Troper, *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, pp. 110 et s. ; J-P. Royer, *op. cit.*, pp. 257-260 ; R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, pp. 81-82. Disponible en ligne : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/file/index/docid/402659/filename/these.colson.HalSHS.pdf> (date de consultation: 24/11/15) ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 34-37.

nous, pour apprendre ce qui sera notre intention »¹⁸¹². Jusqu'à la Révolution, les Parlements refusent la conception mécanique de la fonction judiciaire et revendiquent fortement leur indépendance en affirmant leur faculté d'interpréter les lois dans leurs arrêts de règlement. De cela, il résulte donc que, dans la pratique, le référé législatif de l'ordonnance de 1667 n'a – contrairement au référé de 1790 – « rien changé aux habitudes des magistrats »¹⁸¹³.

595. Au moment de la Révolution, le référé législatif est concrètement articulé en deux institutions différentes. D'une part, l'article 12 du titre II de la loi du 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire fait obligation au juge, en cas de doute sur le sens d'une loi existante ou en présence d'une lacune législative, de surseoir à statuer et de saisir le législateur – avant de trancher le litige sur le fond : il revient alors au Corps Législatif de fournir l'interprétation de la norme ou d'adopter une nouvelle norme. L'article 12 dispose : « Ils [les juges] ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps-Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle »¹⁸¹⁴. La disposition précitée est complétée par l'article 21 de la loi du 27 novembre-1er décembre 1790, qui vise les situations dans lesquelles une incertitude sur le droit fait durablement obstacle à la résolution d'un litige. Le dit article prévoit, en effet, que « lorsque le jugement aura été cassé deux fois, et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort, de la même manière que les deux premiers, la question ne pourra plus être agitée au tribunal de cassation, qu'elle n'ait été soumise au Corps-Législatif »¹⁸¹⁵. Au final, et pour conclure avec les mots de Michel Troper, « il y a donc deux référés : un référé facultatif, institué par l'article 10 de la loi des 16-24 août (...) ; un référé obligatoire, institué par la loi de décembre 1790, dans le cas d'un troisième pourvoi en cassation »¹⁸¹⁶.

¹⁸¹² Déjà cité dans : J-P. Royer, *op. cit.*, p. 258 ; M. Troper, « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », in O. Cayla, M-F. Renoux-Zagamé (éd.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002, p. 126 ; R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, p. 77. (Nous soulignons).

¹⁸¹³ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 41.

¹⁸¹⁴ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 1, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 311.

¹⁸¹⁵ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 58. Le référé obligatoire provoqué par un conflit entre les interprétations contradictoires du Tribunal de cassation et des juges du fond est, du reste, confirmé dans l'art. 21 du chapitre V du titre III de la Constitution du 3 septembre 1791 et dans l'article 256 du titre VIII de la Constitution du 22 août 1795.

¹⁸¹⁶ M. Troper, *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 111. En se fondant sur une série de présomptions qui résultent de la loi du 27 novembre-1er décembre 1790, Michel Troper en a conclu que pour les Constituants, seule l'interprétation *in abstracto* – ou interprétation générale, rendue nécessaire par l'existence d'un texte vague ou de textes contradictoires – est interdite au juge ; au contraire, l'interprétation *in concreto* – autrement dit, la qualification juridique des faits – leur serait permise. (M. Troper, « La question du

596. En réalité, la mise en application complexe du mécanisme du référé législatif – « *très encombrant pour l'Assemblée* »¹⁸¹⁷ – conduit à son assouplissement dès les premiers jours de la Révolution¹⁸¹⁸. Sous l'effet de l'inaction du pouvoir législatif cumulée à la jurisprudence naissante du Tribunal de cassation en la matière¹⁸¹⁹, le référé législatif est progressivement remis en cause dans la pratique. Dès le 15 floréal an IV (4 mai 1796), le recours au référé *facultatif* de la loi de 1790 est considéré comme un déni de justice, autrement dit une suspension abusive du cours de la justice¹⁸²⁰. L'institution du référé *obligatoire* connaît également des vicissitudes : elle est supprimée par l'article 78 du titre VI de la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux, qui prescrit que la cassation est, désormais, « *portée devant toutes les sections réunies du tribunal cassation* »¹⁸²¹. Si le référé *obligatoire* est rétabli dans la loi du 16 septembre 1807¹⁸²² et maintenu dans celle du 30 juillet 1828¹⁸²³, il ne reçoit pratiquement pas d'application. Philippe Rémy indique que le

pouvoir judiciaire en l'an III », in O. Cayla, M-F. Renoux-Zagamé (éd.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002, p. 129 ; M. Troper, *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, p. 111). V. dans le même sens que Michel Troper : J-P. Royer, *op. cit.*, p. 259. Différemment de Michel Troper et de Jean-Pierre Royer, Jean-Louis Halpérin fait valoir que la réflexion autour de la distinction interprétation abstraite/interprétation concrète est absente des préoccupations des Constituants. Selon Jean-Louis Halpérin, « *ils [les Constituants] ne pensaient pas qu'il pouvait se rencontrer des problèmes de qualification des actes ou des faits juridiques nécessitant au minimum une explication ou un développement du texte littéral de la loi* ». J-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Thèse, Paris, LGDJ, 1987, p. 63. V. déjà sur ce point : R. Colson, *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, p. 82.

¹⁸¹⁷ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 37.

¹⁸¹⁸ Sur l'évolution du référé législatif jusqu'à son abrogation, voir : Y-L. Huftreau, *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, pp. 43-140. Voir également : P. Rémy, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 107, 2003, pp. 22-36 ; spéc. pp. 24-29.

¹⁸¹⁹ Consulter sur ce point : J-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Thèse, Paris, LGDJ, 1987, pp. 256-261.

¹⁸²⁰ Le Tribunal de cassation estime que les tribunaux utilisant le référé législatif « *se dépouillaient des fonctions judiciaires dont ils étaient revêtus pour les attribuer au corps législatif qui ne pouvait les exercer* ». Cité dans : F. Kernaleguen, *Institutions judiciaires*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, p. 36. V. aussi : J-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Thèse, Paris, LGDJ, 1987, p. 257.

¹⁸²¹ L'article 78 du titre VI de la loi du 27 ventôse an VIII (18 mars 1800) sur l'organisation des tribunaux dispose : « *Lorsqu'après une cassation, le second jugement sur le fond sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la question sera portée devant toutes les sections réunies du tribunal de cassation* ». J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 12, Paris, A. Guyot, 1826, p. 175.

¹⁸²² Dans la loi du 16 septembre 1807, le référé législatif obligatoire devient un référé obligatoire *au gouvernement*. En cas de résistance des juges du fond à une deuxième cassation, l'interprétation de la loi doit être donnée par un règlement d'administration publique. Or, la confection de ces règlements est du ressort du pouvoir exécutif. Loi du 16 septembre 1807 (Loi qui détermine le cas où deux arrêts de la cour de cassation peuvent donner lieu à l'interprétation de la loi) – Art. 1^{er} : « *Il y a lieu à interprétation de la loi, si la cour de cassation annule deux arrêts ou jugements en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, et qui ont été attaqués par les mêmes moyens* ». Art. 2 : « *Cette interprétation est donnée dans la forme des règlements d'administration publique* ». J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 16, Paris, A. Guyot, 1826, p. 191.

¹⁸²³ Philippe Rémy décrit en ces termes le système mis en place par la loi du 30 juillet 1828 : « *une loi du 30 juillet 1828 bâtit un compromis qui marque combien il est difficile encore de reconnaître la plénitude du pouvoir de juger : en cas de conflit d'interprétation, le dernier mot appartient non à la Cour de cassation, mais à la cour*

système « *impraticable* [de la loi de 1828], où la *Cour de cassation* n'avait plus qu'un rôle amoindri, ne fut, semble-t-il, pas mis en œuvre »¹⁸²⁴. Finalement, le référé législatif est définitivement abrogé par la loi du 1^{er} avril 1837, qui oblige la seconde cour de renvoi à se conformer, sur le point de droit jugé, à la décision des chambres réunies de la Cour de cassation¹⁸²⁵. 1837 constitue, par conséquent, une date charnière : elle entérine la reconquête du pouvoir d'interpréter la loi par le juge à l'occasion d'un litige – et donc redonne au juge plus d'indépendance à l'égard du législatif.

B. L'interprétation des traités internationaux par le pouvoir exécutif : le mécanisme du référé diplomatique (1823-1995)

597. La prérogative détenue par le législatif au début du XIXe siècle en matière d'interprétation de la loi mérite d'être rapprochée de celle possédée par l'exécutif en matière d'interprétation des traités entre 1823 et 1995 : à l'instar du référé législatif, le référé diplomatique¹⁸²⁶ limite l'indépendance du juge. Précisément, jusqu'en 1995, la jurisprudence reconduit, en effet, l'idée que c'est *au gouvernement*, et non pas au juge, de se prononcer sur l'interprétation des engagements internationaux. Fort de cette conception étroite de la fonction

d'appel statuant sur le second renvoi après cassation, le roi devant proposer pour l'avenir une loi interprétative aux chambres ». P. Rémy, « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 107, 2003, p. 28. Loi du 30 juillet 1828 (relative à l'interprétation des lois) – Art. 2 : « *Lorsque la cour de cassation a annulé deux arrêts ou jugements en dernier ressort rendus dans la même affaire entre les mêmes parties et attaqués par les mêmes moyens, le jugement de l'affaire est, dans tous les cas, renvoyé à une cour royale. La cour royale saisie par l'arrêt de cassation prononce toutes les chambres réunies. S'il s'agit d'un arrêt rendu par une chambre d'accusation, la cour royale n'est saisie que de la question jugée par cet arrêt. En cas de mise en accusation ou de renvoi en police correctionnelle ou de simple police, le procès sera jugé par la cour d'assises ou par l'un des tribunaux du département où l'instruction aura été commencée. Lorsque le renvoi est ordonné sur une question de compétence ou de procédure en matière criminelle, il ne saisit la cour royale que du jugement de cette question. L'arrêt qu'elle rend ne peut être attaqué sur le même point et par les mêmes moyens par la voie du recours en cassation: toutefois il en est référé au Roi, pour être ultérieurement procédé par ses ordres à l'interprétation de la loi.* (...) ». Art. 3 : « *Dans la session législative qui suit le référé, une loi interprétative est proposée aux Chambres* ». (Nous soulignons). J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 28, Paris, A. Guyot, 1829, pp. 274-277.

¹⁸²⁴ P. Rémy, *op. cit.*, p. 29.

¹⁸²⁵ Loi du 1^{er} avril 1837 – Art. 1^{er} : « *Lorsque, après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera, toutes les chambres réunies* ». Art. 2 : « *Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé pour les mêmes motifs que le premier, la cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette cour* ». J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 37, Paris, A. Guyot, 1838, pp. 83-85.

¹⁸²⁶ Sur le référé diplomatique, consulter : P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, pp. 257-261 ; J. Combacau, S. Sur, *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, pp. 197-198 ; D. Alland, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 2014, pp. 214-216 ; D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2014, pp. 232-237.

juridictionnelle, la Cour de cassation censure, à de multiples reprises, les juges du fond pour avoir interprété un traité international¹⁸²⁷. Si, à l'occasion d'un litige, le juge est confronté à un problème d'interprétation d'un traité au contenu ambigu ou incertain, il doit surseoir à statuer. Avant de trancher le litige sur le fond, il est tenu de laisser le soin à la partie la plus diligente de solliciter l'avis de l'exécutif ou encore de poser lui-même une question préjudicielle aux services du ministre des Affaires étrangères afin de recueillir leur interprétation. Le juge s'estime *lié* par l'interprétation donnée par le gouvernement¹⁸²⁸. Plusieurs explications permettent, en fait, de fonder le mécanisme du référé diplomatique qui a survécu jusqu'en 1995 et donc de justifier – au moins indirectement – le lien de soumission établi entre le juge et le gouvernement : la première explication est liée au principe de séparation des pouvoirs. « *La conclusion des engagements internationaux de l'Etat relevant de la fonction diplomatique de l'exécutif, l'attribution du sens de ces engagements ne devait émaner que de ce dernier* »¹⁸²⁹, nous dit Denis Alland. Un affranchissement du juge vis-à-vis de l'exécutif dans le domaine des traités internationaux présente, en pratique, le risque potentiel d'exposer le gouvernement – qui doit demeurer le seul responsable de la conduite de la politique extérieure de l'Etat – à des embarras diplomatiques¹⁸³⁰. Une autre justification tient au manque d'expérience professionnelle des juges internes qui, quand ils appliquent des traités, se comportent en juges internationaux¹⁸³¹.

598. La jurisprudence sur la question préjudicielle contraignante a fait l'objet d'une évolution très récente : depuis 1990, le juge administratif s'est défait de sa « *timidité (...) dans*

¹⁸²⁷ A titre d'illustration, consulter l'arrêt de la deuxième chambre civile de la Cour de cassation du 24 janvier 1962 : « *Attendu que (...) lorsque le sens de ces actes est ambigu et douteux, que leur portée est incertaine et ne peut être fixée qu'au moyen d'une interprétation, et que cette interprétation ne peut être donnée compétemment que par l'autorité administrative ; — Attendu, premièrement, que c'est évidemment en interprétant la Convention de 1788, et en ajoutant à ses termes, que la décision attaquée prétend que ce qui est dit de l'inventaire doit s'entendre également de l'apposition de scellés, attribuant ainsi à un consul étranger, au mépris du principe de la souveraineté nationale, le pouvoir d'un juge français, quand la Convention ne lui attribue que ceux d'un officier ministériel ; — Attendu, en deuxième lieu, que pour arriver à déclarer que la Convention du 14 novembre 1788 était encore en vigueur, le jugement vise et interprète une autre convention du 31 juillet 1801 qui aurait retranché un article révoquant la première (...) Qu'il interprète d'autres précédents diplomatiques, et particulièrement une convention temporaire entre la France et les Etats-Unis du 24 juin 1822 ; — Qu'il crée, en quelque sorte, entre les deux Etats, une convention internationale nouvelle et d'une durée inconnue ; qu'il est difficile de porter plus loin l'exercice du droit d'interprétation ; — Qu'en procédant ainsi, le jugement attaqué a méconnu les règles de sa propre compétence, porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire et commis un excès de pouvoir...* ». Ce considérant de principe est cité dans : D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2014, p. 235.

¹⁸²⁸ CE, 23 juillet 1823, *Murat*, *Rec. CE*, p. 544 ; CE, 22 novembre 1826, *Ambron*, *Rec. CE*, p. 717 ; CE, 14 novembre 1884, *Szaniawski*, *Rec. CE*, p. 779, etc.

¹⁸²⁹ D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2014, p. 234.

¹⁸³⁰ *Id.*, pp. 236-237.

¹⁸³¹ P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *op. cit.*, p. 259.

l'exercice de ses compétences »¹⁸³². Dans un important arrêt d'Assemblée *GISTI* en date du 29 juin 1990, le Conseil d'Etat a opéré un revirement de sa jurisprudence et s'est reconnu compétent pour interpréter lui-même les traités et accords internationaux¹⁸³³. Si le juge administratif n'a pas renoncé à la possibilité de poser une question préjudicielle au ministre, il ne se considère, désormais, plus lié par l'interprétation fournie. Plus encore, il s'autorise aussi à écarter une interprétation administrative contraire à la sienne¹⁸³⁴. Ce faisant, il affirme incontestablement son indépendance vis-à-vis du ministre des Affaires étrangères.

599. Les juridictions judiciaires ont modifié leur jurisprudence sur ce point – seulement – en 1995. Avant cette date, la Cour de cassation utilisait une distinction d'un maniement complexe « *entre les cas dans lesquels son interprétation pouvait avoir une incidence diplomatique (elle sollicitait alors l'interprétation de l'exécutif) et ceux dans lesquels au contraire, un litige n'agitant que des intérêts purement privés, elle se considérait comme l'interprète légitime de la convention internationale en cause* »¹⁸³⁵. Dans l'arrêt du 19 décembre 1995, elle abandonne cette distinction pour reconnaître qu'il « *est de l'office du juge d'interpréter les traités internationaux invoqués, dans la cause soumise à son examen sans qu'il soit nécessaire de solliciter l'avis d'une autorité non juridictionnelle* »¹⁸³⁶. Ce renversement de jurisprudence permet de détacher un peu plus le juge de l'exécutif. Il s'est, du reste, manifestement produit sous l'effet de l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme. Dans l'arrêt *Beaumartin contre France* en date du 24 novembre 1994, la Cour a sanctionné le Conseil d'Etat qui s'était estimé lié par la réponse ministérielle : l'autorité attachée par le juge administratif à l'interprétation donnée par le gouvernement, également partie défenderesse du protocole d'accord franco-marocain en jeu, avait eu pour effet que la cause des requérants ne pouvait être regardée comme ayant été entendue par un tribunal indépendant¹⁸³⁷.

¹⁸³² P. Dailler, M. Forteau, A. Pellet, *op. cit.*, p. 259.

¹⁸³³ CE, Ass., 29 juin 1990, req. n° 78519, *GISTI*, *Rec. CE*, p. 171, concl. Abraham.

¹⁸³⁴ CE, 21 décembre 1994, *Serra Garriga*, *Rec. CE*, p. 569.

¹⁸³⁵ D. Alland, « L'interprétation du droit international public », *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2014, p. 236.

¹⁸³⁶ Cass. civ., 1^{re}, 19 décembre 1995, *Banque africaine de développement*, *RGDIP*, vol. 3, 1996, p. 867. Cité in : *Ibidem* (note n° 516).

¹⁸³⁷ CEDH, 24 novembre 1994, req. n° 15287/89, *Beaumartin contre France*. Voir, en particulier, le paragraphe 38 de l'arrêt *Beaumartin* : « *La Cour note qu'en l'espèce, le Conseil d'Etat s'en remet à une autorité relevant du pouvoir exécutif pour résoudre le problème juridique qui lui était posé: il rejeta la requête de M. et Mmes Beaumartin parce que le ministre avait confirmé l'interprétation retenue par la commission d'indemnisation. Elle relève de surcroît que l'interposition de l'autorité ministérielle, décisive pour l'issue du contentieux juridictionnel, ne se prêtait à aucun recours de la part des intéressés, qui n'avaient d'ailleurs eu aucune possibilité de s'exprimer sur l'utilisation du renvoi préjudiciel et sur le libellé de la question. Or seul mérite*

600. Dès lors que l'interprétation de la loi appartient au pouvoir législatif (référé législatif) ou que l'interprétation des traitées est réservée au pouvoir exécutif (référé diplomatique), le juge est placé dans une situation de dépendance à l'égard des autres pouvoirs. Il est également question de dépendance, lorsqu'après que le juge ait statué par un jugement devenu définitif, sa sentence est remise en question.

§4. Les remises en cause de l'autorité de la chose jugée

601. L'indépendance reconnue aux tribunaux implique de donner pleine effectivité au principe du respect de l'autorité de la chose jugée, duquel il découle que la décision rendue par un juge ne doit pas être privée d'effet. La pratique montre, pourtant, une réalité différente, dans laquelle les décisions de justice n'ont pas toujours été respectées par les pouvoirs politiques. D'abord, entre 1793 et 1795, la Convention nationale¹⁸³⁸ annule de multiples jugements rendus par les tribunaux (A). Ensuite, depuis au moins la IV^e République, le Parlement prive également d'effet des annulations d'actes juridiques prononcés par les tribunaux en recourant à des validations législatives (B).

A. L'annulation par décrets des jugements (1793-1795)

602. Dans sa séance du mercredi 27 mars 1793, la Convention nationale adopte un décret qui déclare nul le jugement du Tribunal criminel de Paris ayant prononcé la condamnation à mort de Monsieur Oriot¹⁸³⁹. Le décret est, ainsi, rédigé : « *La Convention nationale, après avoir entendu le rapport de son comité de sûreté générale, sur le jugement de mort rendu par le tribunal criminel de Paris, contre le citoyen Oriot, comme complice de fabrication et émission de faux assignats, et dénonciateur de ses complices, déclare comme non avenue le jugement de mort prononcé par le tribunal criminel de Paris, en ce qui concerne ledit Oriot, comme contraire à la loi du 27 février 1792, relative aux dénonciateurs de fabricateurs de*

l'appellation de "tribunal" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) un organe jouissant de la plénitude de juridiction et répondant à une série d'exigences telles que l'indépendance à l'égard de l'exécutif comme des parties en cause (...). Tel ne fut pas le cas du Conseil d'Etat en l'occurrence ».

¹⁸³⁸ La Convention est le nom donné à l'Assemblée constituante en place du 21 septembre 1792 au 26 octobre 1795 durant la Révolution française.

¹⁸³⁹ Les développements qui suivent s'appuient sur les recherches de Jean-Louis Halpérin. Voir : J. L. Halpérin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », in M. Vovelle (éd.), *La révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, t. 2, Paris, CNRS, 1988, pp. 457-468 ; J-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Thèse, Paris, LGDJ, 1987, pp. 148 et s.

faux assignats, et réserve audit Oriot à se pourvoir pour obtenir la récompense résultant de ses dénonciations, s'il y a lieu. Renvoie au ministre de la justice pour l'exécution du présent décret, et pour faire mettre ledit Oriot en liberté »¹⁸⁴⁰. Ce décret d'annulation du 27 mars 1793 constitue l'un des premiers exemples d'un très grand nombre d'annulations, sous la Convention, de jugements prononcés dans une affaire particulière par un organe judiciaire. Y compris les jugements du Tribunal de cassation sont concernés par les décisions de la Convention¹⁸⁴¹. Selon les propres termes de Jean-Louis Halpérin, « *rompant avec le principe de la séparation des pouvoirs, la Convention s'attribuait alors le droit de casser les décisions du Tribunal de cassation et de se substituer à lui en annulant n'importe quel jugement* »¹⁸⁴². La pratique des décrets d'annulation s'accélère, en particulier, à compter d'octobre 1793. Au total, pour la période entre mars 1793 et octobre 1795, pas moins de 205 décrets d'annulation auraient été adoptés¹⁸⁴³. La plus grande partie des décrets ne contient, du reste, qu'une faible motivation et ne donnent lieu à aucun débat au sein de l'Assemblée. Les effets de l'annulation peuvent être l'envoi devant un autre tribunal (dans 48 cas), la mise en liberté du pétitionnaire et l'arrêt de toutes procédures contre lui (dans 43 cas) avec restitution des biens confisqués ou des amendes infligées par le jugement annulé (dans 33 cas). La Convention peut encore aggraver la peine prévue par le jugement annulé¹⁸⁴⁴. Au sortir de cette période est, finalement, adopté dans la Constitution du 5 fructidor de l'an III (22 août 1795) l'article 264. Il dispose : « *Le Corps législatif ne peut annuler les jugements du Tribunal de cassation, sauf à poursuivre personnellement les juges qui auraient encouru la forfaiture* ».

603. L'année 1795 représente l'épilogue d'une « *pratique extraordinaire* »¹⁸⁴⁵ d'annulation par décrets des jugements, qui a duré plus de deux ans et demi. Elle ne marque pas, pour autant, la fin des remises en cause de la chose jugée : encore aujourd'hui, le législatif peut voter des validations législatives *a posteriori* en vue de remettre en question les décisions passées en force de chose jugée.

¹⁸⁴⁰ Séance du mercredi 27 mars 1793, *Archives parlementaires*, première série, tome 60, p. 615.

¹⁸⁴¹ J. L. Halpérin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », in M. Vovelle (éd.), *op. cit.*, p. 458.

¹⁸⁴² J.-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Thèse, Paris, LGDJ, 1987, p. 148.

¹⁸⁴³ J. L. Halpérin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », in M. Vovelle (éd.), *op. cit.*, p. 457.

¹⁸⁴⁴ J.-P. Royer, « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, *op. cit.*, p. 21 (note n° 12).

¹⁸⁴⁵ J. L. Halpérin, « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », in M. Vovelle (éd.), *op. cit.*, p. 457.

B. La neutralisation des annulations prononcées dans les jugements : les validations législatives *a posteriori* (1949 jusqu'à aujourd'hui)

604. Pour couvrir l'illégalité avérée ou problématique d'un acte juridique, et spécialement d'un acte administratif, le gouvernement peut demander au parlement d'intervenir en validant par une loi la disposition litigieuse¹⁸⁴⁶. Constitue une validation législative (ou une loi de validation) « *une immixtion du législateur dans le contentieux juridictionnel d'un acte annulé ou susceptible de l'être* »¹⁸⁴⁷. La loi de validation peut intervenir à titre préventif, pour faire obstacle à l'annulation par les tribunaux de la disposition litigieuse : il s'agit « *de prévenir les difficultés qui peuvent naître de son annulation [l'annulation de l'acte]* »¹⁸⁴⁸. Lorsque la loi de validation intervient, en particulier, au cours d'une procédure pendante, elle a pour conséquence directe de supprimer tout objet à la demande dont le juge est saisi. De manière plus problématique encore, la loi de validation peut également intervenir en vue de redonner la vie à un acte qui a *déjà été annulé* par les tribunaux. Dans ce cas, la promulgation de la loi de validation a pour effet de dispenser l'administration d'exécuter le jugement rendu. Une telle pratique est manifestement en contrariété avec le principe d'indépendance : à partir du moment où le législateur peut par la technique des validations rétroactives anéantir les jugements définitifs, la chose définitivement jugée apparaît être à la merci du législateur. Pour reprendre les mots de Jérôme Bignon et François Sauvadet, les validations législatives *a posteriori* « *peuvent être interprétées comme une forme de mépris (...) à l'égard du juge administratif, dans le cas de lois validant des dispositions réglementaires qu'il a annulées* »¹⁸⁴⁹.

¹⁸⁴⁶ Sur les validations législatives, consulter : M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, thèse, Paris, LGDJ, 1960, 339 p. ; spéc., pp. 234 et s. ; B. Mathieu, *Les « validations » législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, thèse, Paris, Economica, 1987, 329 p. ; A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 2005, pp. 338-347 ; M. Disant, « Le Conseil constitutionnel, la TVA sur les péages autoroutiers et l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat : à propos de la décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005 », *RFDA*, n° 3, 2006, pp. 497 et s. ; R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, pp. 1147 et s. ; S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, pp. 129-135 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2013, pp. 300-303.

¹⁸⁴⁷ A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 2005, p. 338.

¹⁸⁴⁸ CC, n° 99-422 DC, 21 décembre 1999, *loi de financement de la sécurité sociale pour 2000*.

¹⁸⁴⁹ J. Bignon, F. Sauvadet, *L'insoutenable application de la loi*, rapport d'Information n° 2172, Assemblée nationale, juillet 1995, p. 67.

605. Les interventions du législateur pour contredire l'annulation d'un acte juridique *déjà prononcée* par le juge ont été relativement fréquentes durant la IV^e République¹⁸⁵⁰. Ces interventions ont commencé au moins approximativement à partir de 1949¹⁸⁵¹. Elles n'ont pas cessé avec la Ve République. Plusieurs illustrations concrètes peuvent être fournies : par exemple, la loi du 2 août 1949 valide les résultats du concours d'entrée de 1947 à l'Ecole centrale des arts et manufactures, annulé deux ans après les résultats – en raison d'une erreur du jury – par le Conseil d'Etat dans son arrêt d'Assemblée du 28 mars 1949 : « 225 élèves auraient dû se présenter à un nouveau concours d'entrée et recommencer leur scolarité, si la validation de leur admission n'avait pas été prononcée par la loi du 2 août 1949 »¹⁸⁵². Autre illustration : la loi du 7 juillet 1965 valide plusieurs arrêtés du 6 août 1963. Lesdits arrêtés avaient été annulés par un arrêt du Conseil d'Etat du 27 novembre 1964, au motif qu'ils instituaient pour l'avancement de grade des attachés d'administration centrale des modalités contraires au statut de la fonction publique¹⁸⁵³. Enfin et pour ne qu'un dernier exemple, après l'annulation par le Conseil d'Etat (30 mars 1977, *secrétaire d'Etat aux Universités c/ Rouit*) de l'arrêté interministériel arrêtant la liste d'aptitude aux fonctions d'enseignants de chirurgie dentaire–odontologiste des services de consultation et de traitement dentaires, prononcée pour un vice de procédure¹⁸⁵⁴, la loi n° 80-528 du 12 juillet 1980 valide la constitution, la composition et les procédures de fonctionnement de la commission nationale consultative provisoire ainsi que les délibérations de ladite commission et les opérations subséquentes d'intégration et de nomination¹⁸⁵⁵.

¹⁸⁵⁰ B. Mathieu, *Les « validations » législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, thèse, Paris, Economica, 1987, p. 3.

¹⁸⁵¹ Michel Lesage fournit plusieurs exemples de lois de validation *a posteriori* à partir de 1949 (loi du 2 août 1949 relative à la reconstitution des listes d'ancienneté des différents corps et cadres de l'armée de l'air ; loi du 23 juillet 1949 portant fixation du budget des dépenses militaires pour l'exercice 1949 ; loi du 2 août 1949 relative à la régularisation des élèves recrutés au concours de 1947 de l'Ecole centrale des Arts et Manufactures). M. Lesage, *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, thèse, Paris, LGDJ, 1960, pp. 243 et s. Il est, toutefois, fort probable qu'il ait existé des lois de validations *a posteriori* avant cette date. Michel Lesage précise qu'il est complexe de dresser un tableau complet des lois de validation *a posteriori*, car « aucun recueil de législation ou de jurisprudence ne les a répertoriées et les moyens de les retrouver sont très empiriques ». *Id.*, p. 233.

¹⁸⁵² CE, Ass., 28 mars 1949, *Chalvon-Demersay*, *Rec. CE*, p. 134. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 1150.

¹⁸⁵³ CE, 27 novembre 1964, *Fédération générale des syndicats chrétiens de fonctionnaires*, *Rec. CE*, p. 601. R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, p. 1150.

¹⁸⁵⁴ Le Conseil d'Etat considère que l'illégalité de l'arrêté interministériel est fondée « sur un vice de procédure résultant de la participation aux travaux de sélection des membres de cette commission qui étaient eux-mêmes candidats aux fonctions sus-indiquées ».

¹⁸⁵⁵ V. sur ce point : R. Odent, *Contentieux administratif*, vol. 2, Paris, Dalloz, 2007, p. 612 (d'après la dernière édition du cours polycopié datant des années 1976-1980 dispensé à l'Institut d'études politiques de Paris sous l'intitulé de « Contentieux administratif »).

606. Le caractère exorbitant des lois de validation qui remettent en cause l'autorité de la chose jugée a conduit, au fil des ans, les jurisprudences du Conseil d'Etat et du Conseil Constitutionnel – sous l'influence de la jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme¹⁸⁵⁶ – à renforcer leur encadrement. Au nombre des nombreuses exigences relatives à l'adoption des lois de validation¹⁸⁵⁷ figure, en première ligne et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, l'interdiction de censurer les décisions des juridictions définitives. Si la loi de validation peut ainsi concerner les litiges pendants ou à venir, elle ne peut plus, en principe, affecter les décisions de justice passées en force de chose jugée. C'est, avant tout, depuis sa décision n° 80-119 DC du 22 juillet 1980 que le Conseil constitutionnel affirme cette condition à la constitutionnalité des mesures de validation. Lors de son contrôle de constitutionnalité de la loi de finances rectificative pour 2005, le Conseil constitutionnel a eu l'occasion de rappeler qu'une loi de validation qui « *a pour principal objet, par la condition qu'il pose, de priver d'effet (...) l'arrêt précité de la Cour de justice des Communautés européennes ainsi que la décision précitée du Conseil d'Etat* » est contraire à la Constitution, sans qu'il soit besoin d'examiner « *les motifs d'intérêt général qui l'inspirent* »¹⁸⁵⁸. Il a, en conséquence, censuré l'article 111, relatif à la TVA sur les péages autoroutiers, de la loi de finance rectificative pour 2005, qui visait à anéantir deux décisions de justice revêtues de l'autorité de la chose jugée¹⁸⁵⁹. Il est, du reste, intéressant de signaler que les lois de validation contiennent, à présent, fréquemment une formule-type, par laquelle elles exceptent de leur champ d'application les mesures ayant fait l'objet de décisions de justice passées en force de chose jugée¹⁸⁶⁰.

¹⁸⁵⁶ Consulter, en particulier : CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal c. France*, requête n° 24846/94. Le considérant principal retient que : « *si, en principe, le pouvoir législatif n'est pas empêché de régler en matière civile, par de nouvelles dispositions à portée rétroactive, des droits découlant des lois en vigueur, le principe de la prééminence du droit et la notion de procès équitable consacrée par l'article 6 s'opposent, sauf pour d'impérieux motifs d'intérêt général, à l'ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influencer sur le dénouement judiciaire du litige* ». Voir, à cet égard : L. Milano, « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, n° 3, 2006, pp. 447 et s.

¹⁸⁵⁷ A-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 2005, pp. 340-341.

¹⁸⁵⁸ CC, n° 2005-531 DC, 29 décembre 2005, *loi de finances rectificative pour 2005*. Voir, sur ce point : M. Disant, « Le Conseil constitutionnel, la TVA sur les péages autoroutiers et l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat : A propos de la décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005 », *RFDA*, n° 3, 2006, pp. 497 et s.

¹⁸⁵⁹ A titre de remarque, il convient de préciser que dans sa décision n° 2013-366 du 14 février 2014, le Conseil constitutionnel renforce encore son contrôle sur les validations législatives : les validations législatives doivent désormais être justifiées par un motif d'intérêt général *impérieux* – et plus simplement suffisant. V. sur ce point : A. Roblot-Troizier, « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence », *RFDA*, n° 3, 2014, pp. 589 et s.

¹⁸⁶⁰ V. sur ce point : M. Disant, « Le Conseil constitutionnel, la TVA sur les péages autoroutiers et l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat : A propos de la décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005 », *RFDA*, n° 3, 2006, pp. 497 et s.

607. L'étude des jurisprudences des juridictions nationales relatives aux validations législatives permet de constater un renforcement significatif des conditions posées à leur intervention. Cela étant, l'exigence du respect de l'autorité de la chose jugée n'emporte pas pour conséquence qu'il soit, à l'heure actuelle, *radicalement interdit* au législateur d'intervenir après une annulation contentieuse : au lieu de valider l'acte même qui a été annulé par le juge administratif – ce qui heurterait de front la chose jugée –, la validation rétroactive peut concerner les mesures prises par l'administration *sur la base* de l'acte annulé (validation indirecte ou validation d'actes subséquents). Y compris dans ce dernier cas, la chose jugée se trouve incontestablement mise en échec ou privée de ses conséquences normales. Retenons donc que nonobstant le resserrement des exigences relatives aux lois de validations *a posteriori*, il reste aujourd'hui envisageable qu'une loi de validation méconnaisse les décisions de justice passées en force de chose jugée.

608. En annulant des jugements (1793-1795) ou en validant des actes annulés par les tribunaux (1949 jusqu'à aujourd'hui), le législateur empiète, en aval, sur l'office du juge. Sans agir directement sur le jugement, le pouvoir politique peut encore s'immiscer dans la fonction juridictionnelle en intervenant sur la carrière du juge : le contrôle de la carrière du magistrat par le pouvoir politique resserre l'emprise sur la justice et permet, par ricochet, d'influencer le jugement.

§5. Les actions sur la carrière du juge

609. Le déroulement de la carrière des juges est un autre terrain d'action du pouvoir pour garantir la dépendance. Concrètement, le pouvoir peut, d'abord, agir sur la garantie de l'inamovibilité. Jusqu'au milieu du XXe siècle, la garantie de l'inamovibilité est très fréquemment écartée pour révoquer les magistrats indociles : c'est la question des épurations judiciaires qui se produisent à chaque changement de régime (A). Le pouvoir peut, ensuite, aussi promettre des avancements ou des décorations : les avancements – encadrés seulement depuis le début du XXe siècle (B) – et les décorations – encore décernées aujourd'hui (C) – sont deux autres instruments d'asservissement des magistrats.

A. La suppression temporaire de l'inamovibilité : les cycles des épurations (1792-1945)

610. Prévues formellement au niveau constitutionnel ou au niveau législatif par tous les régimes qui se succèdent à partir de la Révolution¹⁸⁶¹, l'inamovibilité des juges n'est, pourtant, pas respectée : les changements de régime – qui sont particulièrement fréquents au cours du XIXe siècle – s'accompagnent d'épurations du personnel judiciaire¹⁸⁶². Par épuration, il faut entendre l'élimination des magistrats hostiles au régime en place. Systématiquement, chaque épuration donne lieu à de nouvelles nominations – politiquement marquées – de magistrats. Les cycles des épurations sont donc intimement liés au caractère discrétionnaire des nominations. Jusqu'au décret du 18 août 1906 (« le décret Sarrien »), qui instaure un concours d'entrée dans la magistrature¹⁸⁶³, il suffit, pour être nommé juge, de satisfaire à des conditions élémentaires¹⁸⁶⁴ et d'être introduit auprès du garde des Sceaux. Dans ces conditions, le pouvoir a donc la maîtrise absolue de la magistrature mise en place : les épurations – associées au contrôle du recrutement des nouveaux juges – garantissent le conformisme politique dans l'exercice de la fonction juridictionnelle. « *Les indésirables sont*

¹⁸⁶¹ Olivier Pluen dresse la liste de l'ensemble des dispositions qui consacrent depuis la Constitution des 3 et 4 septembre 1791 l'inamovibilité. Il mentionne l'article 2 du chapitre 5 de la Constitution des 3 et 4 septembre 1791, l'article 206 du titre VIII de la Constitution du 5 fructidor an III (22 août 1795), l'article 68 du titre V de la Constitution du 22 frimaire an VIII (13 décembre 1799), l'article 51 du titre V de l'acte additionnel aux Constitutions de l'Empire du 22 avril 1815, l'article 58 de la Charte du 4 juin 1815, l'article 49 de la Charte du 14 août 1830, l'article 87 du chapitre VIII de la Constitution du 4 novembre 1848, l'article 26 du titre IV de la Constitution du 14 janvier 1852, l'article 15 alinéa 2 du Sénatus-consulte du 21 mai 1870, l'article 15 de la loi du 30 août 1883, l'article 84 alinéa 3 du titre IX de la Constitution du 27 octobre 1946. Le projet de Constitution du gouvernement de Vichy – laquelle constitution n'a jamais été adoptée – consacrait également l'inamovibilité dans son article 32 alinéa 3. O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, pp. 138 et s. Dans la Constitution en vigueur du 4 octobre 1958, l'inamovibilité est prévue à l'article 64.

¹⁸⁶² Les épurations répétitives de la magistrature ont fait l'objet de travaux approfondis en histoire du droit. Il faut, surtout, se reporter à : *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, 165 p. Consulter également : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 323-328 ; pp. 483-485 ; pp. 641-642 ; pp. 648-671 ; pp. 679-682 ; pp. 697-703 ; pp. 960-964 ; pp. 997-1002.

¹⁸⁶³ Par un arrêté du 10 octobre 1875, complété par un décret du 29 mai 1876, un concours d'entrée dans la magistrature avait, déjà, été créé par le garde des Sceaux, Jules Dufaure. Mais, ce concours avait été supprimé dès 1879. Le concours d'entrée dans la magistrature réapparaît avec le décret du 18 août 1906. Il est, cependant, à nouveau, supprimé par le décret du 18 février 1908 (« décret Briand ») et remplacé par un simple examen professionnel. Ce n'est qu'en 1924 (décret du 8 juillet) que le classement alphabétique des candidats reçus à l'examen fait place à un classement par ordre de mérite. Le concours est, finalement, réintroduit dans la pratique française en 1958. Voir, sur ce point : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 717 et s. ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 99 et s. ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 194 et s.

¹⁸⁶⁴ Ces conditions élémentaires sont les suivantes : avoir l'âge requis, être licencié en droit, avoir prêté le serment d'avocat, avoir suivi au barreau comme avocat stagiaire les audiences d'un tribunal pendant deux années consécutives et ne pas exercer de fonction incompatible avec la magistrature. J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 715 ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 95.

chassés de la magistrature, les places libérées pourront être offertes à des amis, et le pouvoir pourra disposer ainsi d'une justice aux ordres, du moins l'espère-t-il »¹⁸⁶⁵, nous dit Renée Martinage.

611. Au total, près de dix-sept épurations judiciaires – ou renouvellements brutaux du personnel judiciaire – peuvent être dénombrées. La première épuration de la magistrature a lieu au moment de la réforme conçue par les Constituants dans la tourmente révolutionnaire de 1789-1790¹⁸⁶⁶. Au moins trois autres épurations ont eu lieu sous la Révolution : en 1792-1793 et en 1793-1794 (Convention) ainsi qu'en 1798-1799 (Directoire). Ces épurations révolutionnaires sont suivies des épurations de 1807-1808 et de 1810-1811 (Empire, Napoléon Bonaparte), des épurations de 1815 (première restauration, Louis XVIII ; les Cent-jours, Napoléon Bonaparte ; seconde restauration, Louis XVIII), de celles de 1830 (monarchie de Juillet, Louis-Philippe), de 1848 (seconde République), de 1852 (second Empire, Louis-Napoléon Bonaparte), de 1870-1871, 1872-1882, 1883 (troisième République) et de 1940-1941 (régime de Vichy). La dernière épuration a eu lieu en 1944-1945 à la Libération.

612. Parmi l'ensemble de ces épurations, il convient de s'arrêter, en particulier, sur l'épuration de 1883¹⁸⁶⁷, parce ce qu'elle est l'épuration la plus brutale du corps judiciaire. Cette épuration intervient plusieurs années après l'installation du régime¹⁸⁶⁸ et est contenue dans la loi du 30 août 1883¹⁸⁶⁹. Le jour de l'adoption de la loi, son rapporteur, Jules Roche, en synthétise la teneur en ces termes : « *Tel qu'il est ce projet de loi terminera enfin, au profit de la République, la lutte depuis si longtemps soutenue contre elle par des magistrats rebelles donnant l'exemple de la violation des lois les plus hautes et dont l'impunité faisait douter à certaines populations que le Gouvernement de la République fut le gouvernement définitif de*

¹⁸⁶⁵ R. Martinage, « L'épuration sous les régimes monarchiques », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire, op. cit.*, p. 48.

¹⁸⁶⁶ Cette réforme a conduit à déchoir de leurs offices près de 80 000 magistrats, dont 1300 parlementaires et près de 70 000 juges seigneuriaux. Jean-Pierre Royer ne répertorie pas l'épisode de 1789-1790 dans la liste des épurations judiciaires. Pour cet épisode, Jean-Pierre Royer parle non pas d'une épuration, mais d'« *une liquidation, celle de l'ordre ancien des choses* ». J-P. Royer, « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire, op. cit.*, p. 11.

¹⁸⁶⁷ J-P. Machelon, « L'épuration républicaine », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire, op. cit.*, pp. 87-100 ; J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 698-703.

¹⁸⁶⁸ Après l'annonce de la capitulation à Sedan, la République est proclamée le 4 septembre 1870, fondant ainsi la III^e République.

¹⁸⁶⁹ 31 août, *Journal officiel de la République française. Lois et Décrets*, pp. 4569-4583.

la France »¹⁸⁷⁰. Les articles 2 et 5 – qu’il faut lire avec les tableaux annexés à la loi – donnent l’apparence de dispositions purement techniques : ils organisent les réductions d’effectifs dans les cours d’appel et les tribunaux de première instance. Ils constituent néanmoins « *le nœud de la réforme : les suppressions de postes réalisées permettront l’élimination d’autant de magistrats indésirables* »¹⁸⁷¹. L’article 11 dispose que « *dans un délai de trois mois, à partir de la promulgation de la présente loi, il sera procédé par application des règles ci-dessus établies, à la réduction du personnel des cours d’appel et des tribunaux. Les éliminations porteront sur l’ensemble du personnel indistinctement* ». Si l’article 15 pose dans son alinéa premier le principe de l’inamovibilité, ce n’est qu’« *après l’expiration de la période de réorganisation* », c’est-à-dire après l’épuration¹⁸⁷². En définitive, l’application de la loi du 30 août 1883 conduit à l’élimination de 611 juges inamovibles de tous grades, sur un effectif total de 2447¹⁸⁷³.

613. Il faut, du reste, encore ajouter que les épurations n’épargnent pas les magistrats administratifs. L’épuration la plus importante pour la justice administrative a lieu sous couvert d’une loi du 13 juillet 1879, qui prévoit l’augmentation des effectifs et réaménagement l’organisation du Conseil d’Etat. Quelques démissions de protestation s’ajoutent aux révocations et aux mises à la retraite d’office ou en disponibilité. Au final, seuls trois conseillers échappent à l’épuration de juillet 1879¹⁸⁷⁴.

614. Le phénomène des cycles d’épurations illustre bien la dépendance politique des magistrats dans leur carrière. Cette dépendance est encore renforcée par le choix discrétionnaire des promus : pendant longtemps, l’avancement ne dépend lui-aussi que de l’exécutif.

¹⁸⁷⁰ Cité dans : J-J. Clère, « Malheurs et malaises de la magistrature française au début de la IIIe République (1870-1914) », in *Le bonheur est une idée neuve : hommage à Jean Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 2000, p. 87.

¹⁸⁷¹ J-P. Machelon, « L’épuration républicaine », in *L’épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d’histoire judiciaire*, op. cit., p. 94.

¹⁸⁷² Al. 1 art. 15 : « *Après l’expiration de la période de réorganisation prévue à l’article 11, aucun premier président, président de chambre, conseiller de cour d’appel, aucun président, vice-président, juge ou juge suppléant des tribunaux de première instance ne pourra être déplacé que sur l’avis conforme du conseil supérieur. Ce déplacement ne devra entraîner, pour le magistrat qui en sera l’objet, aucun changement de fonctions, aucune diminution de classe ni de traitement* ».

¹⁸⁷³ J-P. Machelon, « L’épuration républicaine », in *L’épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d’histoire judiciaire*, op. cit., p. 97.

¹⁸⁷⁴ V. Wright, « L’épuration du Conseil d’Etat en juillet 1879 », *Revue d’Histoire Moderne et Contemporaine*, oct.-déc. 1972, pp. 621-653 ; B. Pacteau, *Le Conseil d’Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, Paris, PUF, 2003, pp. 211-214.

B. Le choix discrétionnaire des promus (1789-1934)

615. Etudiant la magistrature sous les régimes monarchiques, le professeur d'histoire du droit Renée Martinage qualifie l'avancement d' « *instrument le plus sûr de l'asservissement des magistrats* »¹⁸⁷⁵. Elle parle encore d' « *une épée de Damoclès [suspendue] pendant le déroulement complet de la carrière* »¹⁸⁷⁶. Jusqu'au début du XXe siècle, l'avancement¹⁸⁷⁷ est, en effet, lié non pas au mérite professionnel, mais à la faveur ministérielle. Il est entièrement à la discrétion du garde des Sceaux et est employé pour récompenser les juges, dont les jugements répondent aux vœux du pouvoir. Auguste Vivien (1799-1854), dans ses *Etudes administratives* (1ere éd. : 1845), résume la situation en écrivant : « *Quiconque a eu le malheur de déplaire se voit fermer toute chance d'avancement. La politique, qui devrait au moins respecter le Temple de la Justice, est trop souvent admise à contrôler les choix et à les dicter* »¹⁸⁷⁸.

616. Pour espérer être parmi les juges promus discrétionnairement par le ministre de la justice, le magistrat a intérêt à faire intervenir – comme c'est d'ailleurs, aussi, le cas pour sa nomination – tout un système de recommandations et de protections¹⁸⁷⁹. « *Il suffit de travailler sur les dossiers de personnel (...) pour avoir confirmation de l'importance et de la variété du parrainage demandé pour obtenir une nomination à un poste plus élevé* »¹⁸⁸⁰, résume Jean-Claude Farcy. Il est, à cet égard, intéressant de constater une modification des parrains avec la République des années 1880 : avant 1880, ce sont les recommandations des autorités ecclésiastiques, des milieux catholiques ou des aristocrates qui pèsent de tout leur poids pour l'avancement du juge. Ces protecteurs vont, peu à peu, s'effacer pour laisser la place aux députés, aux sénateurs ou encore aux ministres du gouvernement¹⁸⁸¹. En définitive, tout au long du XIXe siècle, bien que le dernier mot pour l'avancement appartient au garde

¹⁸⁷⁵ R. Martinage, « L'épuration sous les régimes monarchiques », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire, op. cit.*, p. 53.

¹⁸⁷⁶ *Ibidem.*

¹⁸⁷⁷ Sur l'avancement, consulter : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, pp. 125-153 ; O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, pp. 171-175 ; ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 152 et s. ; spéc. pp. 155-157.

¹⁸⁷⁸ A. Vivien, *Etudes administratives*, 3^e éd., Paris, Guillaumin, 1859, 2 vol. Cité dans : J-J. Clère, « Malheurs et malaises de la magistrature française au début de la IIIe République (1870-1914) », in *Le bonheur est une idée neuve : hommage à Jean Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 2000, p. 66 (note n° 3).

¹⁸⁷⁹ Le système des recommandations est décrit par Jean-Pierre Royer : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 715-717. V. également : *Id.*, pp. 725-726.

¹⁸⁸⁰ J-C. Farcy, *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2001, p. 224.

¹⁸⁸¹ J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 716-717.

des Sceaux, la carrière du juge est aussi liée à sa capacité à s'entourer de tuteurs : ce sont eux qui peuvent vanter au garde des Sceaux les mérites de leur protégé et, donc, permettre l'avancement du juge.

617. Après l'essai avorté du garde des Sceaux Ludovic Trarieux en 1895, ce n'est que très progressivement, à compter de 1906 que le rôle du ministre de la justice dans les procédés d'avancement diminue¹⁸⁸² : le décret du 18 août 1906 – qui met également en place un concours d'entrée dans la magistrature – établit *un tableau d'avancement*. Les effets du décret Sarrien sont, toutefois, relativement limités, dans la mesure où le tableau d'avancement institué est dressé sans contrôle par la Chancellerie sur la base des présentations faites par les chefs de cour pour les magistrats, par les procureurs et présidents des tribunaux civils pour les juges de paix¹⁸⁸³. Du reste, le décret Sarrien est aboli dès 1908 : le décret du 18 février 1908 marque le retour de l'avancement discrétionnaire et aussi « *de l'antique système des recommandations* »¹⁸⁸⁴. Il faut attendre la création en 1927 de *la commission du tableau d'avancement* – qui comprend les directeurs de la Chancellerie et les chefs de la Cour de cassation, ainsi que quatre conseillers nommés chaque année par le ministre – pour que le pouvoir discrétionnaire du garde des Sceaux soit véritablement rogné. Benoit Garnot explique qu'en vertu du décret du 21 juillet 1927 « *la commission ne pouvait inscrire que les magistrats ayant deux ans d'ancienneté dans la fonction exercée au moment de la confection du tableau, et une nomination sur quatre était désormais réservée aux magistrats figurant depuis longtemps au tableau* »¹⁸⁸⁵. Pour les postes les plus importants, une commission de nomination, chargée de dresser une liste de présentation, est seulement établie par le décret du 20 février 1934¹⁸⁸⁶. Finalement, la réforme de 1934 entérine donc l'affaiblissement de l'influence du garde des Sceaux dans l'avancement.

¹⁸⁸² Sur l'encadrement progressif de l'avancement à compter de 1906, lire : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 922-923 ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 196-200.

¹⁸⁸³ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 196-197.

¹⁸⁸⁴ J-P. Royer et alii, *op. cit.*, p. 723.

¹⁸⁸⁵ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 197.

¹⁸⁸⁶ *Ibidem*.

618. Désormais, au terme d'une évolution engagée au début du XXe siècle¹⁸⁸⁷, l'avancement appartient au corps lui-même, bien plus qu'au garde des Sceaux : la place centrale, à présent, occupée par les Conseils supérieurs de la justice – le Conseil supérieur de la magistrature (CSM)¹⁸⁸⁸ pour les juges judiciaires et le Conseil supérieur des tribunaux et des cours administratives d'appel pour les magistrats administratifs¹⁸⁸⁹ – a conduit à *un net recul* du rôle de l'exécutif dans l'avancement des magistrats¹⁸⁹⁰.

619. Si l'exécutif ne peut, dorénavant, plus influencer les juges via l'avancement, il peut, en revanche, toujours agir sur eux grâce aux décorations.

C. L'attribution de décorations étatiques (1804 jusqu'à aujourd'hui)

620. Après avoir été écartées sous la Révolution qui était « *hostile, de manière générale, aux signes distinctifs* »¹⁸⁹¹, les décorations¹⁸⁹² renaissent avec le gouvernement consulaire (1799-1804) puis impérial (1804-1815) de Napoléon Bonaparte. Le 10 fructidor an XII (28 août 1804) ont lieu les premières distributions de croix de la Légion d'honneur aux membres de la Cour de cassation. Selon Marcel Rousselet, « *Muraire, Premier Président et plusieurs autres membres de cette haute juridiction, reçurent ainsi l'insigne qui consistait alors en une simple*

¹⁸⁸⁷ Il convient, néanmoins, de signaler que la loi du 17 juillet 1940 a suspendu sous Vichy le tableau d'avancement. Le tableau d'avancement n'a été rétabli que par l'ordonnance du 13 avril 1945. J-P. Royer et alii, *op. cit.*, p. 999.

¹⁸⁸⁸ Jean-Pierre Royer retrace l'évolution du Conseil supérieur de la magistrature depuis sa première mouture par la loi du 30 août 1883 à 1958 : J-P. Royer et alii, *op. cit.*, pp. 1096-1098. V. aussi : S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, pp. 174-178 ; I. Boucobza, « Conseil supérieur de la magistrature en France et en Italie : les enseignements tirés des débats actuels », in *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 1998, *La revue juridique des barreaux*, 1999, pp. 27-65 ; F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 415-423. Pour l'essentiel, le régime de l'avancement des juges judiciaires est actuellement contenu dans l'ordonnance n° 58-1270 du 22 décembre 1958 et le décret n° 93-21 du 7 janvier 1993. V. sur ce point : S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, pp. 823-824.

¹⁸⁸⁹ Ce Conseil a été créé par la loi n° 86-14 du 6 janvier 1986 pour les magistrats des tribunaux administratifs. Il a été étendu aux magistrats des cours administratives d'appel lors de la création de celles-ci, par la loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987. Les membres du Conseil d'Etat ne sont pas concernés : ils sont promus à l'ancienneté, de manière automatique. S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, pp. 173-174. *Id.*, pp. 884-886.

¹⁸⁹⁰ B. Garnot, *op. cit.*, pp. 198-199.

¹⁸⁹¹ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 50.

¹⁸⁹² Sur les décorations, consulter : M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, pp. 382-386 ; O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, pp. 845-847.

croix d'argent ou d'or »¹⁸⁹³. Après ces premières attributions, les nominations de juges dans l'ordre national de la Légion d'honneur continuent d'être fréquentes tout au long du règne de Napoléon. Elles sont aussi, d'un point de vue quantitatif, très importantes durant « *la Monarchie de juillet [1830-1848] et le second Empire [1852-1870]* [qui] furent peut-être les époques où pour les magistrats les distinctions dans la Légion d'honneur furent les plus nombreuses. En 1844, sur quatre mille sept cent quarante-cinq magistrats (y compris mille cent quatre-vingt-onze juges suppléants), six cent soixante-dix étaient membres de l'Ordre de la Légion d'honneur : trois étaient grand-croix (...) il y avait encore quatorze magistrats commandeurs et cinquante-neuf officiers de l'Ordre »¹⁸⁹⁴. Incontestablement, durant au moins tout le XIXe siècle, le pouvoir conçoit les décorations comme *un moyen opérant* de stimuler le zèle et de récompenser la fidélité politique des magistrats : un magistrat non décoré est, en réalité, un magistrat sanctionné¹⁸⁹⁵.

621. Depuis le rétablissement des gratifications par Napoléon, jamais le pouvoir n'a renoncé à décorer ses magistrats. Cette pratique a, pourtant, très tôt, suscité des critiques. En 1914, Raoul de La Grasserie propose, déjà, de mettre un terme à l'attribution de décorations aux juges « *au nom de la confiance absolue dans la justice* »¹⁸⁹⁶. Ce sont, peu ou prou, les mêmes arguments qui sont déployés par les contemporains : dans la 12^e édition en date de 2013 de ses *Institutions juridictionnelles*, Serge Guinchard encourage la suppression des distinctions de l'Etat pour les juges, « *car comment peut-on prétendre être indépendant dans l'exercice de ses fonctions si l'on dépend du pouvoir (...) pour se distinguer de ses collègues ?* »¹⁸⁹⁷. A cet égard, la comparaison avec la situation des parlementaires est, du reste, particulièrement intéressante : au nom de l'indépendance des membres du parlement, le droit positif prévoit expressément l'interdiction pour les députés et sénateurs d'être nommés ou promus dans l'ordre national de la Légion d'honneur¹⁸⁹⁸ ou dans l'ordre national du Mérite¹⁸⁹⁹. Malgré

¹⁸⁹³ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, p. 382.

¹⁸⁹⁴ M. Rousselet, *op. cit.*, p. 384.

¹⁸⁹⁵ R. Martinage, « L'épuration sous les régimes monarchiques », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, p. 53.

¹⁸⁹⁶ Cité dans : O. Pluen, *op. cit.*, p. 845.

¹⁸⁹⁷ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 186. *Institutions juridictionnelles* a été écrit à quatre mains (Serge Guinchard, Gabriel Montagnier, André Varinard et Thierry Debard). Toutefois, c'est Serge Guinchard qui est le seul auteur de l'extrait ici cité. Une note de bas de page précise « ces passages n'engagent que S. Guinchard, auteur des propositions émises ».

¹⁸⁹⁸ L'article 12 de l'ordonnance n° 58-1100 du 17 novembre 1958 relative au fonctionnement des assemblées parlementaires dispose : « Les membres des assemblées parlementaires ne peuvent être nommés ou promus dans l'ordre national de la Légion d'honneur ni recevoir la médaille militaire ou toute autre décoration, sauf pour

plusieurs amendements parlementaires – l’un des derniers date de mai 2013¹⁹⁰⁰ –, l’inscription d’une prohibition aux effets similaires pour ce qui concerne les juges n’a jamais abouti. Dans son paragraphe a. 7, le Recueil des obligations déontologiques des magistrats¹⁹⁰¹, publié en 2010, préconise, que « *les magistrats en activité ne sollicitent pas pour eux-mêmes des distinctions honorifiques, afin d’éviter toute suspicion, dans l’esprit du public, sur la réalité de leur indépendance* ». Cette disposition, qui n’a pas d’effet contraignant, s’interprète, selon toute vraisemblance, comme une invitation pour les juges en fonction à ne pas accepter les décorations étatiques, qui peuvent leur être proposées.

622. Loin de s’incarner dans un seul et unique visage, la dépendance se manifeste, au contraire, sous au moins cinq formes au cours de la période examinée. Si la dépendance de la justice française est un fait établi, il faut, toutefois, convenir que les années 1950 ont vu l’amorce d’autres réalités plus positives. La création d’une école unique en 1958 recrutant et formant tous les magistrats de l’ordre judiciaire (l’Ecole nationale de la magistrature ou ENM), les pouvoirs croissants du Conseil supérieur de la magistrature (CSM) en matière de nomination et de discipline pour les magistrats judiciaires, y compris pour les magistrats du parquet ou le surgissement du fait syndical dans la magistrature en 1968 (aujourd’hui :

faits de guerre ou actions d’éclat assimilables à des faits de guerre ». L’article 12 est repris à l’article R. 22 du code de la Légion d’honneur et de la médaille militaire.

¹⁸⁹⁹ L’article 17 du décret n° 63-1196 du 3 décembre 1963 portant création d’un ordre national du Mérite prévoit : « *Pendant la durée de leur mandat, les membres des assemblées parlementaires ne peuvent être nommés ou promus dans l’ordre national du Mérite* ». Par ailleurs, l’article 8 du décret n° 57-549 du 2 mai 1957 dispose que « *pendant la durée de leur mandat, les membres des assemblées parlementaires ne peuvent être nommés ou promus dans l’ordre des Arts et des lettres* ».

¹⁹⁰⁰ L’amendement visant à interdire les décorations aux magistrats avait été proposé – avant d’être retiré – par trois députés écologistes à l’occasion des débats sur la transparence de la vie publique. V. sur ce point : http://www.assemblee-nationale.fr/14/pdf/amendements/1004/CIION_LOIS/CL62.pdf (date de consultation : 24/11/15). Ledit amendement reprenait, en réalité, celui, déjà proposé en décembre 2011 par le député socialiste René Dosière (amendement au projet de loi organique relatif à la limite d’âge des magistrats de l’ordre judiciaire). V. sur ce point : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/propositions/pion3810.asp> (date de consultation : 24/11/15). L’amendement de René Dosière avait été adopté par la commission des lois de l’Assemblée nationale à la quasi-unanimité, mais il avait été rejeté à l’occasion du vote à l’Assemblée. Dans des observations écrites, l’Union syndicale des magistrats (USM) avait indiqué qu’elle était opposée à l’amendement du député Dosière. A l’appui de son argumentation, elle soulignait, notamment, une atteinte au principe constitutionnel d’égalité : « *La situation qui serait celle des magistrats judiciaires, si l’amendement devait être adopté serait la plus sévère de toute la fonction publique. En effet, l’amendement envisage une interdiction totale et définitive (sans même les exceptions pour faits de guerre ou actions d’éclats assimilables) pendant toute la carrière du magistrat, c’est à dire potentiellement jusqu’à l’âge de 67 ans* ». Par comparaison, l’interdiction des décorations ne vaut pour les parlementaires que durant le temps du mandat électoral. Les observations sont consultables en ligne : http://www.union-syndicale-magistrats.org/web/upload_fich/publication/rapports/note_decorations_decembre2011.pdf (date de consultation : 24/11/15).

¹⁹⁰¹ Le Recueil des obligations déontologiques des magistrats est disponible en ligne : http://www.conseil-superieur-magistrature.fr/files/recueil_des_obligations_deontologiques_des_magistrats_FR.pdf (date de consultation : 24/11/15).

Syndicat de la magistrature et Union syndicale des magistrats)¹⁹⁰², ont, sans conteste, participé à l'accroissement de l'indépendance des juges. Elles ont rendu concevables et possibles de plus amples revendications d'indépendance¹⁹⁰³ pour les juges, qui, au cours du XIXe siècle, s'étaient accommodés de leur proximité avec le pouvoir, allant même jusqu'à, parfois, motiver les lettres de démission qu'ils envoyaient, après leur révocation, au ministre¹⁹⁰⁴. La montée en puissance du pouvoir juridictionnel¹⁹⁰⁵ a aussi accompagné le développement de l'indépendance. Alain Bancaud synthétise les mutations qui se sont consolidées dans la seconde moitié du XXe siècle en ces termes : « à partir des années 1970 la tradition de dépendance du juge judiciaire est ébranlée. (...) De nouvelles générations de magistrats, formés dans une école spécialisée et regroupés souvent autour du Syndicat de la magistrature, se sont mis à critiquer le "positivisme", le "légicentrisme" qui réduisent le droit à la loi, et les juges au rôle de simple interprète. Ces derniers se sont mis à revendiquer et à élargir leur pouvoir créateur (...) Les pouvoirs les plus stratégiques du politique sur la justice et les juges, comme le pouvoir de donner des instructions et de contrôler les nominations, sont également mis en cause : les deux derniers gardes des Sceaux se sont officiellement interdits d'intervenir dans les affaires ; le Conseil supérieur de la magistrature

¹⁹⁰² V. sur ce point : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 114 et s. ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 363-375 ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 248 et s.

¹⁹⁰³ V. Roussel, « L'indépendance de la magistrature comme ressource et comme enjeu », in *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 1998, *La revue juridique des barreaux*, 1999, p. 128.

¹⁹⁰⁴ R. Martinage, « L'épuration sous les régimes monarchiques », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, op. cit., p. 55. Les « individualités courageuses et protestataires en faveur de l'indépendance des juges » (...) « demeurent minoritaires à l'intérieur d'un corps qui donne au contraire le sentiment d'une adhésion certaine aux méthodes du pouvoir », nous dit, à propos des juges, Renée Martinage. V. dans le même sens Benoit Garnot et Jean-Pierre Royer : B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 150-151 ; J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 659 ; p. 698. J-P. Royer reproduit des extraits de lettres de démission motivées envoyées par des magistrats du parquet au ministre après leur révocation : « Dans mes fonctions qui ont un caractère politique, il faut à une situation nouvelle des hommes nouveaux » (Jean-Louis Sèze, avocat général à Colmar, 1848) ; « Je comprends les nécessités politiques qui empêchent le gouvernement de me conserver dans mes fonctions » (Rouland, avocat général à la Cour de cassation, 1848). Si, d'une manière générale, la très large majorité des juges a, dans le passé, accepté son état de subordination, une petite minorité a lutté pour son indépendance. Pour des illustrations concrètes, consulter : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 69 et s. ; J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 658 ; pp. 695-696 ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 151-152.

¹⁹⁰⁵ La montée en puissance du pouvoir juridictionnel est l'objet de la thèse de Fabrice Hourquebie : F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p. Sur l'émergence du juge constitutionnel comme tiers pouvoir, voir, en particulier, les travaux de Dominique Rousseau, notamment : D. Rousseau, « Les évolutions de la Ve République : la place du juge constitutionnel », in *La Ve République, permanence et mutations, Cahiers français* (La documentation française), n° 300, 2001, pp. 39-47.

(...) est appelé, par les textes, et s'appelle de lui-même et de plus en plus, à participer à la gestion des carrières du siège et du parquet (...) »¹⁹⁰⁶. Il faut, du reste, encore signaler que par une décision du 22 juillet 1980 « Validations d'actes administratifs », le Conseil constitutionnel a consacré l'indépendance des juridictions. Au terme de cette décision, « il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution pour l'autorité judiciaire et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République pour la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur ni le gouvernement »¹⁹⁰⁷.

623. Malgré les progrès significatifs de l'indépendance – surtout dans le dernier tiers du XXe siècle –, la Ve République n'a, pourtant, pas effacé complètement toutes les traces de la dépendance. Il a été démontré que certaines marques de la dépendance – les pressions directes sur la décision à rendre, les validations législatives *a posteriori* ou l'attribution de décorations étatiques – n'ont, à l'heure actuelle, pas totalement disparu. A propos du cas particulier – mais symptomatique – des décorations, Benoit Garnot écrit : « l'attirance marquée des juges français pour les décorations est toujours bien vivace »¹⁹⁰⁸. Il ajoute que d'ailleurs, « elle fait généralement sourire à l'étranger »¹⁹⁰⁹. La dépendance est incontestablement un stigmate de la justice française et continue – quoique nettement moins fortement que durant les périodes précédentes – à imprégner la magistrature. Cette dépendance se déploie, en particulier, encore aujourd'hui, sur les parquetiers de l'ordre judiciaire : à la différence des magistrats du siège, ils sont placés, en vertu du droit positif, dans une situation de subordination hiérarchique et ne jouissent pas de la garantie de l'inamovibilité. La pression venue des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'a, pour le moment, pas conduit à une mise à niveau de l'indépendance des magistrats du parquet avec ceux du siège¹⁹¹⁰. Si le problème de la dépendance de la justice française peut être analysé au travers de l'examen de la pratique et du droit positif, il peut aussi être apprécié en portant le regard sur les discours des acteurs politiques.

¹⁹⁰⁶ A. Bancaud, *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, p. 449.

¹⁹⁰⁷ CC, 80-119 DC, 22 juillet 1980, Validations d'actes administratifs, *Recueil*, p. 46.

¹⁹⁰⁸ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 255.

¹⁹⁰⁹ *Ibidem*.

¹⁹¹⁰ Pour plus de renseignements sur ce point, voir : *Infra*, n° 685 et s.

Section 2 : L'apologie de la dépendance de la justice dans les discours des acteurs politiques

624. De l'examen des discours des acteurs politiques relatifs à la justice – pour ce qui intéresse, en particulier, la période du XIXe siècle – il ressort que les acteurs politiques font l'apologie de la dépendance de la justice. C'est un fait que, pendant longtemps, la classe politique française est restée attachée à défendre la dépendance : le plus souvent, sans masquer leurs intentions, les acteurs politiques s'en prennent directement et ouvertement à l'indépendance. Les choses sont dites de manière claire. Ces discours de la dépendance méritent toute l'attention de celui qui s'intéresse à la mise à mal de l'indépendance de la justice en France. Ils sont, d'ailleurs, d'autant plus intéressants qu'ils sont en décalage avec les discours dominants des acteurs politiques en Angleterre et en Allemagne au cours de la même période : à la même époque, les hommes politiques anglais et allemands soutiennent, avant tout, l'indépendance de la justice.

625. Cela étant dit, pour ne pas dresser un faux tableau de la réalité, il convient de souligner qu'en France, au XIXe siècle, il est, tout de même, possible de repérer dans les rangs des acteurs politiques quelques individus qui refusent la soumission totale des juges. Estimant que l'image d'une magistrature sans éclat et d'un corps à la disposition du pouvoir doivent être bousculées, ils revendiquent l'indépendance pour la justice. Au Sénat, le baron Lafond de Saint-Mür fait, par exemple, partie de ceux qui prônent pour une progression de la magistrature sur le chemin de l'indépendance. En juillet 1883, à l'occasion des débats autour de la loi du 30 août 1883, il plaide pour l'indépendance, y compris pour *le magistrat administratif*, en ces termes : « *Le magistrat étant appelé parfois à juger le Gouvernement lui-même, il faut que son pouvoir soit absolument indépendant du Gouvernement. Les justiciables seraient livrés pieds et poings liés à son omnipotence si la magistrature n'était pas souveraine dans sa sphère et placée au-dessus du pouvoir exécutif lui-même sur le terrain de la justice* »¹⁹¹¹. Il ajoute également que « *les juges ne sont pas faits pour le Gouvernement, mais pour le justiciable dont les biens, l'honneur et la vie leur sont confiés* »¹⁹¹². Pour garantir l'indépendance du juge, le baron Lafond de Saint-Mür invite, par conséquent, le Sénat à s'opposer à la suspension de l'inamovibilité, qui représente « *la sécurité qu'a par devers lui le*

¹⁹¹¹ Baron Lafond de Saint-Mür, Sénat, séance du jeudi 19 juillet 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 931.

¹⁹¹² *Ibidem*.

juge de n'être pas inquiété dans la possession de son siège »¹⁹¹³. Selon ses propres termes, « *si vous admettiez une seule fois la suspension, la magistrature pourra être réorganisée chaque fois qu'elle aura cessé de représenter les opinions politiques de la majorité. La suspension est une arme à deux tranchants, elle vous permettra de frapper aujourd'hui les anciens magistrats, elle frappera demain les magistrats nouveaux. Vous aurez là fourni un précédent qu'on retournera contre vous, l'inamovibilité avec la suspension est la plus détestable forme de mobilité* »¹⁹¹⁴. Avant Lafond de Saint-Mür, d'autres acteurs politiques ont également défendu l'indépendance du juge. A titre d'illustration, tandis que les royalistes proposent de suspendre l'inamovibilité et réclament la révocation des juges bonapartistes, Pierre-Paul Royer-Collard prend, au contraire, résolument position en faveur de l'inamovibilité du magistrat dans une célèbre intervention à la Chambre des députés datée du 21 novembre 1815. A l'appui de son argumentation, il imagine un dialogue fictif entre un juge et le pouvoir : « *Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge au nom de la société appelle un citoyen à cette éminente fonction, il lui dit : Organe de la loi, soyez impassible comme elle. Toutes les passions frémiront autour de vous ; qu'elles ne troublent jamais votre âme. Si mes propres erreurs, si les influences qui m'assiègent, et dont il m'est si mal aisé de me garantir entièrement, m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à ces commandements ; résistez à mes séductions ; résistez à mes menaces. Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur il ne reste ni une crainte ni une espérance ; soyez impassible comme la loi. – Le citoyen répond : Je ne suis qu'un homme, et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible, je succomberai dans cette lutte inégale (...) Secourez donc ma faiblesse, affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance : promettez que je ne descendrai point du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposez. – Le pouvoir hésite ; (...) Eclairé enfin par l'expérience sur ses véritables intérêts, subjugué par la force toujours croissante des choses, il dit au juge : Vous serez inamovible (...)* »¹⁹¹⁵.

¹⁹¹³ *Ibidem*.

¹⁹¹⁴ *Id.*, p. 932.

¹⁹¹⁵ P-P. Royer-Collard, Chambre des députés, séance du 21 novembre 1815, *Archives parlementaires*, deuxième série, tome 15, pp. 268-269. V. encore, pour un autre exemple, la défense de l'indépendance par le député Théobald de Soland en juin 1882 à la Chambre des députés : « (...) *les magistrats ne sont pas des agents politiques du Gouvernement. Cette prétention est fondée pour les préfets qui sont dans la main du gouvernement, qui exécutent ses volontés, qui n'ont jamais à lutter contre lui, à lui résister. Mais, pour les magistrats, ce serait la dernière des aberrations que de soutenir une pareille théorie. Les magistrats sont les arbitres entre l'Etat et les concitoyens, et si vous choisissez parmi les hommes exclusivement d'un parti, vous organiseriez la justice politique, qui est la pire de toutes, et, à mon sens, le pire des despotismes, et vous vous mettriez en contrariété avec vous-mêmes* ». T. de Soland, Chambre des députés, séance du mardi 6 juin 1882, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 828. Egalement, Alphonse Béranger au Sénat en mars 1881 :

626. Seulement, les extraits précités des débats parlementaires ne sont, en réalité, pas représentatifs de la pensée des acteurs politiques du XIXe siècle. Il faut donc insister sur la thèse selon laquelle défendre l'indépendance de la justice n'est au programme que d'un petit nombre d'hommes politiques durant le XIXe siècle. Dans les débats parlementaires de l'époque, les discours prônant l'indépendance constituent, en fait, des discours *minoritaires*. A l'inverse, *les discours de la dépendance sont dominants* : dans leur grande majorité, après 1789 et jusqu'au moins la fin du XIXe siècle voire encore au début du XXe siècle, les acteurs politiques soutiennent énergiquement la dépendance de la justice. Ils affichent franchement leur volonté de « *maintenir sur l' "Ordre judiciaire" une chape de plomb* »¹⁹¹⁶.

627. En comparaison, les charges *contre* l'indépendance de la magistrature sont, à l'heure actuelle, nettement moins fréquentes dans les discours des acteurs politiques : *désormais, la très large majorité des discours des acteurs politiques relativement à la justice sont des discours de l'indépendance*. Malgré tout, il subsiste, quand même, à l'heure actuelle des discours faisant l'apologie de la dépendance. Aujourd'hui encore, un petit nombre d'acteurs politiques continue à défendre l'image d'une justice subordonnée. Moins tranchés que par le passé, ces discours actuels de la dépendance sont, en général, plus subtils. A n'en pas douter, il est, à présent, de bon ton d'afficher un soutien – au moins de façade – à l'indépendance. Finalement, il existe, par conséquent, une différence entre les discours des acteurs politiques dans le passé – qui sont des plaidoyers francs de la dépendance – (§1) et les discours des acteurs politiques à l'heure actuelle – qui sont des discours plus mesurés de la dépendance (§2). Le moment du basculement entre les plaidoyers francs et les discours plus mesurés de la dépendance est difficile à déterminer avec précision, car le renversement s'est produit de manière progressive : il se situe, sans doute, vers la fin du XIXe siècle, voire le début du XXe siècle.

« *Il faut des juges pour faire respecter la liberté et les lois, et il faut que l'on ait foi dans l'indépendance des juges. Où serait la sécurité du citoyen blessé dans ses droits si le juge dépendait du pouvoir qui l'opprime ? Où serait même celle du faible et du pauvre, si le juge, toujours exposé aux caprices d'un ministre, avait à compter avec les rancunes des puissants ou l'influence des partis* ». Cité dans : J-J. Clère, « Malheurs et malaises de la magistrature française au début de la IIIe République (1870-1914) », in *Le bonheur est une idée neuve : hommage à Jean Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 2000, p. 80.

¹⁹¹⁶ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 60.

§1. Dans le passé : des plaidoyers francs de la dépendance de la justice

628. D'une manière générale, il apparaît que la thématique de la justice constitue un des centres d'intérêt majeur des acteurs politiques entre 1789 et le début du XXe siècle. Pour ce qui concerne, plus précisément, la période comprise entre 1870 et 1908, Jean-Pierre Royer estime qu'« *on ne compte pas moins de soixante projets ou propositions de lois touchant à la magistrature* »¹⁹¹⁷. 1789-1790, 1848, 1879 ou 1882-1883 sont, notamment, quelques-unes des dates clefs pour les débats parlementaires sur la justice. A l'intérieur de la thématique « justice », plusieurs questions retiennent, en particulier, l'attention des acteurs politiques au sein des Assemblées. Ce sont, par exemple, pêle-mêle celles du mode de nomination des juges (les juges doivent-ils être nommés par le pouvoir exécutif ou élus par le peuple ?), du jury populaire (la compétence du jury doit-elle être limitée à la matière correctionnelle, voire criminelle ou doit-elle être étendue à la matière civile ?), de l'inamovibilité, du ministère public, du déroulement des carrières (y inclus, la durée du mandat des juges, l'avancement ou la retraite des juges), de la discipline ou de la réduction du nombre des juridictions. Ces différents sujets touchent à l'indépendance/la dépendance de la justice et donnent à la majorité des députés, sénateurs et ministres l'occasion de s'ériger à la tribune en partisans farouches de la dépendance. Les propos tenus en juillet 1883 par le rapporteur Etienne Tenaille-Saligny au Sénat sont, à cet égard symptomatiques. Il explique que « *du jour où vous aurez des magistrats qui vous diront que le Gouvernement ne peut rien contre eux, qu'ils peuvent faire ce qu'ils veulent, à la condition de ne pas commettre de délits, eh bien ! messieurs, le peuple ne croira pas à la force et à l'existence d'un Gouvernement capable de supporter de pareilles atteintes à sa dignité* »¹⁹¹⁸. Tenaille-Saligny indique également : « *Mais on me dira : le Gouvernement va se servir de la faculté que vous lui donnez pour éliminer ses adversaires politiques. Oh ! quant à cela, je crois que c'est très probable, que c'est même absolument certain, et j'ajouterai que je ne saurais que l'en féliciter car, véritablement, je n'ai jamais vu qu'à aucune époque on ait demandé à un Gouvernement de conserver dans des fonctions publiques ses adversaires, ses ennemis, ses ennemis acharnés, lorsqu'il a un moyen légal de les en écarter* »¹⁹¹⁹. Citons encore Jules Ferry, président du Conseil et ministre de

¹⁹¹⁷ J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 513. Sur la période 1870-1914, consulter : J-J. Clère, « Malheurs et malaises de la magistrature française au début de la IIIe République (1870-1914) », in *Le bonheur est une idée neuve : hommage à Jean Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 2000, pp. 65-108.

¹⁹¹⁸ E. Tenaille-Saligny (rapporteur), Sénat, séance du jeudi 19 juillet 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 938. (Nous soulignons).

¹⁹¹⁹ *Id.*, p. 937.

l'instruction publique, qui déclare au Sénat en 1883 : « *Nous demandons des magistrats respectueux des institutions républicaines, (...) [non] une magistrature de combat (...)* »¹⁹²⁰.

629. Au soutien de leurs attaques brutales contre l'indépendance de la justice, pour justifier, par exemple, les épurations judiciaires, l'installation de tribunaux d'exceptions ou la subordination hiérarchique des magistrats du parquet, les acteurs politiques fournissent, naturellement, des arguments. Les développements ci-après ont pour objet de donner *un aperçu de quelques uns de ces arguments*. Le travail de fouille s'est effectué, pour l'essentiel, dans la masse hétérogène de plusieurs des grands débats parlementaires relatifs à la justice, mais aussi dans quelques textes, y inclus les circulaires officielles. Un pareil travail de recherche permet de reconstituer et de mettre au jour, avant tout, quatre fondements récurrents de la dépendance développés par les acteurs politiques. « Le souvenir d'une mauvaise justice » (A) et « la rupture avec le régime précédent » (B) sont deux des justifications auxquelles les acteurs politiques font souvent référence. Il faut y ajouter « l'incompatibilité avec les principes républicains » (C) et « l'intérêt public » (D).

A. Premier fondement : le souvenir d'une mauvaise justice

630. Avant d'examiner « le souvenir d'une mauvaise justice » *en tant que fondement* des discours de la dépendance, il convient de faire *une précision et une remarque*. La précision concerne la mauvaise justice ici visée : la justice en question désigne celle des Parlements de l'Ancien régime, avant la césure constitutionnelle de 1789, eux « *qui prétendaient alors être, comme était le Parlement anglais, les représentants de la Nation* »¹⁹²¹. La mauvaise justice renvoie, en fait, à toute la doctrine et la pratique de l'ancienne magistrature, pour qui la volonté du roi devait être vérifiée et autorisée par ses cours supérieures¹⁹²².

631. La remarque a trait à la place du discours sur le souvenir d'une mauvaise justice dans la pensée des constituants de 1790 : le souvenir d'une mauvaise justice inonde les discussions des révolutionnaires, qui ambitionne de refonder totalement la justice. Il suffit, pour s'en convaincre, de citer quelques extraits des débats parlementaires. Faisant directement référence au spectre des Parlements, Jacques-Guillaume Thouret, avocat à Rouen, s'exprime, le 24 mars

¹⁹²⁰ J. Ferry (président du conseil), Sénat, séance du samedi 28 juillet 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 1117.

¹⁹²¹ J. Foyer, « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, p. 19.

¹⁹²² V. sur ce point les explications fournies ci-avant : *Supra*, n° 577.

1790, en ces termes : « (...) il n'y a pas de corps dont l'esprit et la hardiesse soient plus à craindre que ces corporations judiciaires qui ont érigé en principes tous les systèmes favorables à leur domination, qui ne pardonneront pas à la nation elle-même de reprendre sur elles l'autorité dont elles ont joui, et qui ne perdront jamais ni le souvenir de ce qu'elles ont été, ni le désir de recouvrer ce qui leur est ôté »¹⁹²³. Les propos de Thouret peuvent, par exemple, être rapprochés de ceux tenus, lors de la séance du 23 juillet 1790, par Jean Anthelme Brillat-Savarin, lequel renvoie aussi expressément au souvenir d'une mauvaise justice. Il dit : « (...) la mémoire vient à l'aide du raisonnement. Tout le monde sait que la tyrannie des Parlements avait bien moins pris naissance dans la part qu'ils avaient à l'administration que dans leur puissance judiciaire ; et tous ceux qui ont fréquenté les villes où habitaient ces magistrats, savent que leurs regards semblaient dire au citoyen : incline toi profondément, ou crains que je ne sois ton juge ! Examinez, Messieurs, le projet du comité ; voyez si les tribunaux de département ne sont pas les Parlements travestis ; soyez bien certains que la même attribution de pouvoir entraînerait les mêmes abus, et craignons de conserver la chose, après avoir proscrit le mot »¹⁹²⁴.

632. Tandis que les anciens Parlements sont entièrement détruits en 1790, leur liquidation n'entraîne, pourtant, pas la disparition du discours autour du souvenir d'une mauvaise justice. Bien au contraire, jusqu'à la fin du XIXe siècle, le souvenir des excès des Parlements ressurgit, fréquemment, dans les débats parlementaires. Plus encore et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, le souvenir d'une mauvaise justice est, régulièrement, employé comme argument justifiant l'asservissement de la justice. Il est, notamment, spécifiquement utilisé pour fonder *la suppression temporaire de l'inamovibilité*. C'est ce qui ressort nettement à la lecture du discours tranché prononcé par Armand Rivière à la Chambre

¹⁹²³ J-G. Thouret, Assemblée nationale, séance du mercredi 24 mars 1790, *Archives parlementaires*, première série, tome 12, p. 345. A la différence de Thouret, Cazalès défend un point de vue singulier à l'Assemblée. Il cherche à convaincre, lors de la séance du mercredi 24 mars 1790, de ce que les Parlements ne sont pas les ennemis du nouveau régime. Il réfute l'idée de Parlements tout-puissants ayant abusé de leur pouvoir : « On vous propose de détruire l'ordre judiciaire qui existe, pour y substituer un ordre de choses tout nouveau ; on vous propose de détruire ces corps antiques qui, liés au berceau de la troisième race, ont, depuis cents ans, mérité, par leurs lumières et par leurs vertus, l'amour et la vénération des peuples ; qui, fidèles organes de la loi, ont les premiers fait respecter les lois qui ont détruit cette odieuse aristocratie sous laquelle gémissait le royaume, cette aristocratie qui n'existait plus quand on en a méchamment rappelé le nom, pour égarer et épouvanter les peuples. Je ne vous rappellerai pas que c'est au généreux patriotisme des parlements que vous devez les Etats généraux, et conséquemment l'Assemblée nationale. (...) Je vous laisse à examiner, Messieurs, si l'on n'a pas exagéré les torts des parlements, si ce n'est pas une vue étroite de les regarder comme les ennemis de la constitution ». Cazalès, Assemblée nationale, séance du mercredi 24 mars 1790, *Archives parlementaires*, première série, tome 12, p. 348.

¹⁹²⁴ J. A. Brillat-Savarin, Assemblée nationale, séance du mercredi 23 juillet 1790, *Archives parlementaires*, première série, tome 17, p. 306.

des députés le 30 mai 1882 : « (...) il y a une chose urgente, absolument nécessaire, qui s'impose : la suppression de l'inamovibilité. Nous sommes, si je ne me trompe, dans une situation qui ne manque pas d'analogie avec celle dans laquelle se trouvait la constituante de 1789. La constituante de 1789 était en face de parlements hostiles à toutes les idées, à toutes les institutions nouvelles. Il suffit de parcourir les annales parlementaires de cette époque pour voir de quelle façon agissait la chambre des vacations de Rennes, par exemple, qui refusait d'enregistrer les décrets de l'Assemblée nationale ; la chambre des vacations de Bordeaux, qui faisait des injonctions aux municipalités. Et le député d'Annonay, M. de Saint-Martin, venait dénoncer ces grands corps appelés des parlements comme anti-révolutionnaires et employant toutes sortes de moyens pour s'opposer à l'exécution des décrets. Est-ce que nous n'avons pas vu, nous aussi, récemment, la magistrature s'opposer à l'exécution des décrets ? Vous voyez l'analogie. Nous nous trouvons, nous, non pas en face de ces parlements, mais d'une magistrature dérivée des parlements »¹⁹²⁵.

633. En creux de ce discours se dessine, en fait, la peur de voir émerger un troisième pouvoir. C'est la crainte – pour utiliser une expression anachronique qui ne sera introduite en France qu'en 1921 par Edouard Lambert – d'un « gouvernement des juges »¹⁹²⁶. Une pareille menace d'une magistrature qui puisse « se constituer en un troisième pouvoir, usurpant sur le pouvoir exécutif »¹⁹²⁷ est, d'ailleurs, encore mise en avant à la Chambre des députés, lors d'une séance datée du 17 novembre 1880. Elle est aussi clairement articulée le 25 janvier 1883 par Pierre Waldeck-Rousseau, lequel s'élève contre la création « à côté du pouvoir législatif (...) [ou] à côté du pouvoir exécutif, (...) [d'] un instrument dont on ne pourrait même pas calculer la force et qui serait un instrument de conflit s'il n'était un instrument de domination »¹⁹²⁸.

¹⁹²⁵ A. Rivière, Chambre des députés, séance du mardi 30 mai 1882, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 744.

¹⁹²⁶ Sur le gouvernement des juges, consulter : S. Brondel, N. Foulquier, L. Heuschling (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p.

¹⁹²⁷ Extrait de la séance du 17 novembre 1880 cité dans : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 683.

¹⁹²⁸ P. Waldeck-Rousseau, Chambre des députés, séance du jeudi 25 janvier 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 142. V. dans la même lignée : F. Martin-Feuillé, Chambre des députés, séance du mardi 30 mai 1882, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 748.

« Le souvenir d'une mauvaise justice » n'est pas le seul fondement justificatif auquel les acteurs politiques font référence. Les acteurs politiques soutiennent aussi la dépendance de la justice au moyen de l'argument « rupture avec le régime précédent ».

B. Deuxième fondement : la rupture avec le régime précédent

634. Pour les partisans du nouveau régime en place, le régime précédent est associé aux opposants politiques : il est, par essence, néfaste. A tout prix, il convient donc de liquider ce qui relève du régime précédent. Il faut réagir *contre* le régime précédent. C'est, ainsi, en invoquant la nécessité de rompre avec le régime précédent que les acteurs politiques expliquent l'installation d'un tribunal d'exception par le décret du 17 août 1792¹⁹²⁹. Afin de légitimer la formation d'un tribunal extraordinaire destiné à juger principalement les crimes commis dans la journée du 10 août 1792, Robespierre montre que les juridictions de droit commun incarnent le régime précédent. Il exhorte les révolutionnaires à se « débarrasser des autorités constituées en qui nous n'avons point confiance, à effacer ce double degré de juridiction qui en établissant les lenteurs assure l'impunité »¹⁹³⁰. Pour Robespierre, la césure avec le régime précédent n'est possible qu'à la seule condition d'installer « de nouveaux juges au peuple créés pour les circonstances : car si vous redonnez les juges anciens, vous rétablirez des juges prévaricateurs, et nous rentrerions dans ce chaos qui a failli perdre la nation. (...) nous demandons que les coupables soient jugés par des commissaires pris dans chaque section qui décideront souverainement et en dernier ressort »¹⁹³¹.

635. La justification de la rupture avec le régime précédent ne sert pas seulement à défendre fermement la mise en place des tribunaux d'exception. Elle sert, avant tout, à excuser les *épurations judiciaires*. Le lien entre la rupture avec le régime précédent et les épurations judiciaires est établi, sans détour, dans le discours ferme prononcé par Léon Gambetta à Romans (Drôme) le 18 septembre 1878 : « *Quand un corps tout entier est légué par un gouvernement rival, par un gouvernement qui est tombé dans le mépris public ou qui a glissé dans la honte et la boue, par un gouvernement reconnu criminel et corrompu, il n'est pas acceptable, il n'est pas juste qu'un gouvernement sorti de la souveraineté nationale ne puisse pas examiner ce corps et le soumettre à une nouvelle investiture. Ce serait contraire au bon*

¹⁹²⁹ Pour de plus amples renseignements sur ce tribunal d'exception, voir : *Supra*, n° 585.

¹⁹³⁰ Robespierre, Assemblée nationale, séance du mercredi 15 août 1792 (au matin), *Archives parlementaires*, première série, tome 48, p. 181. (Nous soulignons).

¹⁹³¹ *Ibidem*. (Nous soulignons).

sens de laisser un principe d'hostilité contre le gouvernement établi dans le fondement même de l'institution en question »¹⁹³². Déjà, avant Gambetta, le 7 août 1830, François Mauguin s'était également appuyé sur l'argument de la rupture avec le régime précédent pour alléguer la nécessité d'épurer le personnel judiciaire hostile. Il déclarait : « *Il y a quinze jours, vous étiez sous le principe de la légitimité du droit divin. Combien votre position est changée ! Que devez-vous faire ? Vous devez tout organiser en partant du principe de la souveraineté nationale, et dans l'intérêt même de ce que vous faites, vous devez partout lui chercher des appuis. Quand vous placez ce principe à la sommité nationale, laisserez-vous des ennemis secrets qui ne chercheront qu'à vous entraver, qu'à vous opposer des résistances qui peuvent être dangereuses ? Pensez-vous que les corps constitués sous l'empire du droit divin et de la congrégation vont vous aider à soutenir le principe de la souveraineté nationale ? Ce serait ne pas connaître les hommes* »¹⁹³³.

636. Les régimes successifs vont pratiquement tous user du fondement de la rupture avec le régime précédent pour faire accepter les renouvellements brutaux du personnel judiciaire. C'est, du reste, aussi ce même argument qui est utilisé par Charles X (1757-1836) à la mort de son frère et qui le conduit à adresser à toutes les cours de justice installées par son prédécesseur une *confirmation*. Finalement, la récurrence du recours au fondement participe, plus globalement, « *à la construction d'une théorie générale de l'inamovibilité* »¹⁹³⁴, au terme de laquelle durant le XIXe siècle, « *il est désormais bien clair que l'inamovibilité s'use avec le temps, qu'elle s'épuise en même temps qu'un roi expire, qu'elle ne dure que ce que dure un régime et qu'elle ne lie point le suivant* »¹⁹³⁵. A cet égard, un rapprochement peut aussi être fait entre cette théorie générale de l'inamovibilité qui dure en France tout le XIXe siècle et les limites dans l'application en Angleterre de la règle de l'inamovibilité jusqu'à 1760. Déjà, il a été vu qu'en Angleterre, jusqu'à l'adoption de la loi de 1760 intitulée loi sur les commissions et les salaires des juges, les juges ne jouissaient de l'inamovibilité que par rapport au roi qui les avait nommés. A la faveur d'une association entre le corps naturel et le corps politique du roi, les juges devenaient amovibles à la mort du monarque¹⁹³⁶.

¹⁹³² L. Gambetta, discours prononcé à Romans (Drôme) le 18 septembre 1878. Le discours est disponible en ligne sur gallica : <http://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5467905z/f4.image.r=légué> (date de consultation : 24/11/15).

¹⁹³³ F. Mauguin, Chambre des députés, séance du samedi 7 août 1830, *Archives parlementaires*, deuxième série, tome 63, p. 78.

¹⁹³⁴ J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 651.

¹⁹³⁵ *Ibidem*.

¹⁹³⁶ Voir: *Supra*, dans la partie sur Angleterre, n° 303 et s.

637. A titre conclusif, il convient de signaler que pour renforcer leurs argumentaires, les acteurs politiques français se placent également, à la fin du XIXe siècle, sous l'autorité de la pratique. Ils renvoient, non seulement au fondement rupture avec le régime précédent, mais en plus, aux précédents aux cours du XIXe siècle. Léon Gambetta énonce, ainsi, qu' « *il n'y a pas de gouvernement, quel qu'il soit – et, pour le moment je ne les juge pas, – qui n'ait pas senti la profonde nécessité de cette doctrine. Il n'y en a pas qui, en s'installant, n'ait remanié et investi à nouveau la magistrature* »¹⁹³⁷. Dans la lignée de Léon Gambetta, Félix Martin-Feuillé fait également référence aux exemples du passé pour défendre résolument la réorganisation du personnel judiciaire. Il martèle : « *tous les gouvernements qui se sont succédés depuis le commencement du siècle ont, d'une façon ou de l'autre, sous une forme ou sous une autre, touché à l'inamovibilité, et donné à la magistrature une nouvelle investiture. Tous, à l'exception de la République de 1848, et l'on peut ajouter que la magistrature ne semble pas lui en avoir été reconnaissante, car on se rappelle avec quelle facilité, avec quel enthousiasme fut acceptée la violation des lois par ceux qui cependant avaient pour mission toute spéciale de les défendre. Je crois donc, messieurs, que la République a bien le droit, à son tour, de déclarer qu'elle ne conservera pas dans les rangs de la magistrature ceux qui affectent de montrer leur hostilité dans les institutions que le pays s'est données* »¹⁹³⁸.

638. Défendre la dépendance de la justice peut se faire en affichant la nécessité politique de rompre avec le régime précédent. Une autre possibilité pour les acteurs politiques qui veulent légitimer la tutelle de la magistrature est d'objecter l'incompatibilité de la garantie de l'inamovibilité avec les principes républicains.

C. Troisième fondement : l'incompatibilité avec les principes républicains

639. « *Le gouvernement provisoire décrète : Le principe de l'inamovibilité de la magistrature, incompatible avec le gouvernement républicain, a disparu avec la Charte de 1830. Provisoirement, et jusqu'au jour où l'Assemblée nationale prononcera sur l'organisation judiciaire, la suspension ou la révocation des magistrats peut être prononcée par le ministre de la justice, délégué du gouvernement provisoire, comme mesure d'intérêt public. La suspension ou la révocation des magistrats de la Cour des comptes, peut être*

¹⁹³⁷ L. Gambetta, discours prononcé à Romans (Drôme) le 18 septembre 1878.

¹⁹³⁸ F. Martin-Feuillé, Chambre des députés, séance du mardi 30 mai 1882, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 748.

prononcée par le ministre des finances, délégué du gouvernement provisoire, comme mesure d'intérêt public »¹⁹³⁹. Ces mots sont ceux du décret des 17 et 18 avril 1848, adopté par le Gouvernement provisoire, au lendemain de la proclamation de la Seconde République, le 2 mars 1848¹⁹⁴⁰. Ce qui doit, en particulier, retenir notre attention, ici,¹⁹⁴¹ est l'inscription d'une contradiction entre la garantie de l'inamovibilité et les principes directeurs du nouveau régime en place, à savoir le régime républicain¹⁹⁴². C'est cette contradiction qui fonde l'organisation *des épurations* : ainsi, en application des dispositions du décret des 17 et 18 avril 1848, dans le même numéro du *Moniteur* (n° 109), paraît aussi la suspension des quatre premiers présidents de Cour d'appel et du premier président de la Cour des comptes. Il faut, du reste, souligner que dans les termes même du décret, aucune précision n'est fournie sur ceux des principes du gouvernement républicain qui s'opposent à la garantie de l'inamovibilité.

640. Ce sont après 1848, d'autres républicains, ceux de 1883, qui vont expliquer plus en détails dans quelle mesure la garantie de l'inamovibilité est incompatible avec le régime républicain. Leur raisonnement peut être brièvement résumé de cette manière : l'inamovibilité implique la détention permanente de l'office judiciaire. Elle présuppose l'irresponsabilité. Or, *la responsabilité* est au fondement de la République. A partir de là, l'inamovibilité est donc incompatible avec le régime républicain. Lors de la séance du 20 janvier 1883, le rapporteur du projet et des propositions relatifs à la réforme de l'organisation judiciaire, Charles Lepère, conduit précisément cette démonstration afin de justifier l'épuration judiciaire. De manière déterminée, il affirme : « *Suppression de l'inamovibilité, car, en République, on ne connaît point, on ne doit point connaître le principe de l'inamovibilité ; en République, il n'y a point de fonctions inamovibles. En République, quel est donc le principe qui s'applique à tous ceux qui sont investis de fonctions publiques ? C'est le principe de la responsabilité, et avec l'inamovibilité, vous le savez bien, pas de responsabilité* »¹⁹⁴³. Dans le cadre de la séance du 28 mai 1883, Camille Pelletan développe les mêmes idées à l'aide de questions rhétoriques : « *La grave question est celle qui touche à l'inamovibilité. Je n'ai aucune admiration pour*

¹⁹³⁹ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil-d'Etat*, t. 48, Paris, Charles Noblet, 1848, pp. 142-143. (Nous soulignons).

¹⁹⁴⁰ La Constitution de la IIe République est adoptée le 4 novembre 1848.

¹⁹⁴¹ Un autre fondement justificatif « l'intérêt public » apparaît dans les termes du décret des 17 et 18 avril 1848. Cf. dans le décret les références à deux reprises à une « *mesure d'intérêt public* ». Ce fondement fera l'objet de développements ci-après.

¹⁹⁴² V. déjà sur ce point : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 661 ; p. 688.

¹⁹⁴³ E. C. P. Lepère (rapporteur), Chambre des députés, séance du mardi 20 janvier 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 85.

cette prétendue garantie. Qu'est-ce, en fait, que l'inamovibilité ? C'est évidemment le synonyme ou le pseudonyme de l'irresponsabilité. Et quelle garantie cherche-t-on, à tous les degrés, dans une société démocratique ? C'est que les pouvoirs issus de la nation soient responsables devant la nation, et c'est une anomalie absolue, dans une législation démocratique, qu'un pouvoir irresponsable, et principalement le pouvoir qui a dans ses mains l'honneur, la fortune et la liberté des citoyens »¹⁹⁴⁴.

641. Les propos de Charles Lepère et de Camille Pelletan permettent, plus particulièrement, de comprendre que la responsabilité dont il est question est, non pas la responsabilité civile, pénale ou disciplinaire des juges, mais plutôt leur responsabilité devant un corps politique, en l'occurrence l'organe législatif, qui est investi de la conduite des affaires publiques par la Nation : c'est parce que l'inamovibilité induit l'absence de droit de regard du Parlement sur l'activité des juges qu'elle pose problème en République. Sous le régime républicain de la III^e République qui est réputé lié à la responsabilité devant la Nation, il est problématique, voire choquant, que le Parlement ne puisse pas agir pour révoquer les juges qui n'ont pas respecté la volonté souveraine.

642. Les développements sur ce troisième fondement de la dépendance appelle un dernier commentaire : si les principes républicains ont été brandis au soutien des épurations judiciaires, ils ont aussi été mis en avant pour défendre, au cours du XIX^e siècle, le choix comme mode de désignation des juges du procédé de l'élection par le peuple, plutôt que la nomination par le pouvoir exécutif. A la tribune, les adeptes du recrutement électif défendent alors la logique suivante : étant donné que la République est fondée sur le principe de la souveraineté nationale, elle ne peut se concilier qu'avec l'élection des juges. Gaston Gerville-Réache est au nombre de ceux qui souscrivent à cette conclusion. A la Chambre des députés, le 8 juin 1882, il explique : « *le principe de l'élection des magistrats [est] le seul qui soit conforme aux principes d'un pays libre, d'une démocratie, le seul qui convienne à la République* »¹⁹⁴⁵. Dans le même sens que Gerville-Réache, le 20 janvier 1883, Charles Lepère observe également : « *Eh bien, messieurs, là encore, vous avez émis un vote essentiellement républicain, un vote essentiellement démocratique. Car du principe de la souveraineté du peuple ne faut-il pas conclure que, dans un gouvernement démocratiquement constitué, le*

¹⁹⁴⁴ C. Pelletan, Chambre des députés, séance du lundi 28 mai 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, pp. 1091-1092.

¹⁹⁴⁵ G. Gerville-Réache, Chambre des députés, séance du jeudi 8 juin 1882, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 840.

*peuple souverain doit, autant que possible, exercer directement sa souveraineté et que partout où il n'est pas nécessaire que cette souveraineté soit déléguée, le principe veut qu'elle soit exercée directement ? »*¹⁹⁴⁶

643. A présent que l'argument « incompatibilité avec les principes républicains » a été analysé, il faut approfondir le fondement justificatif de « l'intérêt public », auquel les acteurs politiques font également appel à l'appui de la dépendance.

D. Quatrième fondement : l'intérêt public

644. D'emblée, le fondement de l'intérêt public apparaît à la fois vague et large. Son caractère indéterminé permet au pouvoir en place d'être l'arbitre de ce qu'est l'intérêt public. Utilisé par les acteurs politiques pour relayer leurs discours francs sur la dépendance, l'intérêt public semble, à l'époque, associé aux réflexes de défense du régime, autrement dit de protection du régime face aux menaces. Déjà, il a été constaté que c'est le concept flou d'intérêt public qui est – en plus de l'incompatibilité avec les principes républicains – avancé pour légitimer *la suppression de l'inamovibilité* dans le décret des 17 et 18 avril 1848. Pour rappel, le dit décret prévoit que « *la suspension ou la révocation des magistrats peut être prononcée par le ministre de la justice, délégué du gouvernement provisoire, comme mesure d'intérêt public* »¹⁹⁴⁷.

645. Non seulement l'intérêt public est mobilisé pour absoudre les épurations judiciaires, mais il l'est aussi pour fonder *la tutelle de l'exécutif sur le parquet*. Tandis que la généralisation de l'inamovibilité est proposée pour les magistrats du ministère public, Dupin aîné oppose, lors de la séance du 18 octobre 1848, la poursuite de l'intérêt public pour que le gouvernement conserve son contrôle sur le parquet. Il assure avec fermeté que « *dans l'intérêt public, on a toujours tenu pour maxime que le gouvernement devait être libre dans le choix des agents du ministère public, qui sont les représentants de l'action du gouvernement* »¹⁹⁴⁸.

¹⁹⁴⁶ E. C. P. Lepère (rapporteur), Chambre des députés, séance du mardi 20 janvier 1883, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 85.

¹⁹⁴⁷ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Règlements et Avis du Conseil-d'Etat*, t. 48, Paris, Charles Noblet, 1848, p. 143

¹⁹⁴⁸ Cité dans : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, p. 505. Pour établir le maintien de la subordination du parquet à l'exécutif, Dupin aîné fait également référence – en plus de l'intérêt public – à une certaine tradition historique. Il dit : « *on a toujours tenu pour maxime* ».

646. Plutôt que le concept d'intérêt public, ce sont, parfois, les notions connexes de « salut public » ou d' « utilité publique » qui sont invoquées en renfort des discours de la dépendance. Par exemple, dans une circulaire datée du 12 mars 1848 adressée par le ministre de l'Intérieur, Alexandre Ledru-Rollin, aux commissaires de la République et destinée à renforcer la surveillance sur la magistrature¹⁹⁴⁹, le concept de salut public apparaît expressément. Après avoir déterminé le cadre général de leur mission – « *vous devrez faire ce que les circonstances exigent pour le salut public* »¹⁹⁵⁰, Ledru-Rollin enjoint aux commissaires du gouvernement de contrôler plus scrupuleusement les magistrats du parquet et ceux du siège. Il écrit : « *Vous exigerez des parquets un concours dévoué* » et ajoute encore « *quant à la magistrature inamovible, vous la surveillerez, et, si quelqu'un de ses membres se montrait publiquement hostile, vous pourriez user du droit de suspension que vous confère votre autorité souveraine* »¹⁹⁵¹. Autre illustration : le garde des Sceaux, Gustave Humbert, invoque, sans ambiguïté, une exigence d'utilité publique pour expliquer *la suppression de l'inamovibilité* le 8 juin 1882 à la Chambre des députés. Il dit : « *J'admets que pendant trois mois le Gouvernement pourra mettre à la retraite les magistrats actuellement en fonctions. (...) Messieurs, c'est une dérogation regrettable, je le reconnais, mais elle est légitime lorsqu'elle est amenée par des nécessités sociales et politiques. (...) Quelle est la nature du principe de l'inamovibilité ? Ce n'est pas un dogme ; (...) quand il s'agit de réforme sociale et politique, il y a un principe qui doit céder, comme tant d'autres, comme le principe de la propriété, devant une exigence d'utilité publique* »¹⁹⁵².

647. Notons encore qu'à certaines occasions, le concept d'intérêt public s'efface derrière les concepts de « sûreté / tranquillité publiques ». Ce sont ces concepts directement liés à la police qui sont agités par Boulay, lors de la séance du 27 janvier 1801 au Corps législatif, pour justifier *la tutelle de l'exécutif sur les membres du ministère public*. L'orateur du gouvernement s'exprime en ces termes : « *Ou le Gouvernement n'est rien, ou il est chargé de maintenir la sûreté et la tranquillité publiques. Comme il ne peut être partout, il faut bien*

¹⁹⁴⁹ Circulaire du 12 mars 1848 du ministre de l'intérieur, Ledru-Rollin aux Commissaires du Gouvernement, in *Bulletin officiel du Ministre de l'intérieur*, n° 3 et 4, Paris, Dupont, 1848, pp. 85 et s. V. déjà sur ce point : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 659-660.

¹⁹⁵⁰ Cf. §1. de la circulaire dont le titre est « *quels sont vos pouvoirs ?* ». *Id.*, p. 86.

¹⁹⁵¹ Cf. §3. de la circulaire dont le titre est « *vos rapports avec la magistrature* ». *Id.*, p. 87.

¹⁹⁵² G. Humbert, Chambre des députés, séance du jeudi 8 juin 1882, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 839.

*qu'il emploie des agents, et que ces agents dépendent de lui pour qu'ils agissent, d'après son impulsion, dans le sens des devoirs qui lui sont imposés par la Constitution de l'Etat »*¹⁹⁵³.

648. L'examen des fondements justificatifs (le souvenir d'une mauvaise justice, la rupture avec le régime précédent, l'incompatibilité avec les principes républicains et l'intérêt public) mobilisés, dans le passé, par les acteurs politiques au soutien de la dépendance révèle une majorité de discours tranchés et sans ambage de la dépendance. A l'heure actuelle, il faut convenir, d'abord, que les discours de la dépendance sont plus rares : il y a eu un renversement de l'équilibre en faveur des discours de l'indépendance, qui sont désormais majoritaires. Il faut souligner, ensuite, que les discours actuels de la dépendance, qui demeurent, sont moins francs. C'est ce caractère « mesuré » des discours actuels de la dépendance qui retiendra particulièrement notre attention dans les développements ci-après.

§2. A l'heure actuelle : des discours plus mesurés de la dépendance de la justice

649. D'une manière générale, c'est, à présent, *au moyen de détours* que les acteurs politiques soutiennent la dépendance ou s'opposent à des réformes destinées à accroître l'indépendance. La raison en est simple : la défense ouverte de la dépendance de la justice est devenue politiquement incorrecte. *A contrario*, l'indépendance de la justice s'est imposée comme un leitmotiv des discussions sur la justice. Parler en faveur de l'indépendance est, dorénavant, un « thème électoral porteur »¹⁹⁵⁴ qui « donne incontestablement une valeur ajoutée à la politique proposée »¹⁹⁵⁵. Pour preuve, de manière quasi-systématique, les candidats à la présidence de la République déclarent vouloir protéger, voire renforcer l'indépendance des juges¹⁹⁵⁶. Ajouté à cela, les grandes réformes de la justice sont, désormais, souvent placées

¹⁹⁵³ Boulay, Corps législatif, séance du 7 pluviôse an IX (27 janvier 1801), *Archives parlementaires*, deuxième série, tome 2, p. 214. Voir dans la même lignée : Thiessé, Corps législatif, séance du 7 pluviôse an IX (27 janvier 1801), *Archives parlementaires*, deuxième série, tome 2, p. 213.

¹⁹⁵⁴ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 423.

¹⁹⁵⁵ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 423.

¹⁹⁵⁶ Voir dans le projet présidentiel de 2012 du candidat Nicolas Sarkozy l'engagement de campagne n° 2 : « *Je veillerai rigoureusement à l'indépendance de la justice, notamment en lui donnant les moyens nécessaires à sa mission* ». Disponible en ligne : <https://perso.limsi.fr/poinal/media/divers:monprojet.pdf> (date de consultation: 24/11/15). Voir dans le projet présidentiel de 2012 du candidat François Hollande l'engagement de campagne n° 53 : « *Je garantirai l'indépendance de la justice et de tous les magistrats : les règles de nomination et de déroulement de carrière seront revues à cet effet ; je réformerai le Conseil supérieur de la magistrature.*

sous la bannière du renforcement de l'indépendance. Le label « indépendance de la justice » fournit, sans conteste, des arguments de légitimation aux réformes proposées.

650. Dans ce contexte qui a tendance à placer l'indépendance du juge au centre des discours politiques, peu nombreux sont ceux qui se risquent encore à énoncer des discours francs de la dépendance. Des déclarations comme celles d'Henri Plagnol – alors député UDF (centre droit) et opposant à la réforme constitutionnelle d'Elisabeth Guigou – reproduite dans le journal *Le Figaro* du 3 novembre 1997 – « *en retirant au ministre le pouvoir de nomination et celui de donner des instructions individuelles, on supprime les moyens de pression sur les magistrats* »¹⁹⁵⁷ – sont assez exceptionnelles¹⁹⁵⁸. En fait, les acteurs politiques sont conscients que de pareilles prises de position sont susceptibles de générer une levée de boucliers des syndicats de la magistrature, lesquels sont devenus particulièrement puissants¹⁹⁵⁹. Signalons, tout de même, que les acteurs politiques, qui persistent à produire des plaidoyers francs de la dépendance, font, parfois, appel à des fondements qui étaient récurrents dans le passé. Le fondement du souvenir d'une mauvaise justice a déjà été examiné, parce qu'il servait à justifier les discours francs de la dépendance formulés au XIXe siècle. Aussi surprenant que cela puisse paraître, nous avons constaté que cet argument est toujours utilisé, à l'heure actuelle, par les quelques acteurs politiques, qui relaient des discours tranchés de la dépendance, et cela plus de deux siècles après la liquidation des Parlements de l'Ancien Régime¹⁹⁶⁰. Par exemple, encore au début de l'année 2000, le même Henri Plagnol explique « (...) *s'il advenait que le pouvoir judiciaire, devenu pleinement indépendant, ne soit plus responsable de ses actes devant personne. Par un paradoxe savoureux, c'est la gauche*

J'interdirai les interventions du gouvernement dans les dossiers individuels ». Disponible en ligne <http://www.parti-socialiste.fr/dossier/le-projet-de-francois-hollande> (date de consultation: 24/11/15)

¹⁹⁵⁷ Déjà cité dans : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, p. 228. (Nous soulignons).

¹⁹⁵⁸ A titre d'illustration, il convient de signaler un autre plaidoyer franc de la dépendance très récemment énoncé par un sénateur. Au détour d'une longue intervention au Sénat lors de la séance du mercredi 3 juillet 2013 (discussion d'un projet de loi constitutionnelle et d'un projet de loi dans le texte de la commission sur le Conseil supérieur de la magistrature et les attributions du garde des sceaux et des magistrats du ministère public), Jean-Jacques Hiest a déclaré : « *Il faut éloigner la justice du pouvoir politique... C'est quand même extraordinaire ! Les juges rendent la justice au nom du peuple français et, pourtant, les politiques ne devraient surtout pas s'en occuper !* ». Jean-Jacques Hiest (UMP), Sénat, séance du mercredi 3 juillet 2013, *Journal officiel de la République française. Débats parlementaires*, p. 6804. (Nous soulignons).

¹⁹⁵⁹ Sur la montée en puissance des syndicats de la magistrature, il faut lire : J-P. Royer et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, pp. 114 et s. ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 363-375 ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 248 et s.

¹⁹⁶⁰ V. déjà sur ce point : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, p. 242.

qui restaurerait ainsi le gouvernement des juges que la révolution a voulu interdire »¹⁹⁶¹. Autre exemple : lors de la séance du 23 juin 1998 au Sénat, le socialiste Michel Charasse s'oppose à la réforme réduisant les pouvoirs hiérarchiques de l'exécutif sur le parquet. Au soutien de sa démonstration, il insiste sur le risque « *de l'amputation de la République et d'un retour plus de deux cents ans en arrière, c'est-à-dire à l'époque des « tribunaux de barbares » dont parlait Voltaire* ». Il parle plus loin d'« *un retour aux parlements de l'Ancien Régime* »¹⁹⁶².

651. Hormis des acteurs politiques relativement singuliers qui continuent à énoncer des discours francs de la dépendance, les hommes politiques formulent, en général, à présent, des discours plus mesurés. Le fait que, la plupart du temps, les interventions de ceux qui expriment leur désaccord avec un accroissement de l'indépendance contiennent un rappel de l'importance du principe est un signe du caractère mesuré des discours actuels de la dépendance. Les propos récemment exprimés par le député UMP Sébastien Huyghe sont, à cet égard, symptomatiques : tandis que le sénateur s'élève contre la possibilité d'un Conseil supérieur de la magistrature composé à majorité de magistrats « *qui isole la justice dans une forme de corporatisme* », il indique, tout de même : « *nous sommes tous unanimement attachés à l'indépendance de la justice* »¹⁹⁶³. Finalement, et pour conclure avec les mots de Violaine Roussel, « *il est visible que ces discours sur l'indépendance empruntent bien moins en réalité à la rigueur du raisonnement juridique qu'à la logique des impératifs pratiques de l'univers politique* »¹⁹⁶⁴.

¹⁹⁶¹ H. Plagnol, « Pourquoi nous voterons non », *Le Figaro*, 6 janvier 2000. Déjà cité dans : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, p. 242.

¹⁹⁶² M. Charasse, Sénat, séance du 23 juin 1998. Disponible en ligne : http://www.senat.fr/seances/s199806/s19980623/s19980623_mono.html (date de consultation: 24/11/15).

¹⁹⁶³ S. Huyghe, Assemblée nationale, première séance (258^e) du mardi 4 juin 2013 (réforme du Conseil supérieur de la magistrature). Le député indique aussi : « *À cet égard, la dernière réforme constitutionnelle de 2008, sous la présidence de Nicolas Sarkozy, a constitué une indéniable avancée. Depuis, le chef de l'État ne préside plus le CSM et le garde des sceaux n'en est plus le vice-président. Le CSM s'est ainsi affranchi véritablement de la tutelle politique car, avec Nicolas Sarkozy, nous nous sommes battus pour que, au-delà de l'affirmation de principe, les conditions d'une réelle indépendance soient définies et garanties par la Constitution* ». Disponible en ligne sur le site de l'Assemblée nationale : http://www.assemblee-nationale.fr/14/cr/2012-2013/20130258.asp#INTER_32 (date de consultation : 24/11/15).

¹⁹⁶⁴ V. Roussel, « L'indépendance de la magistrature comme ressource et comme enjeu », in *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 1998, *La revue juridique des barreaux*, 1999, p. 130.

Conclusion du Chapitre 1

652. La dépendance est inscrite dans les gènes de la justice française. Dans la pratique, il existe une certaine continuité de la dépendance de la justice depuis 1789 jusqu'à aujourd'hui : différents visages de la dépendance de la justice (l'exercice de la justice par les tribunaux d'exception, les pressions directes sur la décision à rendre, l'interdiction pour le juge d'interpréter, les remises en cause de l'autorité de la chose jugée, les actions sur la carrière du juge) se sont manifestés à différents moments de l'histoire constitutionnelle et quelques unes des marques de cette dépendance n'ont toujours pas disparu à l'heure actuelle. Le même constat peut être dressé s'agissant des discours de la dépendance formulés par les acteurs politiques : ces discours – qui étaient francs par le passé – ont globalement survécu, même s'ils sont, désormais, plus mesurés qu'au XIXe siècle. Finalement, quoique la dépendance se soit nettement atténuée depuis la seconde moitié du XXe siècle, le tableau d'ensemble dressé dévoile une image assez sombre de l'indépendance de la justice française.

653. Le problème de la dépendance *aurait dû être saisi* par la doctrine. Curieusement, il a, en fait, plutôt été négligé par les universitaires français. Les silences et lacunes prévalent dans la doctrine française à propos du traitement de la question de l'indépendance. Il y a un étonnant décalage entre d'une part, la mise à mal de l'indépendance dans la pratique et dans les discours des acteurs politiques et d'autre part, l'absence de réaction des scientifiques du droit.

Chapitre 2 : Les silences et lacunes de la doctrine

654. Avant de s'intéresser à la question du traitement de l'indépendance de la justice dans les discours doctrinaux, il convient de fournir la liste des auteurs dont les ouvrages ont été consultés et, accessoirement, quelques éléments contextuels. Par « doctrine », il faut, ici, entendre, *la science française du droit privé et la science française du droit public du début du XIXe siècle jusqu'à la période contemporaine*. Sans prétendre à l'exhaustivité, parmi les auteurs examinés¹⁹⁶⁵ figurent, d'abord, des privatistes de renom du XIXe et du XXe siècle. Ce sont, en particulier, Henrion de Pansey (1742-1829), Louis-Etienne Jousserandot (1813-1887), Henry Bonfils (1835-1897), Ernest-Désiré Glasson (1839-1907) et Albert Tissier (1862-1925), Jules Coumoul (1851-1934), Léon-Francis Julliot de la Morandière (1885-1968), Henry Solus (1892-1981) et Roger Perrot (1920-2014), Jean-Denis Bredin (1929-...), Laurent Boyer (1930-2011) et Henri Roland (1932-...) ou Serge Guinchard (1946-...)¹⁹⁶⁶. En plus des juristes de droit privé, la liste des auteurs étudiés accueille également des figures du droit administratif du XIXe siècle et du XXe siècle. Ce sont, notamment, Louis-Marie Delahaye de Cormenin (1788-1868), Louis-Antoine Macarel (1790-1851), Adèle-Gabriel-Denis Bouchéné-Lefer (1796-1872), Emile-Victor Foucart (1799-1860), Denis Serrigny (1800-1876), Alfred Trolley (1808-1869), Louis Cabantous (1812-1872), et Jules Liégeois (1833-1908), Léon Aucoc (1828-1910), Théophile Ducrocq (1829-1913), Henry Berthélemy (1857-1943), Gaston Jèze (1869-1953), Raphaël Alibert (1887-1963), Marcel Waline (1900-

¹⁹⁶⁵ Il convient de signaler qu'il est relativement complexe de classer les auteurs soit en « privatiste », soit en « administrativiste », soit en « constitutionnaliste ». La plupart des auteurs du XIXe siècle et aussi du début du XXe siècle n'ont pas écrit des ouvrages dans un seul champ disciplinaire. Ils cumulent plusieurs facettes. C'est le cas, par exemple, de Louis-Antoine Macarel qui est considéré comme l'un des pères fondateurs du droit administratif, mais qui a également rédigé un ouvrage de « droit politique » (L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, coll. Librairie de la Cour de Cassation, 1833, 516 p.). C'est le cas, encore, d'Emile Artur : Artur a, notamment, occupé une chaire de droit administratif, mais a aussi publié une étude de droit constitutionnel essentielle intitulée « De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer » (L'étude en question a, d'abord, été publiée à partir de 1900 dans la *Revue de droit public* sous la forme de plusieurs articles ; elle est, ensuite, parue dans un ouvrage en 1905 – E. Artur, *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer*, Paris, Pichon, 1905, 388 p.). Léon Duguit et Maurice Hauriou sont deux autres exemples de professeurs, ayant rédigé des travaux substantiels dans au moins deux champs disciplinaires, à savoir le droit constitutionnel et le droit administratif. Pour répartir les auteurs au sein des catégories « privatistes », « administrativistes » ou « constitutionnalistes », nous avons tenu compte de la spécialité de laquelle relève la publication qui, dans le cadre de nos développements, a retenu notre attention.

¹⁹⁶⁶ Pour de plus amples renseignements sur la place du droit privé et de la doctrine privatiste au XIXe siècle, voir : J-L. Halpérin, *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., Paris, PUF, 2012, 391 p.

1982), Raymond Odent (1907-1979) ou André de Laubadère (1910-1981)¹⁹⁶⁷. Pour finir, des figures du droit constitutionnel du XIXe et du XXe siècle sont également incluses dans le panel des auteurs analysés. Il s'agit, entre autres, pour le XIXe siècle, de Pellegrino Rossi (1787-1848), Victor Molinier (1799-1887), Félix Berriat Saint Prix (1810-1883), Edouard-Louis-Paul Fuzier-Herman (1847-1901), Antoine Saint Girons (1854- 19??) ou Félix Moreau (1859-19??) ; et pour le XXe siècle, d'Emile Artur (1852-1921), Léon Duguit (1859-1928), Adhémar Esmein (1848-1913), Maurice Hauriou (1856-1929), Raymond Carré de Malberg (1861-1935), Joseph Barthélemy (1874-1945), André Hauriou (1897-1973) ou Fabrice Hourquebie (1975-...) ¹⁹⁶⁸. Entre le nombre de travaux de constitutionnalistes du XIXe siècle examinés et le nombre de travaux de constitutionnalistes du XXe siècle étudiés, il existe un décalage numérique. Ce décalage se comprend aisément eu égard à la rareté des ouvrages *entièrement* consacrés au droit constitutionnel publiés au cours du XIXe siècle. Dans une perspective plus large, il trouve, en fait, son explication dans les vicissitudes du droit constitutionnel au cours du XIXe siècle¹⁹⁶⁹. Sans entrer dans les détails, il suffit, ici, de rappeler que jusqu'en novembre 1871 – date à laquelle est confié à Gabriel Colmet-Daâge (1813-1896) un cours de droit constitutionnel de doctorat à la faculté de droit de Paris¹⁹⁷⁰ –, le droit constitutionnel, accusé de propager des théories subversives, est formellement interdit. A l'exception de la chaire parisienne créée pour Pellegrino Rossi en 1834¹⁹⁷¹ et de quelques

¹⁹⁶⁷ Pour de plus amples renseignements sur la place du droit administratif et de la doctrine administrativiste au XIXe siècle, voir : F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, 494 p. Voir spéc., *Id.*, pp. 105-122 ; *Id.*, pp. 322-362.

¹⁹⁶⁸ Pour répartir les figures du droit constitutionnel entre le XIXe siècle et le XXe siècle, nous avons tenu compte de la date de publication de l'écrit de l'auteur qui, dans le cadre de nos développements, a retenu notre attention. Par exemple, Emile Artur est classé au titre des constitutionnalistes *du XXe siècle*, parce qu'il a publié dans la *Revue de droit public* son étude « De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer » à partir de 1900.

¹⁹⁶⁹ Pour de plus amples renseignements sur la place du droit constitutionnel et de la doctrine constitutionnaliste au XIXe siècle, voir : L. Heuschling, « §28. Wissenschaft vom Verfassungsrecht : Frankreich », in A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. M. Huber (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. II (*Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*), Heidelberg, C.F. Müller, 2007, pp. 499-502 ; J-L. Mestre, L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 12-20 ; G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Presse de Science Po, 2011, 578 p. ; M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2009, 309 p. ; O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 78-80 ; *Id.*, pp. 92-94 ; G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, thèse, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, 856 p. Disponible en ligne : <https://bdr.u-paris10.fr/theses/internet/2013PA100156.pdf> (date de consultation : 24/11/15).

¹⁹⁷⁰ G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Presse de Science Po, 2011, p. 54 ; G. Richard, *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, thèse, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, p. 42.

¹⁹⁷¹ V. sur ce point : J-L. Mestre, L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 13-14 ; C. Cuvelier, D. Huet, C. Janssen-Bennynck, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch », *Revue du droit public*, n° 6, 2014, p. 1539.

cours ponctuels et marginaux, il n'existe pas officiellement d'enseignement en droit constitutionnel. Ce n'est, concrètement, qu'à partir des années 1880 que l'enseignement du droit constitutionnel se généralise¹⁹⁷² et qu'apparaissent, par suite, des spécialistes en droit constitutionnel. Guillaume Sacriste parle de l'avènement, dans la période s'échelonnant de 1890 à 1914, de véritables « *biens scientifiques constitutionnels* »¹⁹⁷³. L'écart entre le nombre de travaux de constitutionnalistes du XIXe siècle examinés et le nombre de travaux de constitutionnalistes du XXe étudiés est, du reste, comblé par l'inclusion dans la liste de nombreux administrativistes du XIXe siècle, dont les ouvrages comprennent, très souvent, des développements substantiels en droit constitutionnel¹⁹⁷⁴. Au cours du XIXe siècle, il existe indiscutablement un flou entre les frontières disciplinaires, notamment entre le droit administratif et le droit constitutionnel. Mathieu Touzeil-Divina, qui s'est intéressé aux écrits de l'administrativiste Emile-Victor Foucart, dresse, un constat dans ce sens. Il écrit : « *le citoyen libéral qu'était FOU CART avait également ressenti la double nécessité de présenter à la publication, comme dans les programmes de ses cours magistraux, une part non négligeable de son enseignement au droit constitutionnel appelé alors droit public (interne) (...) scientifiquement, le doyen de Poitiers considérait, comme plusieurs auteurs de cette époque du reste, que le droit administratif se devait d'être enseigné après l'exposé de quelques notions – institutionnelles en particulier – de droit constitutionnel* »¹⁹⁷⁵.

655. D'emblée, la liste des auteurs étudiés peut apparaître très large, en ce qu'elle comprend à la fois des auteurs du XIXe siècle et des auteurs contemporains. La réunion dans une même liste d'auteurs anciens et d'auteurs contemporains fait évidemment courir le risque de sauts dans le temps, et plus concrètement de brusques passages dans nos développements de l'examen d'un auteur du XIXe siècle à l'examen d'un auteur du XXe siècle. Ce regroupement d'auteurs est, en fait, le résultat de l'absence de différences significatives, dès lors que l'on compare le traitement de l'indépendance par les auteurs anciens et le traitement de l'indépendance par les auteurs contemporains. Pas plus que leurs prédécesseurs, les auteurs contemporains ne théorisent l'indépendance. C'est, en particulier, ce point commun

¹⁹⁷² G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Presse de Science Po, 2011, pp. 80 et s.

¹⁹⁷³ L'expression est employée par Guillaume Sacriste dans : G. Sacriste, « La genèse du droit constitutionnel sous la Troisième République. Des usages de l'hétéronomie dans l'autonomisation d'une discipline académique », Congrès AFSP, Strasbourg, 2011. Disponible en ligne : <http://www.afsp.info/congres2011/sectionsthematiques/st1/st1sacriste.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

¹⁹⁷⁴ J-L. Mestre, L. Favoreu et alii, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 14 ; M. Touzeil-Divina, *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2009, p. 202.

¹⁹⁷⁵ M. Touzeil-Divina, *op. cit.*, pp. 199-200.

fondamental qui justifie le regroupement des auteurs anciens et contemporains. La liste des auteurs étudiés peut encore apparaître très large, en ce qu'elle inclut des spécialistes du droit privé, du droit administratif et du droit constitutionnel. La diversité des auteurs examinés se justifie, en réalité, par la quasi-absence de développements approfondis sur l'indépendance de la justice dans les écrits de la science française *du droit constitutionnel*. Elle s'explique par la pauvreté des premières découvertes en matière d'indépendance dans les discours de la doctrine constitutionnaliste. Pourtant, c'est bien dans les travaux des constitutionnalistes que le lecteur aurait pu s'attendre à de longs éclairages sur l'indépendance, car – pour reprendre les mots de Jean-Pierre Théron – « *la doctrine constitutionnaliste demeure la plus révélatrice, parce qu'elle étudie la place de la justice dans l'Etat, et ses rapports avec les citoyens* »¹⁹⁷⁶. La place réduite concédée à l'indépendance ressort, en particulier, de la lecture des manuels de droit constitutionnel de Maurice Hauriou (*Précis de droit constitutionnel*) (1ère éd. : 1923)¹⁹⁷⁷ ou d'André Hauriou (*Droit constitutionnel et institutions politiques*) (1ère éd. : 1965)¹⁹⁷⁸ qui ne traitent absolument pas de l'indépendance de la justice ! Autre illustration : dans ses *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* (1ère éd. : 1896), Adhémar Esmein n'a intitulé aucune de ses subdivisions « indépendance de la justice »¹⁹⁷⁹. Même constat s'agissant de Léon Duguit au sein de son *Traité de droit constitutionnel* en cinq volumes (1ère éd. : 1911 en deux volumes)¹⁹⁸⁰. Dans sa *Contribution à une théorie générale de l'État* en deux volumes (1920-1922), sur un total d'environ 1440 pages, Raymond Carré de

¹⁹⁷⁶ J-P. Théron, « De l'indépendance du juge judiciaire dans la doctrine française », *Gazette du palais*, 18 novembre 1976, p. 647. C'est, d'ailleurs, dans les travaux des constitutionnalistes qu'en Allemagne des développements approfondis et riches sur l'indépendance avaient pu être trouvés.

¹⁹⁷⁷ M. Hauriou, *Précis de Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, 759 p. Si Maurice Hauriou n'étudie pas spécifiquement l'indépendance de la justice, il n'examine pas non plus en profondeur la thématique – plus générale – de la justice. Dans le livre II intitulé « les pouvoirs publics » de sa troisième partie, Hauriou consacre un chapitre à chacun des trois pouvoirs publics qu'il reconnaît : le chapitre 1 s'intéresse au pouvoir exécutif, tandis que le chapitre 2 et le chapitre 3 analysent respectivement le pouvoir délibérant et le pouvoir de suffrage. Aucun chapitre spécifique ne concerne le pouvoir judiciaire.

¹⁹⁷⁸ A. Hauriou, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5^e éd., Paris, Montchrétien, 1972. A l'instar de Maurice Hauriou, son fils, André Hauriou – qui n'examine nullement l'indépendance de la justice – consacre extrêmement peu de développements à la justice. Son manuel comporte seulement quelques subdivisions sur le contrôle de constitutionnalité aux Etats-Unis (*Id.*, pp. 427-433), le Conseil constitutionnel en France (*Id.*, pp. 931-939) et la Haute-Cour (*Id.*, pp. 942-945).

¹⁹⁷⁹ Tout au plus, Esmein aborde-t-il brièvement la thématique de l'indépendance de la justice dans un paragraphe trois sur le pouvoir judiciaire à l'occasion de subdivisions sur « la question de l'élection des juges ou de leur nomination par le pouvoir exécutif », « l'inamovibilité » ou « l'institution du jury » (A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, pp. 510-527). Dans la subdivision intitulée « la séparation du pouvoir judiciaire et du pouvoir législatif », Esmein n'étudie l'indépendance du pouvoir judiciaire vis-à-vis du pouvoir législatif que sur neuf lignes. Son analyse porte, en revanche, beaucoup plus longuement sur l'indépendance du pouvoir législatif vis-à-vis du pouvoir judiciaire (soixante-quatre lignes). (*Id.*, pp. 535-537).

¹⁹⁸⁰ Tout au plus, Duguit aborde-t-il succinctement la thématique de l'indépendance de la justice au sein du volume trois de son *Traité de droit constitutionnel*, vol. III (La théorie générale de l'Etat), 2^e éd., Paris, Boccard, 1923, pp. 176-184.

Malberg consacre à peine quatre pages à la problématique de l'indépendance de la justice¹⁹⁸¹. En raison du manque de développements denses sur l'indépendance de la justice dans la littérature de droit constitutionnel, la liste des œuvres analysées a donc, au cours de la recherche, évolué de manière à englober d'autres œuvres de droit privé et de droit administratif qui ne figuraient pas dans la liste originelle.

656. L'élargissement de la liste originelle a eu pour principal dessein de vérifier qu'en France – à défaut d'être abordée par les constitutionnalistes – la thématique de l'indépendance n'est pas davantage investie par les privatistes et les administrativistes. Si cette dernière assertion s'était vérifiée, il n'aurait évidemment pas été possible de construire nos développements en cherchant à rendre compte, au moyen d'une synthèse générale, des silences et des lacunes de la doctrine française sur le principe de l'indépendance de la justice. En réalité, l'ajout de nombreux auteurs de droit privé et de droit administratif au sein du panel des auteurs analysés n'a, pourtant, pas fondamentalement modifié les conclusions initiales qui avaient été dressées : de la compulsation des travaux de la doctrine de droit privé et de droit administratif – comme, déjà, de l'exploration des travaux de la doctrine de droit constitutionnel –, il ressort que peu de développements approfondis sont consacrés à l'indépendance de la justice. En atteste, notamment, l'étude des ouvrages *Les institutions judiciaires* de Laurent Boyer et Henri Roland (1ère éd. : 1979)¹⁹⁸² et *Droit judiciaire privé* d'Henry Solus et Roger Perrot (1961-1991 en trois volumes)¹⁹⁸³ qui se caractérisent par des

¹⁹⁸¹ Cf., en particulier, le paragraphe 258 intitulé « Indépendance des tribunaux judiciaires vis-à-vis de l'Exécutif » au sein du volume premier de la *Contribution à une théorie générale de l'Etat*. R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'Etat, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, pp. 769-772.

¹⁹⁸² Pour l'essentiel, Boyer et Roland parlent de l'indépendance de la justice dans le chapitre préliminaire de leur manuel intitulé « la justice » au sein de la section première (La justice – Pouvoir), en particulier dans la sous-section II (La justice pouvoir dans l'Etat). V. en particulier les titres des paragraphes un et deux qui sont respectivement « La justice est indépendante du Pouvoir Législatif » et « La justice est indépendante du Pouvoir exécutif ». L. Boyer, H. Roland, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., Lyon, Editions l'Hermès, 1983, pp. 22-32. Boyer et Roland évoquent, par exemple, aussi succinctement l'indépendance de la justice quand ils traitent des « garanties de carrière » des juges (inamovibilité, régime disciplinaire, responsabilité, protection pénale). *Id.*, pp. 271-274.

¹⁹⁸³ C'est dans le tome un intitulé « Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire » que Solus et Perrot s'intéressent à l'indépendance. Les paragraphes qui sont, avant tout, concernés sont les suivants : 508. Séparation entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire, 509. Séparation entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire, 511. Les tempéraments classiques apportés à la rigueur du principe de la séparation entre l'exécutif et le judiciaire, 775. Garanties d'indépendance et d'impartialité : Position du problème, 776. Inamovibilité : Idée générale ; justification, 782. Importance et efficacité de l'inamovibilité, 809. Le problème de l'avancement et de l'indépendance des magistrats, 850. Le ministère public : Absence d'inamovibilité, 853. Le ministère public : Organisation hiérarchique, 855. Le ministère public : Indépendance à l'égard du tribunal. H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1, Paris, Sirey, 1961.

développements courts sur l'indépendance. Plus encore, certains travaux ne font, à aucun moment, référence à l'indépendance de la justice. C'est le cas, pour ce qui concerne le droit administratif, des ouvrages *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir* de Raphaël Alibert (1926)¹⁹⁸⁴, *Droit administratif* de Marcel Waline (1ère éd. : 1944)¹⁹⁸⁵ ou *Contentieux administratif* de Raymond Odent (cours photocopié datant des années 1976-1980)¹⁹⁸⁶. C'est également le cas, pour ce qui concerne le droit privé, des ouvrages *Précis de droit civil* de Léon-Francis Julliot de la Morandière (1956-1959 en quatre volumes)¹⁹⁸⁷ ou *Le juge et le litige* de Jacques Normand (1965)¹⁹⁸⁸.

657. Le présent chapitre a donc vocation à s'intéresser de plus près à ces silences et lacunes dans le traitement doctrinal de l'indépendance de la justice entre le début du XIXe siècle et aujourd'hui. Il a pour objet de démontrer une forme d'indifférence des juristes français à l'égard de l'indépendance tout au long de la période d'étude. Le mot « indifférence » est déjà employé par Isabelle Boucobza dans sa récente contribution intitulée « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français »¹⁹⁸⁹. Le professeur de l'université de la Rochelle fournit à la question qu'elle pose dès la première phrase de l'introduction de son article – « (...) l'indépendance de la justice laisse-t-elle les juristes français "indifférents" ? »¹⁹⁹⁰ – une réponse sans ambiguïté. Faisant appel au droit comparé, elle constate que « dans les colloques universitaires sur le thème de la justice, qu'ils soient organisés par des publicistes ou des privatistes, on ne trouve pas ou peu d'interventions sur la question de l'indépendance. (...) A l'inverse, dans les doctrines juridiques étrangères, notamment américaine, mais également européenne – italienne, allemande – la question fait l'objet de travaux scientifiques nombreux et approfondis »¹⁹⁹¹. Avant Isabelle Boucobza, au milieu des années soixante-dix, Jean-Pierre Théron avait aussi observé que la doctrine française consacrait peu de développements à la problématique de l'indépendance de la justice. A propos, en

¹⁹⁸⁴ R. Alibert, *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391 p. Pour de plus amples renseignements sur Raphaël Alibert, consulter : J. Cotillon (dir.), *Raphaël Alibert : juriste engagé et homme d'influence à Vichy*, actes du colloque organisé le 10 juin 2004, Paris, Economica, 2009, 272 p.

¹⁹⁸⁵ M. Waline, *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1959, 932 p.

¹⁹⁸⁶ R. Odent, *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, 2 vol. (d'après la dernière édition du cours photocopié datant des années 1976-1980 dispensé à l'Institut d'études politiques de Paris sous l'intitulé de « Contentieux administratif »).

¹⁹⁸⁷ L. Julliot de la Morandière, *Précis de droit civil*, Paris, Dalloz, 1956-1959, 4 vol.

¹⁹⁸⁸ J. Normand, *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, 227 p.

¹⁹⁸⁹ I. Boucobza, « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 15-31.

¹⁹⁹⁰ *Id.*, p. 15.

¹⁹⁹¹ *Id.*, pp. 15-16.

particulier de la doctrine constitutionnaliste, il écrivait : « (...) *on ne peut manquer de relever la brièveté, le caractère fréquemment allusif des développements consacrés par cette doctrine à une règle pourtant jugée essentielle. L'indépendance du juge judiciaire est rarement étudiée en elle-même, il y est simplement fait référence. La majeure partie des analyses est consacrée au pouvoir législatif et exécutif. Le judiciaire étant largement délaissé, le statut du magistrat n'appelle que de maigres commentaires* »¹⁹⁹².

658. Au-delà de ces premières constatations, une analyse en profondeur permet de mettre au jour deux principaux silences ou lacunes dans les ouvrages doctrinaux publiés entre le début du XIXe siècle et aujourd'hui, peu importe leurs champs disciplinaires. Le premier silence concerne les atteintes à l'indépendance de la justice : les acteurs du monde académique fournissent très peu d'exemples précis d'empiètements sur l'indépendance de la justice (section 1). Le second silence a trait à la théorisation d'un concept d'indépendance de la justice : les acteurs du monde académique ne cherchent quasiment pas à étudier la question de l'indépendance de manière abstraite (section 2).

Section 1 : Le mutisme quasi-total sur les atteintes concrètes à l'indépendance

659. Le mutisme doctrinal sur les cas d'espèce dans lesquels l'indépendance de la justice a, en pratique, été mise en danger ne doit pas être interprété comme un silence approbateur, autrement dit, comme un consentement aux atteintes à l'indépendance : si, de manière générale, les auteurs s'accommodent des violations effectives de l'indépendance, ils ne défendent pas, pour autant, la dépendance de la justice. Bien au contraire, dans leur très grande majorité, les auteurs font valoir, en principe, la nécessité de l'indépendance (§1). Cela étant dit, au-delà de cet accord sur le principe, la science française du droit manque d'audace. Elle agit comme si l'indépendance de la justice « *s'impose avec la force de l'évidence* »¹⁹⁹³. Tout se passe, finalement, comme si les atteintes concrètes constituent une forme de tabou (§2.).

¹⁹⁹² J-P. Théron, « De l'indépendance du juge judiciaire dans la doctrine française », *Gazette du palais*, 18 novembre 1976, p. 647.

¹⁹⁹³ *Ibidem*.

§1. Un accord général sur le principe : la nécessité de l'indépendance

660. Incontestablement, le discours qui fait l'apologie de l'indépendance de la justice est largement majoritaire chez les auteurs (A). A l'inverse, le discours qui soutient la dépendance de la justice est très minoritaire (B).

A. Le discours majoritaire faisant l'apologie de l'indépendance

661. L'étude des travaux doctrinaux fait indiscutablement apparaître un très large accord sur l'importance de l'indépendance et un affichage sans contredit de sa nécessité. Les auteurs sont persuadés de l'impératif d'organiser, de maintenir et de perfectionner l'indépendance. Les *formules générales* en ce sens abondent dans la littérature de droit public comme de droit privé. Pour s'en convaincre, il suffit de citer les propos de Saint Girons (1854- 19??). Saint Girons est un professeur lyonnais. En dehors de son *Manuel de droit constitutionnel* (1^{ère} éd. : 1884)¹⁹⁹⁴, il a, notamment, publié, en 1881, une étude fouillée intitulée *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*¹⁹⁹⁵, qui a été primée par l'Académie des sciences morales et politiques¹⁹⁹⁶. Ladite étude « *préfigure son ouvrage de droit constitutionnel publié en 1884* »¹⁹⁹⁷, lequel s'articule autour de douze chapitres, le premier étant une introduction générale, les suivants correspondant tous aux grandes notions du droit constitutionnel: souveraineté nationale, pouvoir constituant et révision constitutionnelle, pouvoirs constitués, séparation des pouvoirs, formes politiques, gouvernement représentatif et élections, pouvoir législatif, pouvoir exécutif, collaboration nécessaire des pouvoirs publics, moyens d'influence réciproque des deux pouvoirs, autorité judiciaire¹⁹⁹⁸. C'est un « *monarchiste convaincu* »¹⁹⁹⁹, étant précisé qu'il imagine possible la conciliation de la souveraineté nationale et de la monarchie constitutionnelle héréditaire²⁰⁰⁰. Sur l'indépendance de la justice, dans son *Manuel de droit constitutionnel*, Saint Girons écrit :

¹⁹⁹⁴ A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, 706 p.

¹⁹⁹⁵ A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, 583 p.

¹⁹⁹⁶ A. Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse, Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 366. *Id.*, p. 423. Disponible en ligne : <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.theses.fr%2F2012REIMD004%2F&ei=eSG9VMH0E8-xaZ-CgvAK&usg=AFQjCNGy5QZ384EPAjhVakWHS-3IVsO-5w&bvm=bv.83829542.d.d2s> (date de consultation : 24/11/2015).

¹⁹⁹⁷ *Id.*, p. 366.

¹⁹⁹⁸ V. déjà en ce sens : *Id.*, p. 37 (note n° 2).

¹⁹⁹⁹ *Id.*, p. 299. V. aussi : *Id.*, p. 24.

²⁰⁰⁰ *Id.*, p. 299.

« *Tout ce qui fortifiera la Justice, en augmentant sa légitime indépendance à l'égard des pouvoirs publics et des influences sociales qui pourraient altérer son impartialité, sera un bien pour notre pays. La démocratie ne serait qu'une courte étape vers le socialisme césarien ou démagogique, si l'autorité judiciaire n'avait pas la volonté et la puissance de sauvegarder tous les droits, de garantir toutes les libertés, et, par là, d'assurer la grandeur et la prospérité de la patrie* »²⁰⁰¹. A l'instar de Saint Girons, plus tardivement, le privatiste Henry Solus (1892-1981)²⁰⁰² et son disciple Roger Perrot (1920-2014)²⁰⁰³, reconnaissent aussi le caractère fondamental de l'indépendance de la justice. Dans leur œuvre magistrale – restée inachevée – en trois volumes *Droit judiciaire privé* (1961-1991), ils font valoir qu'« *il n'en reste pas moins que, contre les pressions, les menaces ou les tentations possibles, les institutions elles-mêmes peuvent et doivent favoriser et soutenir les vertus, essentielles pour le magistrat, d'indépendance, d'impartialité et d'intégrité : il ne s'agit pas seulement de l'intérêt des magistrats eux-mêmes, mais aussi de celui des plaideurs et de la bonne administration de la justice* »²⁰⁰⁴.

662. Sans prétendre à l'exhaustivité, au titre des *précurseurs* dans la défense de l'indépendance de la justice, il faut, par exemple, citer le nom de Henrion de Pansey (1742-1829)²⁰⁰⁵. Incontestablement, de Pansey est un champion de l'indépendance de la justice dans *De l'autorité judiciaire en France* (1ère éd. : 1810)²⁰⁰⁶. A propos de l'ouvrage, l'historien Jacques Krynen écrit : « *Par-delà ses analyses techniques et descriptives, De l'autorité judiciaire est l'œuvre d'un juriste de sensibilité légitimiste dont les idées conservatrices*

²⁰⁰¹ A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, pp. 595-596.

²⁰⁰² Pour de plus amples renseignements sur Solus, voir notamment : M. Ancel, « Nécrologie – Henry Solus », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n° 4, oct.-déc. 1981, pp. 1043-1044. Hormis son magistral traité de *Droit judiciaire privé*, les autres travaux majeurs de Solus sont un *Traité de la condition des indigènes en droit privé* (1927) et un ouvrage d'ensemble sur les assurances sociales (1930).

²⁰⁰³ Pour quelques renseignements sur Perrot, voir notamment : P. Théry, « In Memoriam – Roger Perrot (1920-2014) », *Dalloz*, n° 28, 2014, p. 1585.

²⁰⁰⁴ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1 (Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire), Paris, Sirey, 1961, p. 662. (Nous soulignons).

²⁰⁰⁵ Pour quelques informations biographiques sur de Pansey, voir : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 69-70.

²⁰⁰⁶ *De l'autorité judiciaire en France* a été réédité deux fois sous la Restauration : en 1818, puis augmenté de treize chapitres en 1827. Cet ouvrage (dans sa dernière version en date de 1827) a connu une nouvelle diffusion sous la monarchie de juillet avec la publication groupée des œuvres judiciaires de l'auteur : *Oeuvres judiciaires du président Henrion de Pansey, contenant: Les fonctions et la compétence des juges de paix ; La nature du Pouvoir municipal, les fonctions qui lui sont propres, et la police intérieure des communes ; L'organisation du Conseil d'Etat, et une instruction sur l'administration de la justice / annotées par une société de jurisconsultes et de magistrats, et précédées d'une Notice biographique sur l'auteur par M. Rozet, avocat*, Paris, B. Dussillon, 1843, 768 p. Le traité *De l'autorité judiciaire* se trouve aux pages 469-695. Le volume inclut aussi un court traité *Des Pairs de France* (pp. 697-732). Nous utilisons la troisième et dernière édition de l'ouvrage : H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, 3^e éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, 2 vol.

viennent en soutien à l'indépendance de la justice. Indépendance qui n'allait guère de soi au vu des réformes du Consulat et de l'Empire. On peut se demander comment un monarchiste de cœur a pu faire montre d'un tel engagement »²⁰⁰⁷. D'Eyraud, dont on sait peu de choses²⁰⁰⁸, est un autre des premiers ambassadeurs de l'indépendance dans la première moitié du XIXe siècle²⁰⁰⁹. Au sein de son ouvrage *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France* (1ère éd. : 1824)²⁰¹⁰, dans le chapitre XXX « Du ministère public »²⁰¹¹, il dénonce le manque d'indépendance des membres du parquet en constatant que « (...) le procureur du roi n'est pas le procureur du ministre dans tout ce que celui-ci lui prescrit (...). La séparation entre le ministère de l'Etat, pris collectivement ou individuellement, et le ministère public proprement dit est très distincte. Le mandat du premier est l'action générale du gouvernement (...), il ne saurait s'immiscer de l'action directe »²⁰¹². Sur un ton plus virulent encore, l'auteur poursuit en soulevant plusieurs questions rhétoriques : « *Quelle est la loi, depuis l'ancien régime, qui ait proclamé la dépendance du ministère public ? S'il en est aucune, pourquoi les vouloir dépendants [les magistrats du parquet], pourquoi l'ont-ils été ? La révolution, à la vérité, les a rendus amovibles, elle a supprimé la finance de ces emplois : aurait-on pensé qu'elle a confisqué la conscience de ceux qui les occupent ?* »²⁰¹³. Parmi les premiers héros de l'indépendance, il convient, enfin, de mentionner, pour la seconde moitié du XIXe siècle, Louis-Etienne Jousserandot (1813-1887)²⁰¹⁴. Dans son ouvrage *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France* (1878)²⁰¹⁵, Jousserandot regrette, en particulier,

²⁰⁰⁷ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 70.

²⁰⁰⁸ Pour quelques informations biographiques sur d'Eyraud, voir : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 77-78.

²⁰⁰⁹ A l'instar de de Pansey, d'Eyraud est identifié par l'historien Jacques Krynen comme un défenseur de l'indépendance au début du XIXe siècle. J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 77 et s.

²⁰¹⁰ En 1824 paraît *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France* par M. D. *** (Paris, Treuttel et Würtz, 2 vol.). Une seconde édition « entièrement complétée » est publiée l'année suivante en trois volumes (Paris, Fanjat aîné) avec pour nom d'auteur : M. D'Eyraud. Nous utilisons la seconde édition : D'Eyraud, *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, 3 vol.

²⁰¹¹ D'Eyraud, *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, vol. 3, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, pp. 148-177.

²⁰¹² D'Eyraud, *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, vol. 3, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, pp. 154-155.

²⁰¹³ *Id.*, p. 157.

²⁰¹⁴ Pour quelques informations biographiques sur Jousserandot, voir : V. Wright, « Jousserandot (Louis-Etienne) », in *Les préfets de Gambetta*, Paris, PUPS, 2007, pp. 254-257 ; V. aussi la notice biographique consacrée à Jousserandot rédigée par Claude-Isabelle BreLOT et Pierre Merlin sur le site du comité des travaux historiques et scientifiques : <http://cths.fr/an/prosopo.php?id=114066#> (date de consultation : 24/11/15).

²⁰¹⁵ L-E. Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, A. Maresq Aîné, 1878, 185 p. Jousserandot pense aussi que « nos magistrats ne sont que des fonctionnaires et même des fonctionnaires infimes eu égard à la situation pécuniaire qui leur est faite ». Il ajoute : « On a cru compenser cet état misérable,

qu'« en France, l'office des juges est une fonction, le juge est un fonctionnaire qui dépend absolument de l'Exécutif »²⁰¹⁶. Sur ces trois auteurs, il convient de faire trois brèves observations. D'abord, seul un – de Pansey – est sans doute un véritable auteur clef pour l'indépendance de la justice. Les deux autres sont, en réalité, sensiblement moins célèbres que de Pansey dont l'œuvre a connu un véritable « succès »²⁰¹⁷. Ensuite, deux de ces auteurs sont, en fait, aussi probablement juges : pour ce qui est, premièrement, de de Pansey, il a indéniablement exercé de hautes fonctions judiciaires durant trois régimes. D'abord, nommé en 1800 au Tribunal de cassation, puis, promu président de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation en 1809, l'empereur le fit aussi entrer au Conseil d'État en 1813. A partir de 1815, de Pansey est confirmé à la Cour de Cassation, où il termine sa carrière comme premier président (1828-1829)²⁰¹⁸. Pour ce qui est, deuxièmement, d'Eyraud, sans jamais indiquer sa profession exacte, il se présente lui-même – implicitement – comme un juge dans l'introduction de son traité. Il parle de son expérience dans les cours d'assises et précise que « tous les souvenirs de famille appartiennent à la magistrature »²⁰¹⁹ et que ses « jeunes années se sont écoulées dans la théorie et la pratique des lois »²⁰²⁰. Nul doute qu'en soutenant l'indépendance de la justice, ces deux auteurs sauvegardent aussi leurs intérêts personnels : les juges sont, en effet, les premiers destinataires de l'indépendance de la justice. Enfin, il faut encore constater que Jousserandot a publié son pamphlet, alors qu'il résidait en Suisse. Avocat de formation, l'homme s'est exilé en Suisse après le 2 décembre 1851. Entre 1866 et 1870, il y exerce les fonctions de professeur de droit romain et d'histoire à l'Académie de Lausanne. En 1870, il est nommé préfet des Pyrénées-Orientales, puis de la Marne jusqu'en 1873, date à laquelle il est évincé par le parti de l'Ordre. Après sa révocation de 1873, il retourne en Suisse, reprend son poste de professeur à l'Académie de Lausanne, avant d'être nommé en 1886 professeur de droit à l'Université de Genève. De toute évidence, l'éloignement géographique de Jousserandot est une explication de sa plus grande liberté de parole et d'écrit par rapport aux vices de l'organisation judiciaire française et à l'absence

et remédier au vice d'origine, en leur donnant l'inamovibilité ; hélas ! nous verrons que l'inamovibilité ne remédie à rien ». Id., p. 3.

²⁰¹⁶ *Id.*, p. 94.

²⁰¹⁷ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 70.

²⁰¹⁸ *Ibidem.*

²⁰¹⁹ D'Eyraud, *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, vol. 1, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, p. 3.

²⁰²⁰ *Ibidem.* V. déjà sur ce point : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 77.

d'indépendance des juges. Avec vigueur, Jousserandot dresse un bilan des réformes destinées à établir en France un véritable pouvoir judiciaire.

663. Au soutien de leur défense de l'indépendance, les membres de la doctrine mobilisent, parfois, des ressources plus concrètes. A ce stade, il convient d'en mentionner au moins deux. Première ressource : plusieurs auteurs insistent sur la spécificité de l'indépendance qui doit être conférée à la justice. Dit autrement, ils présentent l'indépendance comme une caractéristique propre à la fonction de juger, qui ne définit, en revanche, pas l'exercice des autres fonctions, à l'instar de la fonction gouvernementale ou administrative. Sur ce point, les propos de Raymond Carré de Malberg (1861-1935)²⁰²¹ sont éclairants. Profondément marqué par le juridisme formaliste de la doctrine allemande, l'œuvre constitutionnelle du professeur de Strasbourg est composée de trois ouvrages majeurs. Sa première publication – *Contribution à la théorie générale de l'Etat* (1920-1922 en deux volumes)²⁰²² – est assurément la plus importante²⁰²³. C'est au sein de la première partie dans un paragraphe numéroté 258 et dont le titre est « Indépendance des tribunaux judiciaires vis-à-vis de l'Exécutif »²⁰²⁴ que Carré de Malberg met en avant la particularité de l'indépendance dont

²⁰²¹ La littérature sur Carré de Malberg est très abondante. V. notamment : R. Burdeau, « Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine », *RDP*, 1935, pp. 354-381 ; C. Eisenmann, « La théorie des fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg », in *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg* (Strasbourg, organisées par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, 1961), Paris, Dalloz, 1966, pp. 49-77 ; O. Beaud, « La souveraineté dans la "Contribution à la théorie générale de l'Etat" de Carré de Malberg », *Revue du droit public*, n° 5, 1994, pp. 1251-1301 ; O. Beaud, « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d'explication d'une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 219-253 ; E. Maulin, *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, 344 p. ; E. Maulin, « Carré de Malberg Raymond », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 164-166 ; O. Beaud, « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n° 8, 2012. Disponible sur : http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8_Beaud_PDF_corr01.pdf (date de consultation: 24/11/15).

²⁰²² Nous utilisons : R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, reproduction de l'édition en deux volumes de 1920-1922 (Paris, Recueil Sirey), Dalloz, Paris, 2004, 2 vol.

²⁰²³ En dehors de *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, les deux autres ouvrages de Carré de Malberg sont *La loi, expression de la volonté générale : Etude sur le concept de la loi dans la constitution de 1875* (Paris, Sirey, 1931) et *Confrontation de la théorie de la formation du droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation* (reproduction de l'édition de 1933, Paris, Dalloz, 2007). L'œuvre constitutionnelle de Carré de Malberg compte, en outre, quelques articles fondamentaux, à l'instar de « La condition juridique de l'Alsace-Lorraine dans l'Empire allemand » (*RDP*, 1914, pp. 5-47), « Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme » (*RDP*, 1931, pp. 225 et s.), ses deux textes sur la Constitution de Weimar et ses deux autres textes relatifs au contrôle de constitutionnalité.

²⁰²⁴ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, pp. 769-772.

bénéficie la justice²⁰²⁵. S'il admet que l'exécutif jouit vis-à-vis du législatif d'une certaine indépendance, il estime que l'indépendance du gouvernement est, avant tout, liée à des considérations politiques ou pratiques. Selon ses propres termes, « (...) dans ce régime [le régime parlementaire], une certaine indépendance doit être laissée au Cabinet ministériel pour la conduite des affaires gouvernementales. (...) Celle-ci se fonde simplement sur des motifs d'ordre politique, d'utilité pratique : il convient que les Chambres laissent aux hommes qu'elles ont chargés des tâches du gouvernement, la liberté d'action qui leur est nécessaire pour traiter fructueusement les affaires. C'est là une question de mesure, de tact, d'opportunité politique »²⁰²⁶. Par rapport à l'indépendance de l'exécutif vis-à-vis du législatif, l'indépendance des juges vis-à-vis de l'exécutif et du législatif est foncièrement différente. « (...) L'indépendance assurée aux corps judiciaires n'est pas du tout de même nature que celle dont ont besoin les ministres (...) »²⁰²⁷, explique Carré de Malberg. Plus loin, le professeur précise son propos en expliquant que la teneur de l'indépendance des juges requiert l'absence d'immixtion ou d'influence dans la fonction juridictionnelle : « Tout autre est la portée de l'indépendance qui résulte pour les corps judiciaires de la constitution organique qui leur a été donnée par le droit positif. Il suffit, pour caractériser cette sorte d'indépendance, de relever le fait que les tribunaux échappent, soit vis-à-vis du Parlement, soit envers l'Exécutif, à toute responsabilité du chef de leurs décisions juridictionnelles et que les ministres ne répondent pas davantage de ces décisions envers les Chambres. L'indépendance établie au profit des tribunaux a donc pour but et pour effet de soustraire leur activité juridictionnelle à toute immixtion ou à toute influence venue d'une autre autorité étatique »²⁰²⁸. Hormis cette première ressource – consistant à faire ressortir le caractère propre de l'indépendance pour la justice –, quelques auteurs font appel, à l'appui de leur défense de l'indépendance, à une autre solution plus pragmatique. Pour tempérer la dépendance de la justice, ils proposent des réformes – parfois très originales – de l'organisation judiciaire. Par exemple, dans son *Essai sur la séparation des pouvoirs*, Saint Girons envisage – en prenant le

²⁰²⁵ Théron en fait déjà le constat. Consulter : J-P. Théron, *op. cit.*, p. 648.

²⁰²⁶ R. Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 770 (note n° 12).

²⁰²⁷ *Id.*, p. 770 (note n° 12).

²⁰²⁸ *Id.*, p. 771 (note n° 14). A part Carré de Malberg, d'autres auteurs soulignent aussi que l'indépendance est une caractéristique propre à la fonction de juger. Voir, à titre illustratif : J. Coumoul, *Traité du pouvoir judiciaire ; de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, 2^e éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1911, p. 343. En sens contraire, consulter notamment Barthélemy et Duez qui font – dans leur subdivision intitulée « Indépendance réciproque » de la fonction juridictionnelle à l'égard des fonctions du gouvernement et du parlement » (nous soulignons) – de l'indépendance un principe s'appliquant non seulement à la fonction juridictionnelle, mais en plus aux fonctions exécutive et législative. J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, pp. 856-860.

modèle anglais pour référence – de remplacer les magistrats du ministère public aux assises criminelles ou dans les affaires civiles importantes et délicates par des avocats choisis temporairement par le pouvoir exécutif²⁰²⁹.

B. Le discours très minoritaire soutenant la dépendance de la justice

664. Très peu d’auteurs soutiennent la dépendance de la justice. Au cours de nos recherches, nous avons identifié, à titre d’exception, le plaidoyer d’Alfred Trolley (1808-1869) en faveur d’une justice subordonnée. En des termes très brefs et sans plus de précision, dans son *Cours de droit administratif* en cinq volumes (1844-1854), au sein d’une subdivision sur le pouvoir judiciaire, l’ancien avocat et titulaire d’une chaire de droit administratif à la Faculté de Caen admet que « *l’indépendance de l’autorité judiciaire (...) ne souffre, au surplus, que ces restrictions commandées par l’intérêt général et la nécessité de maintenir l’unité de la puissance et l’harmonie entre les grands pouvoirs de l’Etat* »²⁰³⁰. Sans prescrire la dépendance pour l’ensemble des juges, il faut encore remarquer que quelques auteurs plaident en faveur de la dépendance des juges administratifs. A titre illustratif, dans leur ouvrage *Répétitions écrites sur le droit administratif* (1ère éd. : 1854)²⁰³¹ – dont le titre est, d’après Jules Liégeois, trop modeste en ce qu’il constitue plutôt un véritable traité administratif –, Louis Cabantous (1812-1872), et Jules Liégeois (1833-1908) déplorent que des publicistes « *notamment MM. De Cormenin et Macarel, sans attaquer la séparation des deux juridictions judiciaire et administrative, ont exprimé le regret que cette dernière ne fût pas organisée d’une manière assez indépendante. Ils demandaient en conséquence qu’elle fût déférée à des tribunaux inamovibles, comme ceux de l’ordre judiciaire, mais étrangers à cet ordre aussi*

²⁰²⁹ A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l’ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, p. 445. Dans son *Manuel de droit constitutionnel*, Saint Girons ne réitère pas exactement la même position. Il propose seulement de remplacer les membres du ministère public agissant au civil – et non pas les membres du ministère public agissant au pénal – par des avocats. Les avocats pourraient être choisis par la Cour ou l’exécutif. « *Le soin de conclure au civil pourrait être confié par la Cour, ou bien par le chef de l’Etat, comme en Angleterre, à des avocats, qui aurait une fonction temporaire et gratuite* », nous dit Saint Girons. A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 575.

²⁰³⁰ A. Trolley, *Cours de droit administratif : Première partie, Hiérarchie administrative ou de l’organisation et de la compétence des diverses autorités administratives*, vol. 1, Paris, G. Thorel, 1844, p. 8. (Nous soulignons).

²⁰³¹ Les *Répétitions* ont fait l’objet de six éditions successives. Cabantous est le seul auteur des quatre premières éditions : 1ère éd., Paris, A. Maresq et Dujardin, 1854, 600 p. ; 2^e éd., Paris, A. Maresq et Dujardin, 1858, 772 p. ; 3^e éd., Paris, A. Maresq Ainé, 1863, 830 p. ; 4^e éd., Paris, A. Maresq Ainé, 1867, 879 p. Après la mort de Cabantous, Liégeois a revu et considérablement augmenté les cinquième et sixième éditions (1873 et 1882). Nous utilisons la sixième édition des *Répétitions* en date de 1882 : L. Cabantous, J. Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l’exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 6 éd., Paris, A. Maresq Ainé, 1882, 1122 p.

bien qu'à l'administration »²⁰³². De manière explicite, ils justifient l'absence d'indépendance des juges administratifs au nom de la liberté d'action de l'administration active. « *Il faut, pour que l'administration conserve la liberté d'action qui est nécessaire à sa responsabilité, qu'elle ait sous sa dépendance les magistrats chargés de juger les réclamations auxquelles ses actes donnent lieu* »²⁰³³, écrivent le professeur de droit administratif de l'Université d'Aix et le professeur de droit administratif à la Faculté de Nancy. Tout au plus, sans détail sur ce que constituent « les droits proprement dits », les auteurs admettent que « *pour offrir plus de garantie aux intérêts privés, sans nuire à l'intérêt général, les juges administratifs devraient toujours être distincts des administrateurs, lorsqu'il s'agit de statuer sur des droits proprement dits* »²⁰³⁴. Théophile Ducrocq (1829-1913)²⁰³⁵ s'inscrit dans la lignée de Cabantous et Liégeois. Avec Emile Foucart, Ducrocq est un représentant de l'école de Poitiers : il présente le droit administratif comme constitué d'autant de limites apportées, au nom de l'intérêt public, à l'exercice des libertés individuelles. Précisément, le doyen de la Faculté de Poitiers, puis professeur à la faculté de droit de Paris considère que « *le droit administratif n'a d'autre réalité que celle que lui confère une confrontation avec les règles qui régissent les relations privées* »²⁰³⁶. Dans son *Cours de droit administratif* (1^{ère} éd. : 1862)²⁰³⁷, il refuse l'inamovibilité aux juges administratifs en ce que l'inamovibilité confère aux conseils de préfecture et au Conseil d'Etat une toute puissance dangereuse, susceptible de mettre en péril l'action de l'administration active, en particulier celle des préfets et du gouvernement. Pour reprendre les mots de Ducrocq, « *le conseil de préfecture, inamovible et investi d'un pouvoir de décision qui lui est propre, pourrait dominer le préfet amovible ; le conseil d'Etat, inamovible, pourvu ou non d'un pouvoir propre, s'imposerait aux ministres et pourrait entraver l'action même du chef de l'état dans ce qu'elle a de plus nécessaire et de*

²⁰³² L. Cabantous, J. Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 6 éd., Paris, A. Marecq Ainé, 1882, p. 427.

²⁰³³ *Ibidem*. La même citation est déjà présente dans la 4^e édition, dont Cabantous est le seul auteur : L. Cabantous, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 4 éd., Paris, A. Marecq Ainé, 1867, p. 284.

²⁰³⁴ L. Cabantous, J. Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 6 éd., Paris, A. Marecq Ainé, 1882, p. 428.

²⁰³⁵ Pour quelques informations biographiques sur Ducrocq, voir : P. Gonod, « Ducrocq Théophile », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 267.

²⁰³⁶ F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, p. 322.

²⁰³⁷ Le *Cours de droit administratif* a connu de nombreuses éditions ultérieures : *Cours de droit administratif*, 2^e éd., Paris, A. Durand, 624 p. ; *Cours...*, 3 éd., Paris, E. Thorin, 1868, 728 p. ; 4^e éd., Paris, E. Thorin, 1874, 2 vol. ; 5^e éd., Paris, E. Thorin, 1877, 2 vol. ; 6^e éd., Paris, E. Thorin, 1881, 2 vol. La dernière édition, qui compte sept volumes, démarre en 1897 : *Cours...*, 7^e éd., Paris, A. Fontemoing, 1897-1905, 7 vol. Nous utilisons la sixième édition en date de 1881.

*plus légitime. On pourrait se demander à quoi servirait d'avoir rendu l'administration active indépendante des corps judiciaires, si on la soumettait aux entraves que peuvent créer des corps administratifs inamovibles ? »*²⁰³⁸.

665. En dehors des restrictions applicables aux juges administratifs mises en avant par quelques jurisconsultes du XIXe et du début du XXe siècle, dans leur très grande majorité, les auteurs s'unissent dans la proclamation de la nécessité de l'indépendance. Leurs commentaires sont, toutefois, – pour reprendre une expression de Jean-Pierre Théron – « *empreints d'équivoques* »²⁰³⁹. Une fois l'indépendance de la justice affirmée et éventuellement des critiques fermes, mais générales sur le manque d'indépendance des juges formulées, les auteurs ne signalent que peu de cas spécifiques dans lesquels l'indépendance a été concrètement violée.

§2. Les atteintes à l'indépendance : un tabou ?

666. Le plus grand nombre d'auteurs ne s'attardent pas sur les situations ou les faits d'espèce révélant une atteinte à l'indépendance (A). Seuls quelques auteurs contemporains font figure d'exceptions en dénonçant des violations effectives de l'indépendance (B).

A. L'attitude de la majorité des auteurs

667. D'une manière générale, les dénonciations des manquements concrets à l'indépendance ne sont pas placées au centre des analyses doctrinales. Au contraire, elles sont rares et insuffisamment significatives dans la littérature. Surtout, elles ne sont pas accompagnées de renseignements détaillés (contexte, date, nom des protagonistes en cause, etc..) permettant d'apprécier la réalité de la transgression. Il suffit, pour s'en convaincre, de citer un extrait du *Traité élémentaire de droit constitutionnel* (1ère éd. : 1926)²⁰⁴⁰ du constitutionnaliste Joseph

²⁰³⁸ T. Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*, vol. I (introduction de droit constitutionnel – organisation administrative), 6 éd., Paris, E. Thorin, 1881, p. 242. Voir encore, dans la même lignée, la position d'Esmein sur l'amovibilité des juges administratifs : L'auteur des *Éléments de droit constitutionnel* consent aussi à l'amovibilité des juges de l'ordre administratif. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 534.

²⁰³⁹ J-P. Théron, *op. cit.*, p. 647.

²⁰⁴⁰ Le *Traité élémentaire de droit constitutionnel* a été réédité – après avoir été refondu – en 1933 sous le titre de *Traité de droit constitutionnel* (Paris, Dalloz, 1933, 955 p.). V. aussi : J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, Paris, Economica, 1985, 955 p. Nous utilisons la reproduction de l'édition de 1933 aux Editions

Barthélemy (1874-1945)²⁰⁴¹ et son co-auteur Paul Duez (1888-1947)²⁰⁴², lesquels prétendent rompre avec une approche théorique du droit constitutionnel au profit d'une approche pragmatique fondée sur l'observation concrète des institutions politiques. L'extrait est issu d'une subdivision du *Traité* consacrée à « l'élection des juges par le peuple »²⁰⁴³. A cette occasion, les deux constitutionnalistes font, certes, mention des atteintes portées à l'autorité de la chose jugée après l'adoption dans la Constitution de l'an III (1795-1799) du système de l'élection des juges. Néanmoins, ils ne fournissent aucun détail précis. Les manquements à l'autorité de la chose jugée sont rapportés en des termes très brefs (sur une seule phrase). Barthélemy et Duez écrivent : « *la Convention, par la loi du 15 octobre 1792, admet à l'éligibilité les citoyens de 25 ans, ni domestiques, ni assistés. La constitution de l'an III (art. 109) relève l'âge à 30 ans, mais ne rétablit pas la condition de capacité. Alors, l'élection fonctionnant dans sa pureté et dans sa liberté, fait apparaître tous ses inconvénients lorsqu'elle est appliquée aux fonctions judiciaires. Paris élit un peintre, deux graveurs, un ciseleur, deux commis, un jardinier. Les résultats sont si détestables que la Convention s'arroge le droit, au nom de sa souveraineté, de modifier des décisions de justice qui n'inspirent plus aucun respect* »²⁰⁴⁴.

668. L'attitude des auteurs par rapport à la loi du 30 août 1883 est symptomatique du mutisme de la science du droit français. Pour rappel, en suspendant dans son article onze pour trois mois l'inamovibilité des magistrats à compter de sa promulgation, la loi du 30 août 1883 – officiellement intitulée « loi sur la réforme judiciaire » –, a conduit à l'épuration de 611

Panthéon-Assas : J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, 955 p.

²⁰⁴¹ Si Barthélemy a, par exemple, publié une thèse en droit administratif dont le titre est *Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français. Contribution à la théorie générale des recours contentieux* (Larose, 1899), l'œuvre de Barthélemy embrasse, à titre principal, le droit constitutionnel. Pour de plus amples renseignements sur Barthélemy, voir : O. Beaud, « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine classique », *Droits*, vol. 32, 2000, pp. 89-108 ; G. Bigot, « Barthélemy Joseph », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 42-44 ; V. aussi le deuxième paragraphe « Le droit comparé chez Joseph Barthélemy : une continuité derrière les apparences de rupture » écrit par Claire Cuvelier dans l'article : C. Cuvelier, D. Huet, C. Janssen-Bennynck, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkin-Guetzévitch », *Revue du droit public*, n° 6, 2014, pp. 1534-1577. V. surtout la thèse de Frédéric Saulnier sur Joseph Barthélemy : F. Saulnier, *Joseph-Barthélemy. 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, thèse, Paris, LGDJ, 2004, 691 p.

²⁰⁴² L'ouvrage *Traité de droit constitutionnel* est en réalité largement celui de Barthélemy. Pour de plus amples renseignements sur Duez, voir : G. Bigot, « Duez Paul », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 267-268.

²⁰⁴³ J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, pp. 849-851.

²⁰⁴⁴ *Id.*, p. 849.

juges inamovibles de tous grades sur un effectif total de 2447²⁰⁴⁵. A propos de la loi de 1883, l'historien Jean-Pierre Machelon écrit qu'elle « *est certainement la loi d'épuration la plus sévère de l'histoire* »²⁰⁴⁶. L'élimination du quart des magistrats inamovibles des cours et des tribunaux n'entraîne, pourtant, dans l'ensemble, aucune réaction dans la littérature. Par exemple, elle ne conduit à aucune critique de la part d'Adhémar Esmein (1848-1913)²⁰⁴⁷. Au départ, Esmein est, avant tout, un historien du droit connu²⁰⁴⁸. C'est à compter de 1889 qu'il investit progressivement le champ du droit constitutionnel²⁰⁴⁹. Incontestablement, sa contribution majeure à la science du droit constitutionnel est ses *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* (1ère éd. : 1896)²⁰⁵⁰. A propos des *Eléments*, Antoine Chopplet écrit qu'ils « *innovent dans le domaine des ouvrages et des manuels de droit constitutionnel de la IIIe République. Ceux qui existaient n'avaient pas une immense ambition intellectuelle* »²⁰⁵¹. Ce « modernisme » des *Eléments de droit constitutionnel* est, en particulier, marqué par plusieurs éléments : d'abord, Esmein définit des principes généraux de droit constitutionnel, à l'instar de la souveraineté nationale et de la séparation des pouvoirs²⁰⁵². Ensuite, il réussit – autant que possible – à concilier la méthode dogmatique

²⁰⁴⁵ J-P. Machelon, « L'épuration républicaine : La loi du 30 août 1883 », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, p. 97. Sur la loi du 30 août 1883, voir *Supra*, n° 612.

²⁰⁴⁶ J-P. Machelon, *op. cit.*, p. 87.

²⁰⁴⁷ Pour de plus amples renseignements sur Esmein, consulter, entre autres : J-L. Halpérin, « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHD*, 1997, pp. 415-433 ; G. Conac, « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges offerts à Patrice Gélard*, Paris, Montchrétien, 2000, pp. 13-23 ; S. Pinon, « Regard critique sur les leçons d'un « maître » du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *RDP*, n° 1, 2007, pp. 193-229 ; S. Pinon (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise, Paris, Montchrestien, 2009. Voir surtout la thèse récente d'Antoine Chopplet : A. Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse, Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, 635 p. Disponible en ligne : <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.theses.fr%2F2012REIMD004%2F&ei=eSG9VMH0E8-xaZ-CgvAK&usq=AFQjCNGy5QZ384EPAjhVakWHS-3IVsO-5w&bvm=bv.83829542,d.d2s> (date de consultation : 24/11/2015). Dans l'introduction de sa thèse, Chopplet consacre une biographie à Esmein : *Id.*, pp. 10 et s.

²⁰⁴⁸ A. Chopplet, *op. cit.*, p. 13. Au titre d'historien du droit, Esmein est, surtout, renommé pour son *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, publié pour la première fois en 1892 et qui fera l'objet de quatorze rééditions successives ainsi que son *Précis élémentaire de l'histoire du droit français de 1789 à 1814 : Révolution, Consulat et Empire*, publié en 1908 et réédité en 1911. A. Chopplet, *op. cit.*, pp. 14-15.

²⁰⁴⁹ A. Chopplet, *op. cit.*, p. 16.

²⁰⁵⁰ Les *Eléments de droit constitutionnel* ont fait l'objet de sept rééditions successives. *Eléments ...*, 2^e éd., Paris, Larose, 1899, 794 p. ; 3^e éd., Paris, Larose, 1903, 884 p. ; 4^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1906, 972 p. ; 5^e éd., Paris, Larose et Tenin, 1909, 1154 p. ; 6^e éd. (revue par J. Barthélemy), Paris, Larose et Tenin, 1914, 1246 p. ; 7^e éd. (revue par H. Nézard), Paris, Sirey, 1921, 2 vol., 600 et 677 p. ; 8^e éd. (revue par H. Nézard), Paris, Sirey, 1927-1928, 2 vol., 600 et 677 p. Nous utilisons la reproduction de la sixième édition aux Editions Panthéon-Assas : A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, 1246 p.

²⁰⁵¹ A. Chopplet, *op. cit.*, pp. 17-18.

²⁰⁵² A. Chopplet, *op. cit.*, p. 18 ; *Id.*, p. 20.

fondée sur la déduction avec une méthode plus nouvelle, la méthode historique ou comparative faisant appel à l'observation²⁰⁵³. Surtout, il défend un droit constitutionnel profondément libéral²⁰⁵⁴. C'est dans la première partie de son traité intitulée « la liberté moderne : Principes et institutions », au sein d'un chapitre III dont le titre est « la séparation des pouvoirs », spécifiquement dans un paragraphe trois consacré au « pouvoir judiciaire » qu' Esmein s'intéresse à l'indépendance de la justice. A l'intérieur de ce paragraphe trois, et pour ce qui concerne la loi du 30 août 1883 qui nous intéresse ici, après avoir énoncé que l'inamovibilité est « *la condition même de son indépendance* »²⁰⁵⁵ et après avoir décrit l'état du droit positif en matière d'inamovibilité depuis la loi des 16-24 août 1790²⁰⁵⁶, Esmein se contente de signaler que l'inamovibilité a « *été provisoirement suspendue dans des limites et à des conditions déterminées par la loi du 30 août 1883 (art. 11 et 12)* »²⁰⁵⁷. D'ailleurs, l'auteur des *Eléments de droit constitutionnel français et comparé* semble, en fait, consentir aux éliminations de 1883. Il explique que les lois constitutionnelles de 1875 ne contiennent aucune disposition sur la question de l'inamovibilité. A partir de là, l'inamovibilité pouvait donc être suspendue en toute légalité. Pour reprendre les mots d'Esmein, « *il [le principe de l'inamovibilité] n'a pas été inséré dans nos lois constitutionnelles de 1875 (...) Dans tous les cas, il n'avait plus que la force d'une loi ordinaire, pouvant être abrogé ou modifié par une loi nouvelle* »²⁰⁵⁸. Même bilan chez Carré de Malberg. Malgré la gravité de l'atteinte portée à l'inamovibilité, le professeur de Strasbourg reste silencieux sur la loi de 1883. Après avoir dressé la liste des textes constitutionnels consacrant depuis 1791 le principe de l'inamovibilité²⁰⁵⁹, il s'en tient à relever que le dit principe a « *été implicitement confirmé par la loi du 30 août 1883, qui en a suspendu momentanément l'application* »²⁰⁶⁰.

²⁰⁵³ A. Chopplet, *op. cit.*, pp. 21-22.

²⁰⁵⁴ A. Chopplet, *op. cit.*, p. 28.

²⁰⁵⁵ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 503. Esmein parle encore de l'inamovibilité comme d' « *un principe supérieur de notre droit public, comme le respect des droits individuels* ». *Id.*, p. 521.

²⁰⁵⁶ *Id.*, pp. 520-521. L'article 3 au sein du titre II de la loi des 16-24 août 1790 dispose que « *les officiers chargés des fonctions du ministère public seront nommés à vie par le roi et ne pourront, ainsi que les juges, être destitués que pour forfaiture dûment jugée par des juges compétents* ».

²⁰⁵⁷ *Id.*, p. 522. Déjà, Antoine Chopplet évoque la discrétion d'Esmein relativement à la loi du 30 août 1883. V. sur ce point : A. Chopplet, *op. cit.*, p. 446.

²⁰⁵⁸ A. Esmein, *op. cit.*, p. 522.

²⁰⁵⁹ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, p. 769.

²⁰⁶⁰ *Ibidem*. Contrairement à Esmein et Carré de Malberg, Saint Girons s'élève contre la loi d'épuration du 30 août 1883. Il redoute qu'elle crée un précédent propre à donner lieu à d'autres épurations de la magistrature dans le futur. Il nous dit : « *cette loi du 30 août 1883 est redoutable, à cause de ce droit de déplacement et surtout à cause du précédent qu'elle a créé (...) Ce qui aurait eu trop logiquement lieu à la suite de nos révolutions ou même simplement de nos évolutions politiques, devient, grâce à la loi de 1883, une menace perpétuelle de l'avenir. Les pouvoirs nouveaux croiront être trop naïfs s'ils respectent un principe méconnu par les*

669. Du quasi-silence sur les atteintes spécifiques à l'indépendance, il résulte qu'il est, par conséquent, complexe de découvrir dans la littérature de la science du droit des exemples d'affaires ou d'occasions dans lesquelles l'indépendance de la justice a été réellement mise à mal. Les auteurs qui signalent des attaques à l'indépendance intervenues pendant le régime au cours duquel ils écrivent sont très rares. Au mieux, quelques juristes s'emploient parfois à rapporter les cas d'atteintes qui ont eu lieu au cours des régimes *précédents* le moment où ils publient leurs écrits. C'est le cas de de Pansey. Bien que nommé président de la chambre des requêtes de la Cour de Cassation en 1809 par Napoléon Bonaparte, il n'hésite pas à évoquer l'épuration de la magistrature et la transgression des dispositions textuelles sur l'inamovibilité à l'époque de l'Empire (1804-1814). Il indique : « *Ils [les juges] ne jouirent pas long-temps de cette belle prérogative. Elle commençoit à peine à rendre quelque considération à l'ordre judiciaire, que le gouvernement ombrageux, comme toutes les autorités mal affermies, eut recours au misérable expédient dont nous venons de parler. En 1810, on changea la dénomination des cours d'appel en celle de cours impériales ; et, par suite de cette innovation, tous les juges furent privés de leurs offices. On ne s'arrêta pas là : il fut statué que les nouveaux pourvus ne jouiroient du privilège de l'inamovibilité qu'après une épreuve de cinq années* »²⁰⁶¹. Par contre, le magistrat ne dit rien sur les épurations qui se sont déroulées sous le régime de la Charte de 1814, en particulier en 1815²⁰⁶². Bien au contraire, il vante l'indépendance des juges depuis la restauration de monarchie. Il affirme que la Constitution en place au moment où il écrit garantit l'indépendance de la justice. Selon ses propres termes, « *enfin le roi, que le Ciel nous a rendu, ce roi si ardemment désiré, et dont la trop longue absence nous a coûté tant de sang et de larmes, nous a donné une constitution qui restitue à la magistrature le privilège de l'inamovibilité. Ainsi, désormais, les juges ne seront*

gouvernements d'hier, les vaincus d'aujourd'hui. Et il y aura ainsi de périodiques atteintes à la liberté de la magistrature, et toujours aussi l'inamovibilité sera proclamée inviolable le lendemain de l'épuration ». A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 557. Les privatistes Ernest-Désiré Glasson et Albert Tissier dénoncent aussi la loi d'épuration du 30 août 1883. E. D. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, vol. 1 (Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence), 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, p. 130.

²⁰⁶¹ H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3^e éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, p. 238.

²⁰⁶² « *L'ordonnance du 18 septembre 1815 épure la Cour Royale de Paris en éliminant 29 magistrats. Le 15 octobre 1815, le Tribunal de la Seine perd un cinquième de ses membres, l'ordonnance du 25 octobre remplace 23 magistrats à la Cour de Lyon* », rapporte Renée Martinage. R. Martinage, « L'épuration sous les régimes monarchiques », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, p. 36. V. aussi : *Supra*, n° 611.

plus des instruments mobiles sous la main du pouvoir, et leur noble indépendance les élèvera au-dessus de tous les genres de séduction »²⁰⁶³.

670. Si le mutisme sur les atteintes à l'indépendance de la justice n'est pas surprenant s'agissant des auteurs juspositivistes – dont la méthode scientifique consiste à décrire le droit positif tel qu'il est –, il est, par contre, plus étonnant pour les auteurs jusnaturalistes. En effet, la méthode scientifique des jusnaturalistes est de présenter le droit positif à l'aune du droit naturel²⁰⁶⁴. Concrètement, et pour ne prendre qu'un seul exemple, les présupposés jusnaturalistes²⁰⁶⁵ d'un auteur à l'instar d'Esmein rendent relativement déconcertant son silence par rapport aux affaires. Antoine Chopplet présente Esmein comme étant « avant toute chose un partisan résolu du libéralisme typique du XIXe siècle »²⁰⁶⁶. Il indique que « son républicanisme toujours mesuré s'explique par un attachement profond et sincère à l'idéal libéral »²⁰⁶⁷. Pourtant, bien qu'étant un constitutionnaliste libéral convaincu, Esmein ne dévoile aucun cas précis dans lequel l'indépendance aurait été éprouvée. Pour le long XIXe siècle, la difficulté de la doctrine à parler des atteintes concrètes à l'indépendance tient vraisemblablement aux risques de censure. Elle est également susceptible de trouver son explication dans une attitude prudente consistant à soutenir le régime en place. Sur ce point, les propos de Pellegrino Rossi (1787-1848)²⁰⁶⁸ sont éclairants. Rossi est le premier titulaire

²⁰⁶³ *Id.*, pp. 238-239.

²⁰⁶⁴ Nous avons dressé un constat similaire dans la conclusion de notre chapitre un dans la partie sur l'Allemagne.

²⁰⁶⁵ Jean-Louis Halpérin et Julien Boudon s'accordent à reconnaître que malgré sa volonté affichée de s'en tenir au droit positif, Esmein est, en réalité, un jusnaturaliste. D'abord, Halpérin écrit : « *Il n'y a pas de doute qu'il y a un abîme entre les conceptions d'Esmein et les thèses positivistes et normativistes auxquelles beaucoup d'entre nous adhèrent aujourd'hui. Se côtoient, chez Esmein, d'incontestables relents jusnaturalistes et des penchants vers un positivisme peu rigoureux (...)* ». (J.-L. Halpérin, « De l'histoire au droit constitutionnel », in S. Pinon (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise, Paris, Montchrestien, 2009, p. 53). Plus explicitement encore, Boudon affirme : « *Au fond, Esmein est jusnaturaliste : comme Moreau, comme Molinier, il croit à un droit naturel tel que révélé par la philosophie des Lumières (...) Esmein et Molinier sont d'authentiques jusnaturalistes* ». (J. Boudon, « Esmein, le droit constitutionnel et la Constitution », in S. Pinon (dir.), *op. cit.*, pp. 92-93).

²⁰⁶⁶ A. Chopplet, *op. cit.*, p. 25.

²⁰⁶⁷ *Ibidem*.

²⁰⁶⁸ Pour de plus amples renseignements sur Rossi, voir : P. Lavigne, « Le comte Rossi, premier professeur de droit constitutionnel français (1834-1845) », in *Mélanges Jean-Jacques Chevallier : Histoire des idées et idées sur l'histoire*, Paris, Cujas, 1977, pp. 173-178 ; A. Dufour, « Pellegrino Rossi publiciste », in *Des libertés et des peines : actes du Colloque Pellegrino Rossi*, organisé par le Département d'histoire du droit et des doctrines juridiques et politiques de l'Université de Genève, Genève, Librairie de l'Université, 1980, pp. 213-247. V. aussi le premier paragraphe « Pellegrino Rossi, plus historien que comparatiste » écrit par nos soins dans l'article : C. Cuvelier, D. Huet, C. Janssen-Bennynck, « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch », *Revue du droit public*, n° 6, 2014, pp. 1534-1577.

d'une chaire de droit constitutionnel « officielle »²⁰⁶⁹ ou « proprement dite »²⁰⁷⁰. C'est précisément par une ordonnance en date du 22 août 1834 qu'est créée la « chaire de droit constitutionnel français »²⁰⁷¹ que François Guizot, ministre de l'Instruction publique, confie à Rossi. Dans son manuel intitulé *Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, résultat des leçons dispensées de 1835 à 1836 et de 1836 à 1837 et publié après sa mort en 1866²⁰⁷², l'auteur reconnaît lui-même que la défense de la Constitution en vigueur est implicitement l'une des fonctions que le pouvoir politique assigne aux enseignements dans les facultés. Il explique que « l'étude approfondie des institutions nationales et des garanties [doit] contribue[r] à réveiller et entretenir le sentiment de leur importance »²⁰⁷³. Il ajoute, en outre, que « c'est aussi par l'étude des institutions qu'on reconnaît tout ce que la patrie attend de vous, tout ce que nous lui devons de zèle, de nos volontés individuelles et de nos intérêts particuliers »²⁰⁷⁴. En définitive, pour le long XIXe siècle, la discrétion des auteurs relativement aux affaires dans lesquelles l'indépendance est malmenée peut vraisemblablement être analysée à la lumière de leur crainte de perdre leur chaire professorale. C'est ce qui s'est, notamment, produit pour Gabriel Colmet-Daâge (1813-1896), doyen libéral de la faculté de droit de Paris, qui, en mars 1871, a été violemment destitué du décanat par les Communards²⁰⁷⁵.

²⁰⁶⁹ Le mot est employé par Jean-Louis Mestre dans : J. L. Mestre, L. Favoreu et alii (dir.), *Droit constitutionnel*, 13 éd., Paris, Dalloz, 2010, p. 13. Voir aussi : J. L. Mestre, « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 3, n° 55, 2003, p. 471.

²⁰⁷⁰ L'expression est celle d'Olivier Jouanjan dans : O. Jouanjan, « Histoire de la science du droit constitutionnel », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, Dalloz, 2012, p. 79.

²⁰⁷¹ C'est l'intitulé tel qu'il apparaît dans l'article premier de l'ordonnance du 22 août 1834 (*Le Moniteur Universel*, n° 236, dimanche 24 août 1934).

²⁰⁷² P. Rossi, *Œuvres complètes de P. Rossi : publiées sous les auspices du gouvernement italien. Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Guillaumin, 1866-1867, 4 vol. Le *Cours* a été réédité à une reprise au cours du XIXe siècle : P. Rossi, *Œuvres complètes. Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, 2 éd., Paris, 1877, 4 vol. Par la suite, la référence à l'ouvrage *Œuvres complètes de P. Rossi : publiées sous les auspices du gouvernement italien. Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris* est réduite à *Cours de droit constitutionnel*. Récemment, Julien Boudon a préfacé et republié la majeure partie de l'édition de 1866-1867 : P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2012, 412 p. Voir aussi la réimpression de l'édition de 1866-1867 en 2002 chez Elibron Classics.

²⁰⁷³ P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, vol. I, Paris, Guillaumin, 1866, p. LVI.

²⁰⁷⁴ *Ibidem*.

²⁰⁷⁵ G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Presse de Science Po, 2011, pp. 56-57. Pour de plus amples renseignements sur Colmet-Daâge, voir : J-J. Clère, « Colmet-Daâge Gabriel-Frédéric », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 197.

B. Quelques exceptions dans la science juridique contemporaine

671. A la différence de leurs prédécesseurs, quelques auteurs *contemporains* en droit privé, en droit administratif et en droit constitutionnel déplorent des atteintes particulières à l'indépendance de la justice. Ils ne s'expriment plus seulement en des termes généraux pour condamner le défaut d'indépendance des juges, mais pointent du doigt des circonstances précises dans lesquelles l'indépendance de la justice est bafouée. A titre illustratif, dans son virulent article « l'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux » (1983), Olivier Dupeyrou (1927-2001) regrette l'inamovibilité de fait (en lieu et place de l'inamovibilité de droit) des membres du Conseil d'Etat²⁰⁷⁶. Pour rendre compte des « *défauts dans la cuirasse de l'indépendance de la Haute Juridiction* »²⁰⁷⁷, il rapporte en détail l'affaire Jacomet. Il nous dit : « *On se souvient sans doute que M. André Jacomet, maître des requêtes au Conseil, détaché dans les fonctions de Secrétaire Général de l'Administration, c'est-à-dire de deuxième représentant du pouvoir en Algérie, avait un certain jour, exprimé énergiquement son désaccord avec la politique algérienne de ce pouvoir, au cours d'une réunion de hauts fonctionnaires ; à la suite de quoi il avait été révoqué par deux décrets des 9 et 12 novembre 1960, d'abord de ses fonctions de Secrétaire Général de l'administration en Algérie, puis de celles de membre du Conseil d'Etat. Si l'illégalité de la première révocation n'était pas certaine, celle de la seconde n'était guère douteuse. L'intéressé se pourvut devant le Conseil d'Etat, où sa révocation semblait avoir créé une certaine émotion. Ce fut en vain. Il semble en effet qu'on ne lui ait pas caché, comme il était de la maison, qu'il n'était politiquement pas possible au Conseil de se prononcer sur son recours : une annulation risquant d'être très mal prise par le Général de Gaulle. Il dut ainsi faire un long détour par le secteur privé, et ne put obtenir sa réintégration au Conseil qu'en 1968* »²⁰⁷⁸. Sans détour, le professeur à l'Université de Toulouse en conclut qu'« *après une telle affaire, il est difficile de ne pas éprouver un minimum de doute concernant la protection que leur "inamovibilité de fait" assurerait aux membres du Conseil d'Etat* »²⁰⁷⁹. Autre exemple : dans leurs *Institutions juridictionnelles* (12^e éd. : 2013), Serge Guinchard (1946-...) et ses coauteurs signalent l'ingérence régulière du Parlement dans l'activité du juge au moyen des lois interprétatives. Ils font, précisément,

²⁰⁷⁶ A la différence des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel dont l'inamovibilité est garantie par un texte (article L. 231-3 du code de la justice administrative), les membres du Conseil d'Etat ne jouissent « que » d'une inamovibilité de fait.

²⁰⁷⁷ O. Dupeyrou, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *RDP*, 1983, p. 580.

²⁰⁷⁸ O. Dupeyrou, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *RDP*, 1983, pp. 583-584.

²⁰⁷⁹ *Id.*, p. 584.

référence à un cas dont ils précisent « *qu'il n'est pas isolé* »²⁰⁸⁰. Ils décrivent le dit cas en ces termes : « *en matière d'impôt sur les grandes fortunes et à propos d'une interprétation de la loi du 30 décembre 1981 (instaurant cet impôt), quant à l'usufruit du conjoint survivant, la chambre commerciale avait rendu une décision favorable à l'usufruitier le 18 avril 1989 ; l'administration fiscale répliquait immédiatement par une note indiquant à ses agents qu'ils ne devaient pas tenir compte de cette décision (mépris de l'autorité judiciaire) et qu'elle se faisait fort d'obtenir le vote d'une loi interprétative (donc rétroactive), ce qui fut fait avec la loi de finances du 29 décembre 1989* »²⁰⁸¹.

672. Hormis quelques auteurs contemporains pour qui les atteintes concrètes ne sont plus un tabou, dans leur très grande majorité, les juristes rapportent peu de cas spécifiques dans lesquels l'indépendance a été concrètement mise à mal. Ce premier silence doctrinal se double d'un second silence encore plus prégnant : il concerne la théorisation d'un concept d'indépendance de la justice. Les auteurs fournissent très peu de définitions de l'indépendance.

Section 2 : La faiblesse de la théorisation de l'indépendance

673. La conceptualisation française de l'indépendance de la justice se caractérise par un faible degré de théorisation. Par « faible théorisation », il faut entendre un faible investissement conceptuel du principe de l'indépendance de la justice. Il faut comprendre que le bilan de la conceptualisation française de l'indépendance est maigre et que *ce bilan n'a, en plus, pas varié dans le temps*. Entre le début du XIXe siècle et aujourd'hui, les auteurs français n'ont jamais véritablement cherché à étudier l'indépendance de manière abstraite, de sorte qu'il n'est pas possible de mettre au jour une rupture conceptuelle nette marquant une progression dans la structuration des débats intellectuels autour de l'indépendance. En soi, la faible théorisation doctrinale de l'indépendance n'apparaît pas surprenante. Elle confirme la thèse bien connue selon laquelle la doctrine française conceptualise peu et se satisfait du travail de la seule dogmatique juridique²⁰⁸². La doctrine se contente de « *“gérer” le contenu*

²⁰⁸⁰ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 128.

²⁰⁸¹ *Id.*, pp. 127-128.

²⁰⁸² Il convient, néanmoins, de ne pas nier complètement l'existence d'une réflexion sur la théorie de l'Etat en France. V. par exemple : R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement*

du droit positif existant, stable, confirmé»²⁰⁸³, nous dit Luc Heuschling. Dans son article « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue français » publié en 2003, Olivier Jouanjan fait un état des lieux sévère de la situation de la théorie générale de l'Etat en France. Il parle « d'empirisme naïf »²⁰⁸⁴ ou de « pur descriptivisme des institutions sans théorie de l'institution »²⁰⁸⁵. Déjà, dans son article « La théorie générale de l'Etat (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié » publié en 1999, Olivier Beaud dressait le même constat de la désaffection des auteurs français pour la théorie générale de l'Etat²⁰⁸⁶.

674. A y regarder de plus près, deux preuves au moins sont susceptibles de conforter l'affirmation de la faiblesse de la théorisation de l'indépendance (§1). Evidemment, la « faible théorisation » de l'indépendance rend plus difficile la découverte de ses concepts. A partir du moment où les auteurs ne cherchent quasiment pas à définir expressément les sens, délimiter les contours et les limites du mot indépendance, le travail de recherche est plus complexe. A la manière d'un archéologue, il faut alors extraire et reconstruire les définitions de l'indépendance. Au terme de cet effort intellectuel, quelques rares conceptualisations de l'indépendance peuvent, toutefois, être finalement identifiées (§2).

§1. Deux séries de preuves à l'appui

675. Deux éléments fondent la thèse de la faiblesse de la théorisation de l'indépendance : tandis que le premier élément concerne indifféremment tous les auteurs entre le début du XIXe siècle et aujourd'hui, le second élément se rapporte plus spécifiquement aux auteurs contemporains. La première preuve est, tout d'abord, liée à la faible part, en termes quantitatifs, des développements consacrés aux concepts de l'indépendance dans les travaux de la science du droit (A). Ensuite, un examen en profondeur des écrits des auteurs permet

d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français, reproduction de l'édition en deux volumes de 1920-1922 (Paris, Recueil Sirey), Dalloz, Paris, 2004, 2 vol. ; ou plus récemment : M. Troper, *Pour une théorie juridique de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 358 p. ; O. Beaud, *La puissance de l'Etat*, Paris, PUF, 1994, 512 p. ; C. Grewe, H. Ruiz Fabri, *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 661 p.

²⁰⁸³ L. Heuschling, « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'Etat, de la théorie constitutionnelle : A propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus Politicum*, n° 5, 2011 (sans pagination – p. 5 du pdf). Disponible en ligne : http://www.juspoliticum.com/IMG/pdf/JP5_Heuschling_Jestaedt_PDF_corr02.pdf (date de consultation: 24/11/15).

²⁰⁸⁴ O. Jouanjan, « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue français », *RUDH*, 2003, vol. 15, n° 3-6, p. 103.

²⁰⁸⁵ *Ibidem*.

²⁰⁸⁶ O. Beaud, « La théorie générale de l'Etat (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », in O. Beaud, E. V. Heyen (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Une science juridique franco-allemande*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 83-109.

aussi de constater la pléthore de qualificatifs imprécis juxtaposés au mot indépendance (par exemple, « fonctionnelle », « organique » ou « décisionnelle »). Cette multiplicité des terminologies, qui sont à la fois complexes et confuses, est un autre signe de la faiblesse de la théorisation (B).

A. Bilan quantitatif : la rareté des définitions de l'indépendance

676. Entre la part des développements consacrés aux concepts de l'indépendance et celle portant sur les procédés techniques de l'indépendance, il y a déséquilibre dans la littérature juridique : la proportion des développements portant sur les concepts de l'indépendance est limitée dans les travaux de la science du droit. *A contrario*, les développements concernant les modalités pratiques de l'indépendance, en particulier ceux portant sur les mécanismes garantissant l'indépendance, constituent l'essentiel des analyses doctrinales (1). Ce déficit quantitatif des définitions de l'indépendance n'a jamais été « purgé » même après les récents débats sur le parquet. Aussi riches qu'elles ont été, les discussions récemment ravivées sur l'indépendance du parquet n'ont pas débouché sur l'apparition de longues définitions de l'indépendance (2).

(1) Une focalisation sur les procédés techniques de l'indépendance au détriment d'une conceptualisation de l'indépendance

677. Le bilan quantitatif relatif aux concepts de l'indépendance est maigre à au moins deux égards. Premier niveau : sur l'ensemble des auteurs consultés, seul un petit pourcentage fournit des définitions de l'indépendance. Léon Duguit (1859-1928)²⁰⁸⁷ est parmi les nombreux auteurs qui, à l'intérieur de son monumental *Traité de droit constitutionnel* en cinq volumes (1ère éd. : 1911 en deux volumes)²⁰⁸⁸ lequel remplit plus de 3700 pages, ne

²⁰⁸⁷ Pour de plus amples renseignements sur Duguit, voir : J. Bonnet, *La science juridique française : quelques aspects fondamentaux de l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, E. de Boccard, 1929, 34 p. (extrait de la Revue générale du Droit, de la Législation et de la Jurisprudence en France et à l'étranger) ; E. Pysier-Kouchner, *Le service public dans la théorie de l'Etat de Léon Duguit*, thèse, Paris, LGDJ, 1972, 316 p. ; L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, pp. 387-395 ; M. Milet, « Duguit Léon », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 271-273 ; F. Melleray, « Léon Duguit : L'Etat détrôné », in N. Hakim, F. Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 215-262 ; S. Pinon, « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *RDP*, n° 2, 2010, pp. 523 et s. ; F. Melleray (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Actes du colloque commémoratif du 150e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit à Bordeaux les 29-30 mai 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, 386 p.

²⁰⁸⁸ Nous utilisons : L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Boccard, 1921-1925, 5 vol.

caractérise ni les contours ni les limites de l'indépendance de la justice. Guillaume Sacriste classe Duguit parmi les fournisseurs de « *produits scientifiques alternatifs* »²⁰⁸⁹. Après avoir enseigné à Caen en 1883, c'est, dès la rentrée universitaire de 1886, à Bordeaux que Duguit retourne pour développer ses thèses originales. En s'appuyant comme source d'inspiration sur les travaux d'Auguste Comte ou d'Emile Durkheim, l'œuvre de Duguit²⁰⁹⁰ s'intègre dans une approche sociologique et laisse apparaître une conception objectiviste du droit. Aux yeux du chef d'école (la célèbre « Ecole de Bordeaux »)²⁰⁹¹, élaborer une véritable science constitutionnelle nécessite de se vouer entièrement à l'observation des « faits » et de se baser sur une méthode déductive ayant pour point de départ les faits observables. Limiter l'Etat et les gouvernants par le droit constitue l'impératif scientifique majeur de l'auteur. S'attaquant aux théories allemandes de l'autolimitation, la doctrine duguiste trouve dans la notion de solidarité sociale, qui implique une contrainte naturelle à laquelle les individus sont tenus de se soumettre, le fondement de son argumentation. C'est, en outre, à Duguit que revient la paternité de l'introduction en France de l'expression Etat de droit²⁰⁹². Pour ce qui intéresse notre sujet, au sein du *Traité de droit constitutionnel*, en particulier dans les paragraphes 54 (« De la distinction des fonctionnaires judiciaires et des fonctionnaires administratifs ») ou 67 (« Fonctionnaires qui ont un statut légal spécial ») du volume III dans lesquels le lecteur aurait pu éventuellement s'attendre à découvrir des concepts de l'indépendance, aucun début de définition du mot n'apparaît.

678. Deuxième niveau : dans les travaux doctrinaux offrant une théorisation ou, à défaut, un début de théorisation de l'indépendance, les définitions de l'indépendance – qui sont, la plupart du temps, éparpillées – sont particulièrement concises. A titre d'illustration du caractère bref de la conceptualisation, dans sa *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Carré de Malberg – pourtant très enclin à la théorisation – se contente d'asséner sur quelques

²⁰⁸⁹ G. Sacriste, *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Presse de Science Po, 2011, pp. 343-353 ; spéc., pp. 347-353.

²⁰⁹⁰ A titre principal, l'œuvre de Duguit comprend : L. Duguit, « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, tome VII, février, avril et juin 1893, pp. 99-132 ; pp. 336-372 et pp. 567-615 ; L. Duguit, *Etudes de droit public*, reproduction de l'édition en deux volumes d'Albert Fontemoing de 1901-1903, Paris, Dalloz, 2003-2005, 2 vol. ; L. Duguit, *Les transformations du droit public*, Paris, Armand Colin, 1913, 285 p. ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Boccard, 1921-1925, 5 vol. ; L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, reproduction de l'édition d'E. de Boccard de 1923, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2007, 605 p. ; L. Duguit, *Leçons de droit public général faites à la Faculté de droit de l'Université égyptienne pendant les mois de Janvier, Février et Mars 1926*, Paris, E. de Boccard, 1926, 340 p.

²⁰⁹¹ Duguit a influencé toute une génération de jeunes publicistes passés par la faculté de Bordeaux, à l'instar de Marc Réglade ou Roger Bonnard.

²⁰⁹² L. Heuschling, *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, p. 8 ; *Id.*, p. 326 ; *Id.*, p. 376.

lignes : « *En ce qui concerne ces tribunaux, en effet, le droit positif en vigueur s'est appliqué à assurer, dans l'intérêt des justiciables, l'indépendance aussi parfaite que possible des juges. Dans ce but, il a consacré d'abord leur inamovibilité, qui présentement est établie surtout à l'encontre du chef de l'Exécutif : le principe de l'inamovibilité (sous réserve du cas de forfaiture) a été posé par de nombreuses Constitutions (...) D'autre part, le chef de l'Exécutif ne peut exercer sur les juges la puissance hiérarchique qui lui appartient sur les fonctionnaires administratifs : il ne peut point leur donner d'ordres, car les juges ne lui doivent pas obéissance ; il ne peut, ni les censurer, ni annuler ou réformer leurs sentences ; (...) Enfin, l'indépendance de l'autorité judiciaire, sa séparation organique d'avec l'autorité administrative, se trouve réalisée et clairement attestée – comme l'a montré M. Jacquelin - par ce fait capital que tous les tribunaux judiciaires sont placés exclusivement sous le contrôle et la puissance hiérarchique d'un organe suprême, la Cour de cassation, qui est elle-même une autorité purement judiciaire et qui ne relève d'aucune autorité supérieure* »²⁰⁹³.
 Dernier détail significatif : y compris les auteurs qui produisent, en termes quantitatifs, de très longs développements sur la justice n'accordent, en général, qu'une place marginale aux concepts de l'indépendance²⁰⁹⁴.

679. Tout bien considéré, à l'exception de quelques travaux singuliers, bien loin de théoriser l'indépendance, la science du droit français met surtout en avant *une conception très technicienne de l'indépendance*. Plutôt que de raisonner de manière abstraite sur l'indépendance, elle rattache, en réalité, la présentation de celle-ci à un appareil technique. De cela, il découle que les paragraphes sur les modalités pratiques de l'indépendance ou les mécanismes susceptibles de la garantir représentent, en termes quantitatifs, la quasi-totalité des développements se rapportant à l'indépendance. Au titre des grandes questions débattues par la doctrine lorsqu'elle étudie l'indépendance, figurent notamment celles autour de l'inamovibilité, des modalités de désignation des juges, du traitement et de l'avancement²⁰⁹⁵,

²⁰⁹³ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, pp. 769-770. (Nous soulignons les quatre brèves significations de l'indépendance que nous avons identifiées dans l'œuvre de Carré de Malberg).

²⁰⁹⁴ V. par exemple : J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, 955 p. (19 pages sur « La Justice ». *Id.*, pp. 847-866) ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1977-1980, 4 vol. (200 pages sur « La justice administrative » dans le tome 1 publié en 1980. A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 1 (L'organisation administrative – La fonction administrative et les actes administratifs – La Justice administrative – La police administrative et les services publics – La responsabilité administrative), 8e éd., Paris, LGDJ, 1980, pp. 399-598).

²⁰⁹⁵ Consulter, par exemple : F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel : Organisation des pouvoirs publics*, 1^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1892, pp. 482-484. Le *Précis* de Moreau a fait l'objet de dix éditions

du jury²⁰⁹⁶, des modalités de recrutement des juges (concours et écoles spéciales)²⁰⁹⁷, de la durée dans le temps de l'office des juges²⁰⁹⁸, du nombre de juges²⁰⁹⁹, du juge unique ou de la collégialité²¹⁰⁰ et plus récemment, du conseil supérieur de la magistrature²¹⁰¹.

680. A n'en pas douter, au cours du XIXe et jusqu'au milieu du XXe siècle, parmi l'ensemble de ces aspects liés à l'indépendance, ce sont l'inamovibilité et les modalités de désignation des juges qui font l'objet des commentaires les plus longs²¹⁰². Presque tous les auteurs consultés traitent sur plusieurs pages de ces deux questions. Esmein lui-même reconnaît que « *certaines règles de l'organisation judiciaires ont cependant une importance politique considérable et doivent être examinées dans leur rapport avec le gouvernement tout entier ; elles intéressent l'ensemble de la Constitution, et non pas seulement la bonne administration de la justice. Telles sont au premier chef le mode de nomination des juges et leur inamovibilité* »²¹⁰³. Pour ce qui est, premièrement, de l'inamovibilité, il convient, au préalable, de préciser qu'à peu près l'ensemble des auteurs français la présente – non pas comme l'un des *concepts* de l'indépendance (concept I B dans la typologie) – mais plutôt comme l'une de ses *garanties*. L'inamovibilité est pensée comme un outil – parmi d'autres –

successives (10^e et dernière édition : Paris, L. Larose et L. Tenin, 1928) ; L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. III (La théorie générale de l'Etat), 2^e éd., Paris, Bocard, 1923, pp. 179-180 ; E. D. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, vol. 1 (Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence), 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, pp. 110 et s. ; J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, pp. 854-855 ; H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1, Paris, Sirey, 1961, pp. 687-691 ; L. Boyer, H. Roland, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., Lyon, Editions l'Hermès, 1983, pp. 268-270.

²⁰⁹⁶ Consulter, notamment : A. Esmein, *op. cit.*, pp. 523-527 ; J. Barthélemy, P. Duez, *op. cit.*, pp. 855-856 ; H. Solus, R. Perrot, *op. cit.*, pp. 510-514 ; L. Boyer, H. Roland, *op. cit.*, pp. 264-267.

²⁰⁹⁷ Voir, sur ce point, par exemple : J. Coumoul, *Traité du pouvoir judiciaire ; de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, 2^e éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1911, pp. 415-427 ; H. Solus, R. Perrot, *op. cit.*, pp. 641-652.

²⁰⁹⁸ Voir, sur ce point, à titre d'illustration : L-E. Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, A. Maresq Ainé, 1878, pp. 59 et s. ; A. Esmein, *op. cit.*, p. 513.

²⁰⁹⁹ Voir, en particulier : J. Coumoul, *op. cit.*, pp. 352-385.

²¹⁰⁰ Voir, par exemple : L-E. Jousserandot, *op. cit.*, pp. 131 et s. ; H. Solus, R. Perrot, *op. cit.*, pp. 505-510.

²¹⁰¹ Voir, à cet égard : J. Coumoul, *op. cit.*, pp. 328-333 ; H. Solus, R. Perrot, *op. cit.*, pp. 626-629 ; L. Boyer, H. Roland, *op. cit.*, pp. 27-28 ; F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 415-422.

²¹⁰² Pour une étude approfondie de l'inamovibilité et des modalités de désignation des juges dans les discours de la doctrine du XIXe et du début du XXe siècle, lire : A. Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse, Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, pp. 437-447. Sur l'inamovibilité, consulter également : O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 30. Disponible en ligne : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/0c5bec53-71c8-4569-91b3-3f5e0f4e0143> (date de consultation: 24/11/15).

²¹⁰³ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 510.

en vue d'atteindre un but : l'indépendance²¹⁰⁴. Pour preuve, Solus et Perrot nous décrivent l'inamovibilité en ces termes: « *L'inamovibilité des magistrats du siège (...) constitue essentiellement une garantie de la bonne administration de la justice et, plus particulièrement, une garantie de l'indépendance des juges à l'égard du pouvoir central. (...) Or étant donné, on l'a vu, que ceux-ci sont nommés par le gouvernement, par le pouvoir exécutif, il est nécessaire qu'ils aient, le cas échéant et pour fortifier la résolution de leur caractère et les inspirations de leur conscience, le moyen, en droit et en fait, de résister sans avoir à craindre pour leur situation aux pressions du gouvernement ou de plaideurs puissants, de même qu'aux influences politiques dont ils pourraient être l'objet. Ce moyen est précisément l'inamovibilité* »²¹⁰⁵. Au-delà de cet accord quasi-général sur l'approche consistant à concevoir l'inamovibilité comme une garantie de l'indépendance, plusieurs lignes de fracture se présentent au sein de la doctrine au sujet de l'inamovibilité. Concrètement, tandis que la majorité des auteurs défendent fermement l'inamovibilité des juges (par exemple, de Pansey²¹⁰⁶, Moreau²¹⁰⁷, Artur²¹⁰⁸, Glasson et Tissier²¹⁰⁹ ou Solus et Perrot²¹¹⁰), d'aucuns la soutiennent seulement faiblement en acceptant des aménagements ou des restrictions à sa mise en œuvre (entre autres, Esmein²¹¹¹ ou Duguit²¹¹²) et une très petite minorité s'y oppose.

²¹⁰⁴ L'existence de deux approches différentes dans la manière de concevoir la protection statutaire des juges a déjà été traitée dans le détail dans la partie sur l'Angleterre. V., sur ce point : *Supra*, n° 318 et s. Elle a également été évoquée dans la partie sur l'Allemagne. V., en particulier : *Supra*, n° 472 et s.

²¹⁰⁵ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1, Paris, Sirey, 1961, p. 663. Pour un auteur – minoritaire – qui semble, *a contrario*, appréhender l'inamovibilité comme un des concepts de l'indépendance, en la concevant notamment sur le même plan que les pressions sur l'activité juridictionnelle en provenance du chef de l'exécutif, voir : R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, p. 769. Carré de Malberg fournit au moins quatre brèves définitions de l'indépendance que nous avons reproduites dans les développements ci-avant. V., en particulier : *Supra*, n° 678.

²¹⁰⁶ H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3^e éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, pp. 225 et s. ; spéc. p. 227.

²¹⁰⁷ F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel : Organisation des pouvoirs publics*, 1^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1892, pp. 490-492.

²¹⁰⁸ E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » (3^e article), *RDP*, t. XIV, 1900, p. 56. L'article « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions » a été publié entre 1900 et 1903 dans la *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* sous la forme de neuf articles : E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, t. XIII, 1900, pp. 214-246, pp. 470-496 ; *RDP*, t. XIV, 1900, pp. 34-64, pp. 236-280, pp. 436-505 ; *RDP*, t. XVII, 1902, pp. 78-97, pp. 234-274, pp. 439-472 ; *RDP*, t. XX, 1903, pp. 415-502. Les neuf articles ont été réunis en 1905 dans un ouvrage publié sous le titre *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer* (Paris, Pichon, 1905, 388 p.).

²¹⁰⁹ E. D. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, vol. 1 (Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence), 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, p. 126. V. aussi : *Id.*, p. 130

²¹¹⁰ H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1, Paris, Sirey, 1961, pp. 663 et s. ; spéc. pp. 667-668.

²¹¹¹ A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 522. V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 668.

²¹¹² L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. III (La théorie générale de l'Etat), 2^e éd., Paris, Boccard, 1923, pp. 189-190. V. aussi la position de Duguit dans son ouvrage *Études de droit public*. Duguit indique que la

Au nombre des pourfendeurs de l'inamovibilité, il y a, à titre d'illustration, et de manière surprenante, l'un des précurseurs de la défense de l'indépendance des juges²¹¹³, Jousserandot. Son argumentation se fonde en partie²¹¹⁴ sur la dangerosité de l'abandon définitif par le peuple de sa souveraineté au juge. Jousserandot dresse un parallèle entre la délégation *temporaire* par le peuple de sa souveraineté aux titulaires des pouvoirs exécutif et législatif et la délégation *définitive* par le peuple de sa souveraineté aux juges. En des termes virulents, il assène : « *Aujourd'hui nos magistrats, s'ils doivent se borner à appliquer la loi, n'en ont pas moins la souveraineté judiciaire. Et la nation abdiquerait entre leurs mains ! Comment ! La nation n'entend pas renoncer à son droit de souveraineté politique. Elle délègue le Pouvoir exécutif à un président élu pour quatre ans seulement ! Elle délègue le Pouvoir législatif à des députés élus pour trois ans et à des sénateurs élus pour trois, six ou neuf ans ! Et elle délèguerait à tout jamais le Pouvoir judiciaire, par l'intermédiaire du Pouvoir exécutif, à des hommes qu'elle n'est pas appelée à connaître, à apprécier, et qu'elle devrait subir sans pouvoir exercer sur eux aucun contrôle efficace ! C'est une abdication inouïe !* »²¹¹⁵. En définitive, sauf pour les juges du tribunal de cassation²¹¹⁶, Jousserandot conteste le principe de l'inamovibilité en déclarant qu'« *il n'y a qu'un seul moyen de rassurer les parties et de garantir le juge lui-même contre ses involontaires faiblesses, c'est de limiter, autant que cela est possible, la durée de son office* »²¹¹⁷. Autre sujet de dissension dans la doctrine à propos de l'inamovibilité : alors que nombre d'auteurs se prononcent en faveur de l'inamovibilité

règle de l'inamovibilité n'est ni plus ni moins qu'une règle de compétence particulière. Elle n'abolit pas le pouvoir de révoquer ou de déplacer un juge. Simplement, elle attribue ce pouvoir non pas au gouvernement, mais au conseil supérieur de la magistrature. De cela, il découle, selon Duguit, que les juges restent des fonctionnaires révocables comme les autres. L. Duguit, *Etudes de droit public*, vol. 2 (L'Etat, les gouvernants et les agents), reproduction de l'édition d'Albert Fontemoing de 1903, Paris, Dalloz, 2005, pp. 589-590.

²¹¹³ V. sur ce point : *Supra*, n° 662.

²¹¹⁴ Pour épauler son point de vue, Jousserandot développe un second argument. Il souligne que « *le ministère du juge n'est pas une fonction, mais une charge. Or, forcer un citoyen à remplir une charge toute sa vie, ce serait porter l'atteinte la plus grave au principe de liberté* ». L-E. Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, A. Maresq Ainé, 1878, p. 67.

²¹¹⁵ *Id.*, p. 66.

²¹¹⁶ Par exception, Jousserandot réclame l'inamovibilité des juges du tribunal de cassation au nom de l'unité de la jurisprudence. Dans une note de bas de page, non sans un certain malaise, il fournit quelques explications sur ce point : « *On nous reprochera peut-être de nous mettre en contradiction avec nous-même, en adoptant ici l'inamovibilité que nous avons précédemment condamnée. Nous répondrons que l'inamovibilité n'est pas un principe, mais un moyen, une ressource, un expédient, dont il peut être utile d'user dans certains cas. Or, il nous paraît utile de conserver l'unité de la Jurisprudence, et l'inamovibilité du Juge de cassation nous semble le meilleur moyen d'atteindre ce but. Que si nos critiques trouvaient un procédé meilleur, nous nous en réjouirions avec eux. S'il est dangereux de transiger avec un principe, on ne doit jamais hésiter à sacrifier un simple expédient* ». *Id.*, p. 157.

²¹¹⁷ *Id.*, p. 64. Tout au long de son ouvrage, Jousserandot poursuit sa critique de l'inamovibilité. Voir, en particulier: *Id.*, pp. 85-89.

pour tous les juges, y inclus les juges administratifs (par exemple, Cormenin²¹¹⁸, Macarel²¹¹⁹ ou Saint Girons²¹²⁰), quelques auteurs refusent l'inamovibilité aux juges administratifs (entre autres, Cabantous et Liégeois²¹²¹, Ducrocq²¹²² ou Esmein²¹²³). A l'inverse de ce qui a cours relativement à l'inamovibilité, pour ce qui est, deuxièmement, des modalités de désignation des juges – qui est le second aspect de l'indépendance donnant lieu à des développements abondants –, la doctrine se montre plus unie. La question du choix entre d'une part, l'élection des juges par le peuple²¹²⁴ et d'autre part, la nomination des juges par le pouvoir exécutif ne déchire pas la doctrine : dans leur quasi-totalité, après fait ressortir les inconvénients de l'élection des juges par le peuple que sont, par exemple, les liens de servitude entre les juges et ses électeurs ainsi que l'incapacité du corps électoral à faire de bon choix, les auteurs prennent résolument parti pour la nomination des juges par le pouvoir exécutif²¹²⁵. A cet égard, les propos d'Esmein sont symptomatiques. Il explique : « *Si le magistrat élu est pleinement indépendant du pouvoir exécutif, il dépend, au contraire, étroitement du corps électoral, auquel il aura à demander une élection nouvelle lorsque ses pouvoirs seront expirés ; il lui faudra une singulière force d'âme pour ne jamais se laisser influencer, dans l'exercice de ses fonctions, par les opinions et même par les préjugés de ses électeurs* »²¹²⁶. Pour justifier leur rejet du système électif, les juristes renvoient encore, de manière critique, à

²¹¹⁸ L. M. Delahaye de Cormenin, *Questions de droit administratif*, volume 2, 1^{er} éd., Paris, M. Ridler, 1822, p. 456.

²¹¹⁹ L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 406.

²¹²⁰ A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 594.

²¹²¹ L. Cabantous, J. Liégeois, *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 6^e éd., Paris, A. Marescq Aîné, 1882, p. 427. V. déjà sur ce point : *Supra*, n^o 664.

²¹²² T. Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*, vol. I (introduction de droit constitutionnel – organisation administrative), 6^e éd., Paris, E. Thorin, 1881, p. 242. V. déjà sur ce point : *Supra*, n^o 664.

²¹²³ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 534.

²¹²⁴ Sur la thématique de l'élection des juges, lire : J. Krynen (dir.), *L'élection des juges : étude historique française et contemporaine*, Paris, PUF, 1999, 278 p.

²¹²⁵ Jousserandot est au nombre des auteurs minoritaires qui soutiennent l'élection des juges par le peuple. Il rationalise, toutefois, son système de justice élective par la constitution de collèges électoraux spéciaux. L-E. Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, A. Maresq Aîné, 1878, pp. 159 et s.

²¹²⁶ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 511. Esmein rend également compte de ce que « *le corps électoral sera presque toujours incapable de faire de bons choix* ». *Id.*, p. 512. Dans le même sens, consulter entre autres : E. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, pp. 422-423 ; A. Saint Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, pp. 435-438 ; A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, pp. 537-540 ; F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel : Organisation des pouvoirs publics*, 1^{er} éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1892, pp. 484-485 ; E. D. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, vol. 1 (Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence), 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, p. 97.

la pratique, en particulier, aux difficultés et aux résultats insatisfaisants de l'expérience électorale en France en 1790-1792 et en l'an III, dans certains Etats fédérés des Etats-Unis et dans la Confédération suisse²¹²⁷. Il convient, du reste, de signaler que dans leurs développements consacrés aux modalités de désignation des juges, nombreux sont les membres de la doctrine à souligner la particularité des juridictions commerciales et prud'homales, qui sont composés de juges élus. C'est le cas, notamment, d'Esmein, qui nous fournit quelques arguments à ce sujet. S'il justifie le principe électif pour le juge du tribunal de commerce en faisant valoir que – contrairement aux juges qui seraient élus dans les juridictions civiles et criminelles – le juge en question « *a en dehors de ses fonctions, une profession principale, ou une fortune acquise par son activité antérieure* »²¹²⁸, il est plus nuancé lorsqu'il s'agit de soutenir l'élection du conseiller prud'homal. L'auteur des *Eléments de droit constitutionnel* dénonce la tentative d'introduction d'un mandat impératif entre les électeurs et leurs conseillers prud'homaux. « *Les conseils de prud'hommes sont élus d'après les traditions et des principes analogues, mais ici l'institution paraît tendre à se fausser, les luttes politiques s'étant mêlées souvent à ces élections, et des mandats impératifs ayant été données aux prud'hommes ouvriers par leurs électeurs* »²¹²⁹, regrette-t-il.

681. Au terme des analyses, le bilan quantitatif est donc sans appel : *dans les productions doctrinales françaises, l'indépendance est orpheline de ses définitions, tandis qu'elle est excessivement présentée du point de vue de ses solutions pratiques*. Sur ce diagnostic, il importe, à titre conclusif, de faire un dernier commentaire. Celui-ci doit être compris comme un prolongement et un élargissement des réflexions amorcées sur le bilan quantitatif. Il est relatif à l'existence dans les travaux de la doctrine – à titre essentiel, celle de droit public – du XIXe siècle de développements extensifs sur deux questions distinctes liées à la justice, qui si

²¹²⁷ V. sur ce point : A. Chopplet, *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse, Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, p. 443.

²¹²⁸ A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 517. Esmein ajoute aussi que « *la fonction de juge temporaire n'est pour lui qu'un honneur supplémentaire qu'il pourra, au terme de sa charge, abandonner sans aucun dommage* ». *Ibidem*.

²¹²⁹ *Ibidem*. Sur la pratique du système électif dans les juridictions commerciales et prud'homales, consulter aussi : E. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, pp. 423-424 ; F. Moreau, *Précis élémentaire de droit constitutionnel : Organisation des pouvoirs publics*, 1^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1892, pp. 478-481. Voir également, Barthélemy et Duez qui se montrent critiques de l'élection des juges des conseils de prud'hommes et des tribunaux de commerce. « *Ces traces [d'élection des juges dans notre organisation actuelle] ne sont pas de nature à étendre l'expérience* », considèrent-ils. J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 850.

elles ne concernent pas directement l'indépendance, ne sont pas non plus complètement dépourvues de liens avec elle. Ce qui est, de surcroît, intéressant avec ces deux sujets qui mobilisent fortement l'attention des juristes du XIXe siècle est qu'ils témoignent de *l'existence de réflexions théoriques approfondies autour du judiciaire*. Ces deux discussions sont le signe qu'en dépit de sa focalisation sur la technique juridique en matière d'indépendance, les juristes français n'ont pas entièrement renoncé à une ambition de penser théoriquement la justice.

682. La première préoccupation concerne la qualification de juge donnée aux administrateurs, lorsqu'ils tranchent des litiges de nature contentieuse²¹³⁰. En quelques mots, jusqu'au moins dans les années 1880, la grande majorité des membres de la doctrine (y inclus Serrigny, Batbie, Cormenin, Macarel ou Ducrocq)²¹³¹, appuyée par la jurisprudence, reconnaît non seulement aux ministres mais encore à l'occasion aux préfets, voire aux sous-préfets et aux maires la qualité de juges administratifs, lorsqu'ils statuent sur des problèmes de droit. Les auteurs montrent que les dits administrateurs n'accomplissent pas un acte de gestion, mais exercent une véritable fonction juridictionnelle – à l'image de celle détenue par les conseils de préfecture et le Conseil d'Etat – chaque fois qu'ils se prononcent sur des réclamations de nature contentieuse relevant directement de leur compétence ou qu'ils interviennent sur des recours qui leur sont déférés en tant que supérieur hiérarchique. Pour parvenir à une pareille conclusion, ils mettent en avant des critères matériels (l'application de la loi au cours du litige) ou évoquent des critères formels et organiques (existence d'un recours en appel devant le Conseil d'Etat, respect de certaines procédures, respect du contradictoire, autorité de la chose jugée attachée aux actes rendus)²¹³². En y regardant de plus près, cette élaboration théorique autour de la qualité de juge nous semble particulièrement intéressante, à partir du moment où elle est ramenée à l'indépendance. Elle est l'indice que dans les débats du XIXe

²¹³⁰ Pour plus de renseignements sur la doctrine de l'administrateur-juge, voir : R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, pp. 789 et s. ; F. Burdeau, *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, pp. 162-167 ; *Id.*, pp. 185-186 ; *Id.*, pp. 226-229. V. aussi : G. Bigot, « La théorie du ministre-juge : endoscopie d'une fiction juridique », in G. Bigot, M. Bouvet (dir.), *Regards sur l'histoire de la justice administrative*, journées d'études du Centre d'histoire du droit de l'Université de Rennes 1, Paris, Litec, 2006, pp. 229-255 ; K. Weidenfeld, *Histoire du droit administratif*, Paris, Economica, 2010, pp. 73-76.

²¹³¹ V. en particulier : L. A. Macarel, *Cours d'administration et de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, 2^e éd., vol. 2, Paris, Plon frères, 1852, pp. 536 et s. ; D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. 3, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1865, pp. 170-183. Parmi les premiers adversaires de la doctrine de l'administrateur-juge, il faut mentionner Bouchéné-Lefer.

²¹³² I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, p. 151.

siècle, le critère de l'indépendance est tout à fait secondaire pour l'attribution de la qualité de juge²¹³³ et que dès lors, pour être juge, il n'est absolument pas nécessaire d'être indépendant !

683. La seconde préoccupation, dont il est impératif de rendre compte ici vu l'importante proportion de développements à laquelle elle donne lieu, porte sur le nombre de fonctions étatiques (y a-t-il deux ou trois fonctions étatiques ?), et spécialement sur le rattachement ou non de l'activité juridictionnelle à la fonction exécutive²¹³⁴. Schématiquement, la controverse théorique oppose deux camps : d'un côté, les partisans de la division bipartite des fonctions qui prônent une conception élargie de la fonction exécutive dans laquelle la justice est intégrée (ce sont, par exemple, de Pansey, Trolley, Foucart, Ducrocq, Fuzier-Herman, Cabantous et Liégeois, Saint Girons, Moreau ou Berthélemy) ; de l'autre, les défenseurs de la division tripartite des fonctions qui soutiennent l'idée selon laquelle la fonction de juger constitue une troisième fonction, à part de la fonction exécutive, et consacrent, par suite, un véritable pouvoir judiciaire (ce sont, entre autres, Rossi, Berriat Saint Prix, Bouchené-Lefer, Jousserandot, Artur ou Esmein). A propos de la théorie des deux pouvoirs, Grégoire Bigot explique qu'elle « remonte au moins à la monarchie de juillet »²¹³⁵ et qu'elle constitue « l'opinion majoritaire de la doctrine publiciste (...) d'avant 1870 »²¹³⁶. Antoine Chopplet ajoute que « la négation d'un véritable "pouvoir judiciaire" reprend vigueur dans les deux dernières décennies du siècle [du XIXe siècle] »²¹³⁷. A première vue, tout laisse à penser qu'une pareille querelle – qui pour reprendre les mots de Barthélemy et Duez « complaisaient les juristes d'autrefois »²¹³⁸ – est extrêmement riche pour la thématique de l'indépendance. Le lecteur pourrait être tenté de considérer que seule la seconde conception – celle qui place le pouvoir judiciaire à l'égal du pouvoir exécutif – est compatible avec l'indépendance de la justice : lorsqu'au contraire, la justice n'est qu'une branche du pouvoir exécutif, il semble, a

²¹³³ V., déjà, le même constat dressé par Isabelle Boucobza : I. Boucobza, *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, p. 151. Le professeur Boucobza poursuit sa réflexion en faisant valoir qu'« aujourd'hui, en revanche, la satisfaction du principe de l'indépendance semble passer, pour certains auteurs, devant toutes les autres conditions pour justifier l'attribution de la qualité d'organe de la fonction juridictionnelle (...) A l'opposé, si elle ne satisfait pas cette condition, elle n'est pas juridictionnelle, donc pour être juridictionnelle, elle doit être indépendante ». *Id.*, p. 152.

²¹³⁴ Dans sa thèse de doctorat, Antoine Chopplet consacre plus de quatorze pages à l'opposition entre partisans de la théorie des deux pouvoirs et défenseurs de la théorie des trois pouvoirs. Il rend longuement compte des arguments développés par chacun des deux groupes. A. Chopplet, *op. cit.*, pp. 421-435.

²¹³⁵ G. Bigot, « Henry Berthélemy ou la tradition du libéral-étatisme », in N. Hakim et F. Mellerey (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, p. 211.

²¹³⁶ *Ibidem.*

²¹³⁷ A. Chopplet, *op. cit.*, p. 423.

²¹³⁸ J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 145.

priori, en découler que la fonction de juger est exercée pour et au nom de l'exécutif et que par conséquent, les juges sont dépendants des titulaires du pouvoir exécutif, lesquels peuvent non seulement influencer leur activité juridictionnelle, mais aussi les révoquer selon leur bon vouloir. Cette conséquence de pure logique a été mise en avant par quelques uns des adversaires de la théorie des deux pouvoirs²¹³⁹. En réalité, nonobstant l'hypothèse selon laquelle seule la tripartition des pouvoirs est conciliable avec l'indépendance de la justice, les disciples de la théorie des deux pouvoirs assurent vigoureusement qu'y compris pour eux, les juges doivent être fondamentalement indépendants des organes exécutifs. Sans ambiguïté, plusieurs auteurs qui soutiennent la théorie des deux pouvoirs reconnaissent expressément que leur préférence pour cette conception n'a aucun impact sur l'indépendance de la justice. A titre d'illustration, Saint Girons indique que « *la distinction des pouvoirs ne préjuge en rien le choix et la manière d'être des organes qui les exerceront. Dire, par suite, que l'autorité judiciaire est simplement une branche du pouvoir exécutif, ce n'est nullement préjuger la question de régime interne de cette autorité. (...) Cela ne veut pas dire que le juge doive être, pour sa nomination, son avancement, sa révocation et surtout pour ses actes, sous la dépendance du Président ou du Roi, même appelé, à tort, Chef du pouvoir exécutif (...) Ce n'est donc pas une erreur de ne distinguer, quand il s'agit des fonctions politiques, que deux pouvoirs : législatif – exécutif* »²¹⁴⁰. Dans le fond, et contrairement à l'hypothèse de départ, les innombrables et ingénieux arguments des représentants de la thèse des deux pouvoirs et des partisans de la thèse des trois pouvoirs ne sont donc nullement les révélateurs d'une querelle intéressante pour l'indépendance de la justice. La problématique de l'indépendance transcende le débat sur le nombre de pouvoirs : qu'ils soient des soutiens de la théorie des deux pouvoirs ou des ennemis de cette théorie, tous les auteurs sont – comme cela a, du reste,

²¹³⁹ Consulter, par exemple : E. Artur, « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, t. XIV, 1900, p. 60. Il importe de souligner que dans une note de bas de page à la page 61, Artur insiste, néanmoins, sur le caractère purement théorique de son argument. A l'instar d'Artur, Esmein, également partisan de la thèse des trois pouvoirs, affirme également que *théoriquement* la thèse des deux pouvoirs entraîne la dépendance de la justice. A. Esmein, *Éléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 500.

²¹⁴⁰ A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 79. V. aussi les propos tenus par d'autres disciples de la thèse des deux pouvoirs qui s'inscrivent dans le même sens : E. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 295 ; T. Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*, vol. I (introduction de droit constitutionnel – organisation administrative), 6^e éd., Paris, E. Thorin, 1881, pp. 25-26 ; H. Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, 7^e édition, Paris, Arthur Rousseau, 1913, pp. 10-11.

déjà été démontré ci-avant²¹⁴¹ – globalement très unis dans la défense de l'indépendance de la justice.

684. Cette longue digression sur l'existence au XIXe siècle de réflexions théoriques approfondies concernant la qualification de juge donnée aux administrateurs et le nombre de fonctions étatiques ne remet absolument pas en cause le compte rendu final : à l'inverse des développements sur les procédés techniques de l'indépendance, les développements consacrés aux concepts de l'indépendance de la justice sont rares et succinctes dans la littérature juridique. Les débats sur l'indépendance du parquet – qui auraient pu conduire à un renversement du bilan quantitatif – n'ont pas changé la donne.

(2) L'absence d'incidence des débats relatifs au parquet sur la faible part des définitions de l'indépendance

685. Les vives discussions récentes sur l'indépendance du parquet auraient pu fournir une bonne occasion de remédier à la pauvreté du bilan quantitatif : les pétitions en faveur d'un parquet plus indépendant, voire totalement indépendant²¹⁴² auraient naturellement dû inviter les auteurs à s'interroger sur ce que l'indépendance veut dire. Elles auraient dû générer de longs commentaires sur les différents concepts de l'indépendance. Le 11 juin 2012, à l'occasion de la septième journée d'études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne consacrée au statut constitutionnel du parquet, l'ancien Procureur général près la Cour de cassation Jean-Claude Marin prédisait un tournant décisif dans la conceptualisation française de l'indépendance. Il annonçait que nous étions « *sans doute à un point cardinal des réflexions sur l'indépendance* »²¹⁴³. L'occasion a, pourtant, semble-t-il été largement *manquée* : le lecteur ne trouve pas véritablement plus de définitions

²¹⁴¹ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 661 et s.

²¹⁴² H. Matsopoulou, « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », commentaire sous CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, requête n° 3394/03 : Medvedyev et a. c/ France, *Gazette du Palais*, n° 117, 27 avril 2010, pp. 15 et s. ; T. Renoux, « Regard de la doctrine », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Actes de la septième journée d'études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne, en collaboration avec le parquet général de la Cour de cassation, 11 juin 2012, Paris, Dalloz, 2012, pp. 75-76 ; V. aussi Marc-Antoine Granger qui milite en faveur d'un parquet plus indépendant à la fin de son article : M-A. Granger, « Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ? », VIIIème Congrès national de Nancy, 2011, Association française de droit constitutionnel, Nancy, 27 p. Disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf> (date de consultation : 24/11/15).

²¹⁴³ J-C. Marin, « Ouverture », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Actes de la septième journée d'études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne, en collaboration avec le parquet général de la Cour de cassation, 11 juin 2012, Paris, Dalloz, 2012, p. 5.

de l'indépendance avant les débats récemment ravivés sur l'indépendance du parquet qu'après qu'ils aient eu lieu.

686. Quelques éléments contextuels sont, à cet égard, nécessaires : avant tout, les dernières discussions sur l'indépendance du parquet ont eu lieu dans le cadre de trois arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, respectivement le premier arrêt *Medvedyev* en date du 10 juillet 2008²¹⁴⁴, le second arrêt (sur appel) *Medvedyev* en date du 29 mars 2010²¹⁴⁵ et l'arrêt *Moulin* en date du 23 novembre 2010²¹⁴⁶. Suivant cette trilogie jurisprudentielle, la Cour européenne des droits de l'homme décide que le parquet français ne peut être considéré comme une autorité judiciaire au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion. En particulier, dans l'arrêt *Moulin*, la Cour juge que « *le procureur adjoint de Toulouse, membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires"* »²¹⁴⁷, car il lui manque notamment « *les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties* »²¹⁴⁸. Pour parvenir à la présente conclusion, les juges européens procèdent à un examen détaillé du statut du parquet français²¹⁴⁹. La Cour convient de l'absence d'indépendance décisionnelle et statutaire du parquet *vis-à-vis de l'exécutif* en constatant la subordination hiérarchique des membres du ministère public et leur amovibilité. Elle écrit : « *si l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire représente l'autorité judiciaire citée à l'article 66 de la Constitution, il ressort du droit interne que les magistrats du siège sont soumis à un régime différent de celui prévu pour les membres du ministère public. Ces derniers dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la Justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement*

²¹⁴⁴ CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03.

²¹⁴⁵ CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03. Il convient, du reste, de préciser ici que dans le second arrêt *Medvedyev*, les juges européens esquivent largement la question de l'indépendance du ministère public.

²¹⁴⁶ CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03. Il convient, du reste, de préciser ici que dans le second arrêt *Medvedyev*, les juges européens esquivent largement la question de l'indépendance du ministère public.

²¹⁴⁷ § 59, CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06. Pour rappel, l'article 5 § 3 de la Convention dispose : « *Toute personne arrêtée ou détenue, dans les conditions prévues au paragraphe 1.c du présent article, doit être aussitôt traduite devant un juge ou un autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience* ». Du reste, la Cour semble, dans sa jurisprudence, avoir retenu la version française de l'article 5 § 3 de la Convention qui mentionne le mot « aussitôt ». Ce mot évoque l'idée d'imminence à laquelle ne renvoie pas nécessairement le « promptly » de la version anglaise.

²¹⁴⁸ § 58, CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06.

²¹⁴⁹ L'examen exhaustif du statut du parquet débute dès le paragraphe 21 de l'arrêt *Moulin*.

aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution. Ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques au sein du Parquet, et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la Justice »²¹⁵⁰. En outre, la Cour admet également le défaut d'indépendance décisionnelle du parquet *vis-à-vis des parties* en observant le cumul des fonctions d'autorité d'instruction et d'autorité de poursuite, et plus concrètement la possibilité pour les membres du ministère public, qui décident de la détention, d'intervenir à un stade ultérieur dans la même affaire en qualité de partie poursuivante. Elle nous dit : *« les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties excluent notamment qu'il [le magistrat du parquet] puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale »*²¹⁵¹ et précise même : *« il importe peu qu'en l'espèce le procureur adjoint exerçait ses fonctions dans un ressort territorial différent de celui des deux juges d'instruction, la Cour ayant déjà jugé que le fait pour le procureur d'un district, après avoir prolongé une privation de liberté, d'avoir ensuite transféré le dossier dans un autre parquet, n'emportait pas sa conviction et ne justifiait pas qu'elle s'écarte de sa jurisprudence »*²¹⁵². Après les arrêts Medvedyev et Moulin contre France, les discussions sur l'indépendance du parquet se sont poursuivies à la faveur de l'arrêt Vassis et autres contre France, rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 27 juin 2013²¹⁵³ : il rappelle, en quelques mots, la jurisprudence établie²¹⁵⁴. Les polémiques ont également continué sous l'impulsion des juridictions nationales, en particulier de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Prenant acte des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, la chambre criminelle affirme, dès le 15 décembre 2010, que *« c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante »*²¹⁵⁵. Elle réitère la même solution dans une décision du 18 janvier 2011²¹⁵⁶.

²¹⁵⁰ § 56, CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06. Sur ce point, consulter également le § 57.

²¹⁵¹ § 58, CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06.

²¹⁵² *Ibidem*.

²¹⁵³ CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, requête n° 62736/09.

²¹⁵⁴ Dans son paragraphe 53, la Cour explique qu' *« il ne s'agit pas, en l'espèce, de se prononcer sur le point de savoir si les magistrats du ministère public peuvent être qualifiés de "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" au sens autonome des dispositions de l'article 5 § 3 de la Convention, cette question ayant été tranchée dans son arrêt Moulin c. France* ». (Nous soulignons). § 53, CEDH, 27 juin 2013, *Vassis et autres c. France*, requête n° 62736/09.

²¹⁵⁵ Cass. Crim. 15 décembre 2010, n° 10-83674.

²¹⁵⁶ Cass. Crim. 18 janvier 2011, n° 10-84980.

Tant les arrêts des juges européens – décrits comme un « séisme judiciaire »²¹⁵⁷ ou des « coups de tonnerre européens »²¹⁵⁸ – que les décisions des juges nationaux ont donné lieu à de très nombreux commentaires exhaustifs de la doctrine, voire même à des lectures contradictoires²¹⁵⁹. Les jurisprudences en question n’ont, pourtant, pas conduit les auteurs à engager une révolution de la conceptualisation de l’indépendance. Tout au plus, quelques rares efforts conceptuels peuvent être signalés²¹⁶⁰. En toute état de cause, force est de constater que les définitions de l’indépendance demeurent rares et concises même après les débats récents sur l’indépendance du parquet provoqués par les arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme.

²¹⁵⁷ J-F. Renucci, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l’Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *Dalloz*, n° 9, 2009, pp. 600 et s.

²¹⁵⁸ J. Cédras, « La spécificité du juge d’instruction français au sein des procédures pénales européennes », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 81, n° 1, 2010, p. 233.

²¹⁵⁹ Sans prétendre à l’exhaustivité, voir notamment : J-F. Renucci, « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l’Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *Dalloz*, n° 9, 2009, pp. 600 et s. ; J-P. Marguénaud, « Tempête sur le Parquet : comm. sous CEDH, 5^e section, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2009, pp. 176 et s. ; J-F. Renucci, « L’affaire *Medvedyev* devant la grande chambre : les “dits” et les “non-dits” d’un arrêt important », *Dalloz*, n° 22, 2010, pp. 1386 et s. ; F. Sudre, « Le glas du parquet, comm. sous CEDH, 23 novembre 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France* », *La Semaine juridique Edition générale*, n° 49, 6 décembre 2010, pp. 1206 et s. ; H. Matsopoulou, « Plaidoyer pour l’indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », commentaire sous CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, requête n° 3394/03 : *Medvedyev et a. c/ France*, *Gazette du Palais*, n° 117, 27 avril 2010, pp. 15 et s. ; F. Fourment, « Après l’affaire *Moulin* (CEDH, 5^e sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre », *Dalloz*, n° 1, 2011, pp. 26 et s. ; D. Roets, « Le manque d’indépendance du ministère public français à l’égard de l’exécutif et des parties : un obstacle à l’exercice de certaines fonctions », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2011, pp. 208 et s. ; M. Robert, « L’autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l’homme », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 3, n° 32, 2011, pp. 29-43 ; J-F. Renucci, « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n’est pas un magistrat au sens de l’article 5 de la Convention », *Dalloz*, n° 4, 2011, pp. 277 et s. ; M. Robert, « L’avenir du ministère public français », *AJ pénal*, n° 3, 2011, pp. 115 et s. ; D. Soulez-Larivière, « Le problème du ministère public français », *AJ pénal*, n° 3, 2011, pp. 112 et s. ; M-A. Granger, « Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ? », VIII^{ème} Congrès national de Nancy, 2011, Association française de droit constitutionnel, 27 p. Disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf> (date de consultation: 24/11/15) ; C. Raysséguier, « le “Parquet à la française” : tensions et apaisements », *Constitutions*, 2011, pp. 281 et s. ; Y. Charpenel, D. Rousseau, D. Soulez-Larivière, « Le statut du Parquet », *Constitutions*, 2011, pp. 295 et s. ; P. Lyon-Caen, « Vers un parquet indépendant ? », *Dalloz*, n° 20, 2013, pp. 1359 et s. Ainsi qu’il a déjà été indiqué, la septième journée d’études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l’Université Panthéon-Sorbonne, qui a eu lieu le 11 juin 2012, a été consacrée au statut constitutionnel du parquet. Ce choix se justifiait par les décisions récentes de la juridiction européenne et des juridictions nationales sur la thématique. Les actes de cette journée d’études ont été publiés dans : B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Actes de la septième journée d’études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l’Université Panthéon-Sorbonne, en collaboration avec le parquet général de la Cour de cassation, 11 juin 2012, Paris, Dalloz, 2012, 160 p.

²¹⁶⁰ Par exemple, dans l’introduction de son article, Marc-Antoine Granger rappelle quelques brèves définitions de l’indépendance. Il différencie aussi – au sein d’une note de bas de page – d’une part, l’indépendance des magistrats de l’indépendance des juridictions, d’autre part, l’indépendance de l’impartialité. M-A. Granger, *loc. cit.* Autre exemple : Ariana Macaya, Mathilde Heitzmann-Hieaux et Stella Thanou mobilisent le binôme indépendance organique / indépendance fonctionnelle et cernent succinctement le contenu de ces deux concepts. A. Macaya, M. Heitzmann-Hieaux, S. Thanou, « Le parquet dans la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *op. cit.*, pp. 92-93.

687. A titre conclusif, il convient, encore de faire savoir que pour le moment, la France n'a pas encore modifié le statut de son parquet, de manière à en garantir éventuellement la conformité avec les exigences européennes. Si la suppression des instructions individuelles par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013 clarifie les relations entre le ministre de la justice et le parquet²¹⁶¹, elle constitue une modification mineure. Manifestement, elle ne suffit pas à conférer au ministère public le statut d'autorité judiciaire au sens de la Convention, puisqu'elle conforte l'organisation hiérarchique du parquet et sa soumission au garde des Sceaux. Pour concilier son modèle français de ministère public avec les standards européens, la France envisage, à l'heure où nous écrivons, deux autres réformes. D'ores et déjà, ces deux chantiers ont été décriés par la doctrine, qui souligne notamment que s'ils permettaient d'accroître dans une certaine mesure l'indépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif, ils ne résoudraient pas le problème de l'indépendance vis-à-vis des parties²¹⁶². Or, c'est bien une double indépendance qui est exigée par la Cour européenne des droits de l'homme. Le premier volet de la réforme est une réforme constitutionnelle du Conseil supérieur de la magistrature. Dans son discours à l'occasion des vœux aux Corps constitués et aux bureaux des assemblées prononcé le 20 janvier 2015, le président François Hollande a annoncé la reprise de la réforme du Conseil supérieur de la magistrature, qui avait été suspendue en juillet 2013 du fait de l'hostilité du Sénat²¹⁶³. Le second volet de la réforme concerne, de façon plus générale, la réforme du parquet et de la procédure pénale. Il porte sur des thèmes aussi divers que l'organisation interne du parquet, la redéfinition de ses compétences ou la direction de la police judiciaire. L'ensemble de ces questions a été traité sous l'angle de la « modernisation de l'action publique » par la commission mise en place le 2 juillet 2013 et présidée par l'ancien procureur général près la Cour de cassation Jean-Louis Nadal. La dite commission a remis un rapport, intitulé « Refonder le ministère public, en novembre 2013 » à

²¹⁶¹ Désormais, l'article 30 alinéa 3 du Code de procédure pénale dispose qu'« il [le ministre de la justice] ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles ». Conformément à la lettre de l'alinéa 2 du même article, le ministre de la justice conserve, toutefois, la faculté d'adresser aux magistrats du ministère public des instructions générales.

²¹⁶² Voir en ce sens : E. Vergès, « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC*, n° 3, 2013, pp. 605 et s. ; P. Lyon-Caen, « Vers un parquet indépendant ? », *Dalloz*, n° 20, 2013, pp. 1359 et s. ; E. Bonis-Garçon, O. Décima, « Le parquet et les sirènes de l'indépendance », *La semaine juridique Edition générale*, n° 17, 2013, pp. 460 et s.

²¹⁶³ Le discours du 20 janvier 2015 est disponible sur le site de l'Elysée : <http://www.elysee.fr/declarations/article/discours-a-l-occasion-des-v-ux-aux-corps-constitues-et-aux-bureaux-des-assemblees/> (date de consultation : 24/11/15). Le projet de loi constitutionnelle portant réforme du Conseil supérieur de la magistrature est notamment disponible sur le site de légifrance : <http://www.legifrance.gouv.fr/affichLoiPreparation.do?idDocument=JORFDOLE000027174144&type=general> (date de consultation : 24/11/15).

la garde des Sceaux²¹⁶⁴. Finalement, et en dernière analyse, ces deux projets de réforme montrent donc que les discussions sur l'indépendance du parquet restent encore ouvertes. Reste à espérer que ces nouvelles discussions s'accompagneront, enfin, de l'émergence d'une réflexion doctrinale approfondie sur les concepts de l'indépendance, de nature à remettre en question le bilan quantitatif.

688. La modeste proportion des développements consacrés aux concepts de l'indépendance n'est pas la seule preuve de la faiblesse de la théorisation. Un second indice est le très grand nombre de termes imprécis juxtaposés au mot indépendance.

B. La présence pléthorique de qualificatifs imprécis

689. Il convient d'entrer dans le vif du sujet en dressant un aperçu général du brouillage dans la littérature juridique (1). Ensuite, il faut aussi présenter la tentative de clarification des différents qualificatifs amorcée par Fabrice Hourquebie (2).

(1) La liste des qualificatifs employés : aperçu d'un brouillard

690. Ce qui ressort de l'analyse des travaux de la science française du droit est que les juristes – ici, sont avant toute chose concernés non pas l'ensemble des auteurs entre le XIXe siècle et aujourd'hui, mais plutôt *les auteurs contemporains* – mobilisent une multitude d'expressions en vue de mieux cerner l'indépendance de la justice. Emmanuel Jouannet dresse un premier aperçu des divers adjectifs utilisés en observant que « *l'indépendance (...) est une notion susceptible de plusieurs formes et de différents degrés suivant les domaines, les contentieux mais aussi les attentes placées dans le juge. Elle est externe quand elle s'apprécie au regard des relations de la juridiction avec le pouvoir et elle est dite interne si on envisage les garanties offertes à l'intérieur du corps judiciaire. Elle est organique et elle est fonctionnelle. Il y a aussi l'indépendance de la juridiction en tant qu'institution vis-à-vis des autres acteurs politiques qui doit être différenciée de l'indépendance du juge pris*

²¹⁶⁴ Le rapport « Refonder le ministère public » est disponible sur : http://www.justice.gouv.fr/publication/rapport_JLNadal_refonder_ministere_public.pdf (date de consultation: 24/11/15). Consulter aussi le rapport déposé les 16 et 17 mai 2014 par le Conseil National des Barreaux en réponse au rapport établi sous la présidence de M. Nadal : http://cnb.avocat.fr/Modernisation-de-l-action-publique-et-du-ministere-public_a1997.html (date de consultation: 24/11/15).

individuellement »²¹⁶⁵. Un inventaire plus précis permet, en fait, de dénombrer, à l'heure actuelle, dans les discours doctrinaux pas moins de vingt-un termes différents associés au mot indépendance. Aux qualificatifs « fonctionnelle », « organique », « décisionnelle », s'ajoutent ainsi « statutaire », « institutionnelle », « collective », « individuelle », « personnelle », « constitutionnelle », « structurelle », « externe », « interne », « de la juridiction »/« des juridictions », « intellectuelle », « morale », « budgétaire », « financière », « administrative », « de gestion », « normative » ou « réglementaire ». Finalement, comme le reconnaît sur la question Olivier Pluen, « *l'indépendance judiciaire connaît [donc] (...) un large éventail de déclinaisons* »²¹⁶⁶.

691. Déjà, en 1855, Emile-Victor Foucart (1799-1860)²¹⁶⁷ différencie au sein de l'indépendance « *l'indépendance de la position* » et « *l'indépendance du caractère* ». Foucart est le premier professeur de droit administratif de province : c'est à Poitiers qu'il fait carrière durant toute sa vie et obtient même en 1840 la charge de doyen. Il est le fondateur de l'Ecole de Poitiers, dont le flambeau est, ensuite, repris par Ducrocq. Ses principaux ouvrages sont : *Eléments de droit public et administratif* (1ère éd. : 1834 en deux volumes)²¹⁶⁸ et *Précis de droit public et administratif* (1844)²¹⁶⁹. « *Dans ces ouvrages, la méthode suivie consiste à rattacher le plus possible les règles administratives à l'étude des libertés individuelles en les considérant comme des restrictions à ces libertés* »²¹⁷⁰, résume le professeur d'histoire du droit Jean-Jacques Clère. C'est dans le paragraphe numéroté 117 intitulé « l'autorité judiciaire

²¹⁶⁵ E. Jouannet, « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : La consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. Ruiz Fabri, J.-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, p. 287. (Nous soulignons).

²¹⁶⁶ O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 30.

²¹⁶⁷ Pour de plus amples renseignements sur Foucart, voir : G. J. Guglielmi, « Emile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif », *RDP*, vol. 2, 1996, pp. 1291-1318. Disponible sur : <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/FOUCART.pdf> (date de consultation: 24/11/15) ; J.-J. Clère, « Foucart Emile-Victor », in P. Arabeyre, J.-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 340 ; M. Touzeil-Divina, *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen FOUCART (1799-1860)*, texte remanié de la thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2007, 682 p. ; M. Touzeil-Divina, *Le doyen Foucart (1799-1860), un père du droit administratif moderne*, Paris, LGDJ, 2015 (en cours de publication).

²¹⁶⁸ Les *Eléments de droit public et administratif* ont fait l'objet de quatre éditions successives. E.-V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui suivis d'un appendice contenant le texte des principales lois de droit public*, 1ère éd., Paris, Videcoq, 1834-1835, 2 vol. ; *Eléments ...*, 2^e éd., Paris, Videcoq, 1839, 3 vol. ; 3^e éd., Paris, Videcoq, 1843, 3 vol. ; 4^e éd., Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855-1856, 3 vol. ; V. aussi la réimpression en 2003 de l'édition de 1834-1835 aux éditions Phénix. Nous utilisons la quatrième et dernière édition des *Eléments de droit public et administratif*.

²¹⁶⁹ E.-V. Foucart, *Précis de droit public et administratif suivi d'une bibliographie indiquant les ouvrages sur le droit administratif et d'un appendice contenant le texte des principales lois et ordonnances de droit public et administratif*, Paris, Videcoq père et fils, 1844, 354 p.

²¹⁷⁰ J.-J. Clère, *op. cit.*, p. 340.

n'est qu'un démembrement du pouvoir exécutif» du volume un de ses *Eléments de droit public et administratif* que Foucart énonce, incidemment, sa *summa divisio*. Avant tout, l'objet du paragraphe 117 se rapporte à la théorie des deux fonctions : Foucart s'y affirme comme un partisan résolu du rattachement de la fonction judiciaire au pouvoir exécutif. Au détour de l'un de ses développements, sans fournir de détails sur sa conceptualisation à deux volets, Foucart écrit : « *On a confié tout le travail qui précède et prépare l'exécution à des hommes qui se dévouent à ces nobles fonctions et qui en font l'occupation de toute leur vie ; on leur a donné l'inamovibilité afin de les placer plus haut dans l'opinion publique, et d'ajouter l'indépendance de la position à l'indépendance du caractère ; mais on n'a pas créé un troisième pouvoir principal, étranger au pouvoir exécutif, parce que la loi positive ne peut pas changer la nature des choses* »²¹⁷¹.

692. Beaucoup plus tard, dans son article consacré à l'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux (1983), Olivier Dupeyroux (19??-2001) propose la grille de lecture « indépendance organique » / « indépendance fonctionnelle ». L'ambition de l'article de Dupeyroux est de dénoncer les dépendances subtiles du Conseil d'Etat²¹⁷². Pour se faire, le professeur de l'université de Toulouse opte pour une « *double approche, successivement organique puis fonctionnelle, du problème de l'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux* »²¹⁷³. Tandis que la dépendance organique du Conseil d'Etat renvoie à « *sa situation statutaire et [à] celle de ses membres* »²¹⁷⁴ (y inclus les problèmes de l'existence du recrutement au tour extérieur et de l'inamovibilité de fait des conseillers d'Etat), la dépendance fonctionnelle de la plus haute juridiction administrative française fait, pour l'essentiel, référence à la question de son rapport de sujétion par rapport au pouvoir exécutif dans le cadre de son activité juridictionnelle. S'interrogeant, en particulier, sur les limites à l'indépendance fonctionnelle du Conseil d'Etat, Dupeyroux estime qu'il ressort de l'examen des jurisprudences relatives aux actes de gouvernement, aux circonstances exceptionnelles et

²¹⁷¹ E. V. Foucart, *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif précédés de la Constitution du 14 janvier 1852 et des Sénatus-consultes des 07 novembre et 25 décembre 1852*, 4 éd., vol. 1, Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855, pp. 150-151.

²¹⁷² Dans l'introduction de son article, Dupeyroux pose les questions suivantes : « *cette indépendance au premier degré, heureuse et incontestée, s'accompagne-t-elle toujours d'une égale indépendance en quelque sorte au second degré, moins manifeste et plus profonde ? Dissimulerait-elle au contraire, au moins dans certains cas, quelque dépendance subtile ?* ». O. Dupeyroux, « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *RDP*, 1983, p. 569.

²¹⁷³ *Id.*, p. 623. Dans la même veine, Dupeyroux indique aussi : « *Nous nous proposons de formuler ainsi quelques observations, tout d'abord sur l'indépendance organique du Conseil d'Etat statuant au contentieux, ensuite, sur son indépendance fonctionnelle* ». *Id.*, p. 570.

²¹⁷⁴ *Id.*, p. 570.

au contrôle juridictionnel de certaines décisions gouvernementales « *que le Conseil d'Etat, demeuré avant tout respectueux de l'indépendance du pouvoir, assigne par contre-coup direct des limites parfois étroites à sa propre indépendance, parce qu'il sait que, comme l'a souligné Georges Lavau "tout pouvoir politique, si libéral soit-il, a un seuil de tolérance au contrôle juridictionnel" »*²¹⁷⁵.

693. Différemment de Dupeyroux, dans son article en langue anglaise « Pourquoi les juges devraient-ils être indépendants ? Quelques réflexions sur Coke, Montesquieu et la tradition française de la dépendance de la justice » (« Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence ») (2007), Luc Heuschling opte pour la différenciation entre « indépendance fonctionnelle » et « indépendance institutionnelle ». Ses propos sont les suivants : « (...) *l'idée de l'indépendance de la justice nécessite que les tribunaux sont libres d'accomplir leurs "fonctions judiciaires" sans aucune immixtion "politique" en provenance soit du Parlement, soit du gouvernement ou encore d'un autre acteur politique. C'est le point de vue fonctionnel. L'idée de l'indépendance de la justice a aussi été énoncée pour ce qui concerne l'organisation et le personnel de la justice. Ce point de vue institutionnel concerne à la fois le statut du juge individuel et le statut du corps judiciaire en tant qu'ensemble. Conformément à l'une des définitions de l'indépendance de la justice, l'entrée d'un juge dans le corps judiciaire, sa promotion à l'intérieur de la hiérarchie judiciaire et sa révocation en cas de faute ne peuvent être décidées que par le pouvoir judiciaire lui-même. Cela suppose l'existence d'une institution représentant le pouvoir judiciaire en tant qu'organe collégial (par exemple, le Conseil supérieur de la magistrature en France, le Consejo General del Poder Judicial en Espagne, le Consiglio Superiore della Magistratura en Italie, le Consejo Nacional de la Magistratura au Pérou, etc). Cette indépendance institutionnelle (ou isolation) peut même impliquer que les membres de cette institution devraient être élus par les juges et seulement par eux. Cet organe serait responsable du recrutement et de la carrière des juges, de l'organisation interne de la justice et – pourquoi pas ? – de la détermination du budget de la justice »*²¹⁷⁶.

²¹⁷⁵ *Id.*, p. 598. La citation de Georges Lavau est extraite de : G. Lavau, « Le juge et le pouvoir politique », in Centre de sciences politiques (éd.), *La justice*, Paris, PUF, 1961, p. 66.

²¹⁷⁶ « (...) *the idea of judicial independence requires that courts are free to execute their "judicial functions" without any "political" interference either from Parliament, from government or from any other political actor. This is the functional point of view. The idea of judicial independence has also been put forward in matters of organisation and staffing of the judiciary. This institutional point of view concerns both the status of the individual judge and the status of the judicial body as a whole. According to one definition of judicial*

694. *A priori*, la variété des labels employés par les universitaires français pourrait peut-être traduire une forte théorisation de l'indépendance. L'existence de plusieurs mots clefs différents pourrait être le signe que la doctrine ambitionne d'être à la fois précise et rigoureuse, lorsqu'il s'agit de définir l'indépendance. Rejetant une conceptualisation schématisée qui comprendrait seulement deux, voire trois expressions, elle ferait le choix d'appréhender le principe en introduisant toute une série de nuances au sein de l'indépendance. Pourtant, alors qu'au vu de l'abondance des qualificatifs, le lecteur aurait éventuellement pu s'attendre à une sophistication de la conceptualisation, il est, en fait, plutôt obligé de constater une grande désorganisation. Dans les écrits scientifiques contemporains, il semble exister un flottement dans l'usage des qualificatifs juxtaposés au mot indépendance. Derrière ce flottement se cachent, en fait, concrètement des incertitudes quant aux sens des qualificatifs : d'une manière générale et sauf rares exceptions, les juristes ne s'attachent ni à cerner avec précision les expressions, ni à délimiter strictement leur contenu, ni à examiner les rapports qu'ils entretiennent entre eux, ni même à identifier des synonymes parmi eux. Pour le dire très simplement, il n'est donc pas simple de trouver dans la littérature une définition limpide pour chacune des expressions. Aucun manuel n'offre *a fortiori* une liste complète des différents qualificatifs et une clarification de chacun des qualificatifs. Régulièrement, il est même possible d'identifier des contradictions entre les définitions fournies par les auteurs pour un même label. A titre d'illustration, par le label « indépendance personnelle », Olivier Pluen fait référence à la protection statutaire dont jouissent les juges (concept I B dans la typologie), spécifiquement à l'inamovibilité des juges²¹⁷⁷. Tout autrement, Julien Thomas explique que « *le juge est en situation de dépendance personnelle lorsque, à raison de liens étrangers au procès, il peut être amené à favoriser une partie plutôt qu'une autre. Ces liens peuvent être familiaux, amicaux, patrimoniaux, voire religieux, philosophiques ou politiques* »²¹⁷⁸ (concept I A dans la typologie). Du nombre très important de qualificatifs et de leurs imprécisions, il résulte, en définitive, un imbroglio difficilement

independence, the admission of a judge into the judicial corps, his promotion within the judicial hierarchy and his removal in case of misconduct can be decided only by the judiciary itself. This assumes the existence of an institution representing the judiciary as a collective body (eg the Conseil supérieur de la magistrature in France, the Consejo General del Poder Judicial in Spain, the Consiglio Superiore della Magistratura in Italy, the Consejo Nacional de la Magistratura in Peru, etc). This institutional independence (or isolation) may even imply that the members of this institution should be elected by the judges and only by them. This body would be in charge of the recruitment and career of judges, the internal organisation of the judiciary and – why not ? – the definition of the judiciary's budget ». L. Heuschling, « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 205.

²¹⁷⁷ O. Pluen, *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, p. 96 ; *Id.*, p. 285 ; *Id.*, p. 370 ; *Id.*, p. 416.

²¹⁷⁸ J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris, LGDJ, 2010, pp. 83-84.

intelligible. Ici, le champ conceptuel est complètement disloqué et prend l'allure d'un puzzle entièrement déboité.

695. L'existence d'un flottement dans l'emploi des terminologies apparaît également, à plus forte mesure, à la lumière de la théorisation doctrinale actuelle de l'indépendance outre-Manche et outre-Rhin. De la comparaison, il ressort un contraste saisissant : tandis que les expressions indépendance individuelle (*individual independence*) et indépendance collective (*collective independence* ; encore appelée *institutional independence*) sont employées par les auteurs anglais depuis le milieu des années 1970²¹⁷⁹ et que les expressions indépendance décisionnelle (*sachliche Unabhängigkeit*) et indépendance personnelle (*persönliche Unabhängigkeit*) sont encore davantage utilisées par les auteurs allemands depuis le début du XXe siècle²¹⁸⁰, aucun binôme conceptuel ne s'est imposé dans les travaux des universitaires français.

(2) La tentative de clarification de Fabrice Hourquebie

696. Reconnaisant que l'indépendance revêt plusieurs sens, Fabrice Hourquebie (1975-...) ambitionne de proposer une classification des concepts de l'indépendance dans sa thèse de doctorat sur *L'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République* (2004)²¹⁸¹. C'est, en particulier, au sein d'un paragraphe numéroté 2 intitulé « Les garanties démocratiques de la légitimité du juge : Une indépendance polymorphe »²¹⁸² que le professeur de Bordeaux fait œuvre de synthèse sur le contenu de l'indépendance. Au service de sa classification, il fait usage de plusieurs mots clefs différents, notamment « indépendance institutionnelle », « indépendance structurelle », « indépendance externe », « indépendance interne », « indépendance fonctionnelle », « indépendance intellectuelle » ou « indépendance personnelle ». Le point de départ initial de Fabrice Hourquebie est que l'indépendance doit être « *avant tout garantie par rapport à l'entourage du juge* », mais aussi « *dans l'exercice de sa fonction* »²¹⁸³. A partir de là, l'auteur opère une distinction : il différencie, d'abord, A. le juge indépendant de son entourage, ensuite, B. le juge indépendant dans son travail. L'indépendance vis-à-vis de l'entourage et l'indépendance dans l'exercice des fonctions sont

²¹⁷⁹ V. sur ce point : *Supra*, n° 355 et s.

²¹⁸⁰ V. sur ce point : *Supra*, n° 512 et s.

²¹⁸¹ F. Hourquebie, *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p.

²¹⁸² *Id.*, pp. 430-451.

²¹⁸³ *Id.*, p. 430.

elles-mêmes subdivisées en plusieurs branches, qui, à leur tour, font aussi l'objet d'autres subdivisions. Le plan du paragraphe sur « les garanties démocratiques de la légitimité du juge : Une indépendance polymorphe » est le suivant :

§2. – Les garanties démocratiques de la légitimité du juge : une indépendance polymorphe

A. Un juge indépendant de son entourage : l'indépendance institutionnelle et structurelle

1. L'indépendance du juge vis-à-vis de l'extérieur : empêcher les risques de pression des pouvoirs publics

- a. L'indépendance de la juridiction en tant qu'organe
- b. L'indépendance du juge en tant que personne

2. L'indépendance du juge vis-à-vis de l'intérieur : éviter l'écueil du corporatisme

B. Un juge indépendant dans son travail : l'indépendance fonctionnelle et intellectuelle

1. L'impartialité objective du juge : l'indépendance dans la formation de jugement

2. L'impartialité subjective du juge : la conscience du juge

697. Pour ce qui est, premièrement, du juge indépendant de son entourage (A.), Fabrice Hourquebie s'y réfère en utilisant à la fois les expressions « indépendance institutionnelle » et « indépendance structurelle ». Suivant la conceptualisation de Fabrice Hourquebie, l'indépendance institutionnelle et l'indépendance structurelle renvoient à, d'une part, 1. l'indépendance du juge vis-à-vis de l'extérieur, c'est-à-dire vis-à-vis des pouvoirs publics et d'autre part, 2. l'indépendance du juge vis-à-vis de l'intérieur, c'est-à-dire vis-à-vis des autres juges. La première ramification – l'indépendance du juge vis-à-vis des pouvoirs publics (1) – est envisagée par Fabrice Hourquebie sous deux angles différents : d'un côté, a. l'indépendance de la juridiction en tant qu'organe : elle a été proclamée par le Conseil constitutionnel, qui parle d' « *indépendance des juridictions* », notamment dans sa décision du 22 juillet 1980 « *Validations d'actes administratifs* »²¹⁸⁴ ; de l'autre, b. l'indépendance du juge en tant que personne : elle est appelée « indépendance personnelle » et est, en pratique, susceptible d'être garantie par au moins trois mécanismes différents : la durée du mandat, l'immovibilité et les incompatibilités. La seconde ramification – l'indépendance du juge vis-

²¹⁸⁴ Fabrice Hourquebie rappelle en note de bas de page l'attendu de principe de la décision du Conseil constitutionnel 22 juillet 1980 : « *Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 64 de la Constitution, en ce qui concerne l'autorité judiciaire, et des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République en ce qui concerne, depuis la loi du 24 mai 1872, la juridiction administrative, que l'indépendance des juridictions est garantie, ainsi que le caractère spécifique de leurs fonctions sur lesquelles ne peuvent empiéter ni le législateur, ni le Gouvernement (...)* ». (Nous soulignons) Décision n° 80-119 DC, du 22 juillet 1980, *Validation d'actes administratifs*.

à-vis des autres juges (2) – est synthétisée par l’expression « indépendance interne ». Hourquebie fournit une longue définition de l’indépendance interne. Il écrit : « *L’indépendance interne conduit le juge à se mettre à l’abri des influences de ses autres collègues, de leur position hiérarchique, leur activisme syndical ou charisme personnel. Le danger provient ici non plus des pouvoirs publics, mais bien du milieu corporatif, qui peut animer la profession ou la « communauté ». Résister aux différentes sirènes corporatives permet au juge constitutionnel ou ordinaire de lever tout soupçon d’instrumentalisation de son travail, et de ce fait, renforce son indépendance* »²¹⁸⁵.

698. Pour ce qui est, deuxièmement, du juge indépendant dans son travail (B.), Fabrice Hourquebie vise l’idée en utilisant simultanément les termes clefs « indépendance fonctionnelle » et « indépendance intellectuelle ». Il fait valoir que l’indépendance fonctionnelle et l’indépendance intellectuelle doivent être pensées en relation avec le concept d’impartialité, car « *l’indépendance est la condition de réalisation de l’impartialité du juge* »²¹⁸⁶. En particulier, l’indépendance fonctionnelle et l’indépendance intellectuelle sont des conditions tant de 1. l’impartialité objective que de 2. l’impartialité subjective du juge. Hourquebie définit l’impartialité objective (1.) en référence à « *l’organisation des Cours et l’aménagement des procédures* »²¹⁸⁷. Il ajoute encore que « *plus largement, elle [l’impartialité objective] touche aux garanties d’indépendance dont bénéficie le juge au regard du fonctionnement et de la structure même du système judiciaire. Cette dimension de l’impartialité conduit à apprécier, de manière objective, la procédure et les pouvoirs conférés par la loi au juge* »²¹⁸⁸. Concrètement, cela signifie, par exemple, que l’auteur de la saisine d’une juridiction ne peut, en principe, faire ultérieurement partie de cette juridiction. Pour ce qui est de l’impartialité subjective (2.), Fabrice Hourquebie la caractérise en indiquant qu’elle « *concerne l’attitude du juge et tout spécialement en cours de l’audience ou de séance. Elle prend en considération les convictions personnelles que peut avoir le juge sur un sujet donné ; elle l’oblige à rendre son comportement conforme à un certain nombre d’exigences éthiques, plus ou moins rigoureuses, à partir d’un seuil d’exigibilité déontologique* »²¹⁸⁹.

²¹⁸⁵ *Id.*, p. 441.

²¹⁸⁶ *Id.*, p. 445.

²¹⁸⁷ *Id.*, p. 445.

²¹⁸⁸ *Id.*, p. 445.

²¹⁸⁹ *Id.*, p. 448.

699. Le résultat final de la classification de Fabrice Hourquebie laisse, en définitive, une impression mitigée : malgré les efforts théoriques notables du professeur de Bordeaux, les distinctions conceptuelles opérées et plus encore, les rapports entre les différents concepts qui sont distingués ne sont pas toujours évidents à saisir. Plus encore, et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement ici, la confusion entre les différentes expressions n'est pas dissipée. Aucune clarification de l'ensemble des terminologies autour du mot indépendance ne ressort de la synthèse de l'auteur : en particulier, quel est le rapport entre « *l'indépendance institutionnelle et structurelle* »²¹⁹⁰, que l'auteur présente « en un bloc » ? Quel est le rapport entre « *l'indépendance fonctionnelle et intellectuelle* »²¹⁹¹, que l'auteur réunit de la même manière ? Doit-on considérer que « l'indépendance institutionnelle » et « l'indépendance structurelle » sont des expressions synonymiques ? Peut-on aussi tirer une pareille conclusion pour les expressions « indépendance fonctionnelle » et « indépendance intellectuelle » ? Autre interrogation : l'auteur présente « l'indépendance personnelle » dans une subdivision (b. L'indépendance du juge en tant que personne) qui s'inscrit dans un paragraphe A. intitulé « l'indépendance institutionnelle et structurelle ». Ce faisant, il suggère, à notre sens, que « l'indépendance personnelle » est une branche de « l'indépendance institutionnelle et structurelle ». Quel est alors le lien exactement établi entre « indépendance institutionnelle et structurelle » et « indépendance personnelle » ? Même question, par exemple, pour « l'indépendance fonctionnelle » et « l'impartialité objective du juge » ou « l'indépendance intellectuelle » et « l'impartialité subjective du juge ». Dans le fond, les lacunes du travail de Fabrice Hourquebie tiennent peut-être à ce que la théorisation n'est pas l'unique objet du paragraphe consacré à l'« indépendance polymorphe ». En réalité, en même temps qu'il propose une typologie des significations de l'indépendance, Fabrice Hourquebie décrit aussi largement comment le droit positif interne garantit l'indépendance²¹⁹². Il revient également sur les garanties de l'indépendance que sont la durée du mandat, l'inamovibilité du juge et le régime des incompatibilités²¹⁹³. Il s'intéresse encore au concept d'impartialité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁹⁴. Au final, il semble que si Fabrice Hourquebie a consacré des développements longs et précis au droit positif interne, aux garanties de l'indépendance et à la jurisprudence de la juridiction européenne, il a

²¹⁹⁰ *Id.*, p. 430.

²¹⁹¹ *Id.*, p. 445.

²¹⁹² V. par exemple : *Id.*, pp. 431-434.

²¹⁹³ *Id.*, pp. 435-441.

²¹⁹⁴ *Id.*, pp. 445-448.

davantage négligé les définitions des mots clefs de l'indépendance et les interactions entre ces mots clefs.

700. Le brouillage autour des qualificatifs associés au mot indépendance montre que les auteurs français sont avarés d'une réflexion théorique sur l'indépendance de la justice. Un travail de fouille dans les travaux doctrinaux permet, toutefois, de dépasser en partie la faible théorisation de l'indépendance, de repérer et de structurer quelques conceptualisations éparpillées.

§2. Le repérage de quelques conceptualisations éparpillées

701. Avant de mettre au jour quelques concepts d'indépendance de la justice, deux observations préliminaires doivent être faites. Ces deux remarques ont pour dessein de souligner la complexité du repérage des concepts d'indépendance dans les travaux de la doctrine française. D'abord, sans grande surprise, le bilan quantitatif pauvre se double d'un bilan qualitatif pauvre. La faible proportion, en termes quantitatifs, des développements consacrés aux sens de l'indépendance s'accompagne de définitions de l'indépendance, le plus souvent, implicites et imprécises. Celui qui parcourt la littérature française fait l'expérience de définitions rudimentaires plutôt que de définitions complexes et articulées, de quelques « bricolages » modestes plutôt que de constructions intellectuelles élaborées. D'une manière générale, il doit composer et rassembler lui-même les concepts de l'indépendance à l'aide des éléments qu'il recueille. Ensuite et surtout, cette première observation semble encore plus vraie pour les juridictions administratives: lorsqu'ils traitent de l'indépendance des juridictions administratives, les représentants de la doctrine ne produisent globalement pas de définitions sophistiquées. Forts du constat que les juridictions administratives ont progressivement acquis leur indépendance vis-à-vis de l'administration active sous l'effet de la pratique des juges, quelques auteurs concluent même, régulièrement, et sans plus de détails, à une forme d'évidence de l'indépendance des magistrats administratifs. Déjà, Isabelle Boucobza dresse un bilan en ce sens. Elle constate que *« du côté des spécialistes de droit administratif, le traitement de la question de l'indépendance présente une certaine spécificité (...) Le traitement doctrinal de l'indépendance fait très majoritairement l'objet d'un argumentaire "bien peu juridique", notamment à propos de l'indépendance des conseillers d'Etat : celle-ci est très généralement présentée comme une question d'état*

d'esprit, de tradition, de coutume »²¹⁹⁵. Assurément, les propos d'Esmein à propos de l'indépendance du Conseil d'Etat sont de nature à épauler l'argumentation d'Isabelle Boucobza. Dans une étude intitulée « La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante » publiée en 1911 dans un annuaire allemand *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, Esmein ne définit pas l'indépendance des membres du Conseil d'Etat. Il se contente d'indiquer en des termes relativement vagues : « *son autorité et sa réputation [l'autorité et la réputation du Conseil d'Etat] n'ont fait que grandir au cours du temps. Sans doute ses membres, en droit, ne sont pas inamovibles, mais ils le sont en fait. Leur indépendance est assurée par un régime de pleine liberté politique et par la faveur que leur témoigne l'opinion publique et particulièrement la confiance des parties intéressées. La compétence technique, l'impartialité et l'indépendance du Conseil d'Etat sont incontestées ; et c'est peut être la plus hardie de nos cours suprêmes dans sa fermeté à assurer tous les droits et dans ses élans vers l'équité* »²¹⁹⁶. Dans la même veine, à l'heure actuelle, Loïc Cadiet (1957-...) explique que si l'indépendance des membres du Conseil d'Etat, « *qui n'allait pas de soi, est aujourd'hui incontestée* »²¹⁹⁷, elle « *est un fait d'expérience* »²¹⁹⁸.

702. Seuls les écrits de quelques juristes, qui contiennent – en comparaison des autres travaux doctrinaux – des définitions plus fouillées de l'indépendance, permettent, en fait, de relativiser ce maigre bilan qualitatif. Sans prétendre à l'exhaustivité, pour la période contemporaine, il convient, entre autres, de citer, l'article « qu'est-ce que l'indépendance du juge ? » (1996) de Jean-Denis Bredin (1929-...) ²¹⁹⁹. Explicitement, l'auteur insiste, notamment, sur les deux concepts au terme desquels le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors (concept I A (1) dans la typologie) et le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans

²¹⁹⁵ I. Boucobza, « L'indépendance de la justice et l'indifférence des juristes français », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 22-23

²¹⁹⁶ A. Esmein, « La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 5, 1911, p. 42. Cité par A. Chopplet, *op. cit.*, p. 447.

²¹⁹⁷ L. Cadiet, *Découvrir la Justice*, Paris, Dalloz, 1997, p. 186.

²¹⁹⁸ *Ibidem*. V. encore : B. Stirn, « Conseil d'Etat. – Organisation – Fonctionnement », *Jurisclasseur administratif*, fasc. 1020, 2011, p. 10 (§62.) : « *Plus que des textes, le statut et les garanties d'indépendance des membres du Conseil d'Etat découlent de la force de la pratique et du poids de la tradition. (...) L'avancement à l'ancienneté s'est imposé par la coutume. L'autorité du vice-président, tant à l'intérieur du corps que vis-à-vis du Gouvernement, est le fruit de l'histoire. Il en résulte, pour les membres du Conseil d'Etat, une indépendance particulièrement forte et respectée, d'autant plus forte et respectée qu'elle tient peu à des prescriptions de texte* ». (Nous soulignons).

²¹⁹⁹ J-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, pp. 161-166.

(concept I A (2) dans la typologie)²²⁰⁰. Il faut aussi mentionner, pour la période contemporaine, la thèse de Fabrice Hourquebie (1975-...) sur *l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République* qui ambitionne de proposer une classification des concepts de l'indépendance.

703. En dehors de ces quelques exceptions, la science juridique française a un besoin de renforcer sa théorisation. Cela étant dit, au terme d'un travail approfondi de recherche, quelques conceptualisations concises peuvent néanmoins être découvertes. Pour l'essentiel, l'examen détaillé de la littérature permet de dégager cinq concepts principaux. La grande majorité de ces concepts a déjà été largement détaillée dans le cadre des développements relatifs aux conceptualisations anglaise et allemande de l'indépendance, de sorte que les analyses seront ici plus brèves. Au soutien de ces cinq concepts de l'indépendance, quelques justifications sont, éventuellement, avancées : la protection effective des droits et des libertés des justiciables²²⁰¹, le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie²²⁰² ou l'affermissement de la grandeur et de la prospérité de la patrie²²⁰³ constituent les fondements qui sont le plus souvent évoqués, mais jamais de manière systématique. Expressément, Duguit s'appuie sur le concept d'Etat de droit, qu'il a lui-même importé d'Allemagne, pour justifier l'indépendance. Dans le paragraphe 88 intitulé « l'Etat de droit » du volume trois de son *Traité*, il soutient que : « *Dans tout pays civilisé, vivant sous un régime de droit, il faut qu'il y ait des juridictions fortement organisées, composées d'hommes compétents et absolument indépendants du pouvoir politique ; il faut que les décisions prises par ces juridictions soient reconnues comme s'imposant également au respect des gouvernants et des gouvernés* »²²⁰⁴. Parmi les cinq concepts identifiés, c'est celui qui s'articule autour de l'idée selon laquelle « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors » qui est central (concept I A (1) dans la typologie). Il est *forcément* mentionné par tous les auteurs qui entreprennent de proposer un début de théorisation du principe d'indépendance (A). Dans la

²²⁰⁰ L'appréhension de ces deux concepts sera examinée dans les développements qui suivent.

²²⁰¹ Nombreux sont les auteurs qui recourent à la justification de la protection effective des droits et des libertés individuels. Voir, par exemple : A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, pp. 595-596 ; A. Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, p. 503 ; J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 848 ; J-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 165.

²²⁰² Voir, notamment : E. Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, p. 425.

²²⁰³ Voir, notamment : A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, pp. 595-596.

²²⁰⁴ L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, vol. III (La théorie générale de l'Etat), 2^e éd., Paris, Boccard, 1923, p. 553.

hiérarchie des cinq concepts, « seuls les juges doivent trancher les différends » (concept II A (1) a dans la typologie) est celui qui arrive en seconde position (B). Aux deux premiers concepts s'ajoute encore un troisième et un quatrième concepts : ils prévoient respectivement que « le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans » (C) (concept I A (2) dans la typologie) et que « les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas priver une décision juridictionnelle de l'autorité de la chose jugée » (D) (concept II A (1) c dans la typologie). Enfin, le cinquième et dernier concept – qui n'apparaît que dans un seul écrit – se structure autour de l'idée qu'« une juridiction souveraine qui n'est placée sous la surveillance d'aucun organe tutélaire doit se trouver au sommet de la hiérarchie des juridictions de l'ordre judiciaire » (E) (concept II A (1) dans la typologie). Du reste, il convient de rappeler que le plus grand nombre d'auteurs n'appréhende pas la protection statutaire des juges comme une des concepts de l'indépendance. Au même titre que, par exemple, la publicité des audiences et des débats judiciaires²²⁰⁵, la protection statutaire des juges est seulement conçue comme l'une des garanties de l'indépendance, autrement dit comme un moyen de la sauvegarder²²⁰⁶.

A. Premier concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »

704. Sans conteste, le premier concept (concept I A (1) dans la typologie) est un concept classique de l'indépendance. Deux éléments particulièrement intéressants méritent, toutefois, l'attention, parce qu'ils ressortent pour celui qui interroge ce concept dans la littérature juridique française. Premièrement, en plus de l'ensemble des adversaires « classiques » de l'indépendance (le pouvoir exécutif, le pouvoir législatif, le pouvoir judiciaire lui-même, les parties, l'opinion publique et désormais, les organisations professionnelles, les syndicats, les médias ou les groupes de pressions idéologiques, politiques ou financiers)²²⁰⁷, les auteurs

²²⁰⁵ V. en ce sens les propos de Macarel. Il montre que la publicité des audiences et des débats judiciaires est une garantie parmi d'autres pour assurer l'indépendance de la justice. Il écrit : « *La publicité des audiences et des débats judiciaires n'est pas moins nécessaire que l'indépendance de la magistrature ; elle est même un des moyens de la garantir. (...) En général, le moyen le plus certain de corriger celui qui néglige ses devoirs, c'est de le mettre sans cesse en face de ceux auxquels il a le plus grand intérêt de cacher sa conduite : la présence du public est un frein que peu de personnes osent rompre* ». L. A. Macarel, *Éléments de droit politique*, Paris, Nève, coll. Librairie de la Cour de Cassation, 1833, p. 299.

²²⁰⁶ Consulter les développements ci-avant, en particulier: *Supra*, n° 680.

²²⁰⁷ Pour la période contemporaine, les professeurs Bredin et Debbasch dressent une liste relativement exhaustive des « ennemis » de l'indépendance décisionnelle : J-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, pp. 161-166 ; spéc. p. 164 ; C. Debbasch, « L'indépendance de la justice », in *Au carrefour des droits : Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 27-33. Dans son

français visent deux autres « ennemis » pouvant faire pression sur les juges dans le cadre de leur activité juridictionnelle : il s'agit du ministère public et de l'administration active (1). Deuxièmement, entre le XIXe siècle et aujourd'hui, tous les auteurs ne sont pas unanimes à propos de ceux qui doivent jouir de l'indépendance décisionnelle (2).

(1) La désignation du ministère public et de l'administration active au titre des ennemis de l'indépendance

705. De manière expresse, au cours du XIXe siècle et au début du XXe siècle, quelques auteurs identifient le ministère public parmi les adversaires susceptibles d'influencer le juge qui tranche un litige. C'est le cas de Macarel, de Henry Bonfils (1835-1897)²²⁰⁸ ou plus tard, d'Ernest-Désiré Glasson (1839-1907) et Albert Tissier (1862-1925)²²⁰⁹. A titre d'illustration, il convient de citer les propos éclairants de Macarel. Assurément, Macarel²²¹⁰ est un homme aux multiples carrières : en tant que juriste, il a été avocat, maître des requêtes au Conseil d'Etat, puis conseiller d'Etat et professeur de droit administratif (il a succédé à Gérando dans la chaire de droit administratif de la faculté de droit de Paris). Considéré comme l'un des fondateurs du droit administratif français, il a publié plusieurs ouvrages importants, dont son *Cours de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris* (1ère éd. : 1844-1846 en quatre volumes) et ses *Eléments de droit politique* (1833)²²¹¹, lesquelles nous intéressent plus particulièrement ici. Dans une subdivision de ses *Eléments* intitulée « Du ministère public »²²¹², sans directement faire mention du droit positif²²¹³, Macarel affirme fermement : «

article « L'indépendance du juge administratif de premier degré », Pierre Thierry, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel s'intéresse longuement à l'indépendance du juge administratif du premier degré vis-à-vis des autres juges, en particulier vis-à-vis des autres juges qui occupent un rang plus élevé dans la hiérarchie judiciaire. P. Thierry, « L'indépendance du juge administratif de premier degré », in M. Clapié, S. Denaja, P. Idoux (dir.), *Indépendance(s) : Etudes offertes au Professeur Jean-Louis Autin*, vol. 2, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et Science politique de Montpellier, 2012, pp. 1321-1332.

²²⁰⁸ H. Bonfils, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, A. Rousseau, 1885, p. 90.

²²⁰⁹ E. D. Glasson, A. Tissier, *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, vol. 1 (Notions générales et historiques. Organisation judiciaire des actions. De la compétence), 3^e éd., Paris, Sirey, 1925, p. 272.

²²¹⁰ Pour de plus amples renseignements sur Macarel, voir : J-J. Clère, « Macarel Louis-Antoine », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 525-526.

²²¹¹ L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, 516 p.

²²¹² L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, pp. 269-275.

²²¹³ C'est là une différence entre d'une part, Macarel et d'autre part, Bonfils, Glasson et Tissier. Pour fonder l'indépendance décisionnelle du juge par rapport au ministère public, Bonfils, Glasson et Tissier citent l'article 88 du décret du 30 mars 1808 (contenant règlement pour la police et la discipline des cours et tribunaux). Dans sa première partie, l'article 88 dispose que « notre procureur général ou impérial, ni ses substituts n'assisteront point aux délibérations des juges, lorsqu'ils se retireront à la chambre du conseil pour les jugements (...) ».

Sans doute aussi le ministère public doit s'efforcer de fournir aux juges toutes les lumières qu'il croit propres à les éclairer ; mais c'est là le seul genre d'influence qu'il puisse exercer sur leur détermination ; et, en aucune manière, il n'a le droit de dicter leurs jugements. Si son opinion pouvait enchaîner la sentence, si le juge ne conservait pas la faculté d'adopter ou de rejeter ce que le ministère public aurait requis, l'indépendance des tribunaux serait détruite, et la justice serait, de fait, à la disposition arbitraire du pouvoir : les droits privés et publics perdraient leurs garanties »²²¹⁴. Cette citation réclame un bref commentaire : si Macarel – comme d'autres auteurs – dénonce l'influence possible du ministère public sur l'activité juridictionnelle du juge, c'est parce que le ministère public, hiérarchiquement subordonné au pouvoir exécutif, est conçu, dès le début du XIXe siècle, comme un instrument du pouvoir politique²²¹⁵. Le rétablissement du ministère public – avec les lois consulaires des 27 ventôse an VIII (17 mars 1800) et 7 pluviôse an IX (26 janvier 1801) et le code d'instruction criminelle de 1808 – marque « le souci inavoué de permettre au pouvoir exécutif d'intervenir en matière judiciaire par le truchement de ces procureurs »²²¹⁶, nous dit Eric Mathias. Compte tenu de ce que les procureurs sont historiquement envisagés comme des agences du pouvoir exécutif chargés « non seulement de veiller à l'application des lois mais aussi à la "pureté" des sentiments patriotiques des juges »²²¹⁷, il est fréquent que certains membres de la doctrine pointent le risque qu'ils constituent de possibles adversaires de l'indépendance décisionnelle.

706. Un autre ennemi désigné par les auteurs français est l'administration active²²¹⁸. C'est quasiment-exclusivement en tant qu'adversaire de l'indépendance *des juges administratifs* que l'administration active est évoquée. Pour expliquer que les auteurs visent – encore à l'heure actuelle – l'administration active en matière d'indépendance décisionnelle du juge

Bonfils signale également un autre article qui nous apparaît, a priori, moins évident pour justifier l'indépendance décisionnelle vis-à-vis du ministère public : il s'agit de l'article 2 de l'ordonnance du 18 avril 1841 (qui détermine les formes à suivre lorsque les cours ou tribunaux sont appelés à donner leur avis sur un projet de loi ou sur tout autre objet d'un intérêt public). L'article 2 prévoit que « tous les membres du parquet seront admis à l'assemblée ; ils délibéreront et voteront comme les autres membres de la cour ou du tribunal ».

²²¹⁴ L. A. Macarel, *op. cit.*, pp. 274-275.

²²¹⁵ Sur le développement dans l'histoire du parquet, consulter notamment : E. Mathias, *Les procureurs du droit : De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, CNRS Editions, 1999, 288 p. ; spéc. *Id.*, pp. 14-22 ; *Id.*, pp. 25-30 ; J-M. Carbasse (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, 333 p.

²²¹⁶ E. Mathias, *Les procureurs du droit : De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, CNRS Editions, 1999, p. 28.

²²¹⁷ F. Hourquebie, « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du Parquet*, Paris, Dalloz, 2012, p. 17.

²²¹⁸ Pour un examen approfondi du concept d'« administration active » dans son rapport avec le concept de « pouvoir exécutif », consulter : P. Serrand, « Administrer et gouverner », *Jus Politicum*, n° 4, 2010. Disponible sur : <http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html> (date de consultation: 24/11/15).

administratif, il faut se souvenir de ce que la justice administrative est née en l'an VIII (1799) sous l'empire de la confusion des pouvoirs en tant que démembrement de la fonction administrative. Tant que la théorie du ministre-juge est appliquée, c'est l'administration active elle-même qui règle les litiges occasionnés par son fonctionnement. Ce n'est que progressivement, à partir du milieu du XIXe siècle et surtout avec la réorganisation du Conseil d'Etat par la loi du 24 mai 1872, que s'est affermie la distinction entre pure administration et administration contentieuse²²¹⁹. Finalement, c'est donc l'histoire de la fondation de la justice administrative qui éclaire la référence par la doctrine à l'administration active comme ennemi de l'indépendance. « *La question de l'indépendance de la juridiction administrative est généralement abordée par la doctrine publiciste contemporaine sous l'angle du principe de la séparation de la juridiction administrative et de l'administration active : la juridiction administrative étant née au sein de l'administration, les grandes étapes par lesquelles elle a progressivement acquis son indépendance à l'égard de l'Exécutif sont décrites à travers leurs apports et leurs limites* »²²²⁰, résume Laurence Calandri. Parmi les juristes contemporains qui font référence à l'administration active, figure Pierre Thierry, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel. Il observe que : « *S'agissant du juge administratif, ses fonctions doivent être exercées sans pression possible de l'administration et des personnes publiques autant que des particuliers qui la saisissent* »²²²¹.

(2) L'absence de consensus autour des bénéficiaires de l'indépendance

707. Force est de constater que la doctrine n'est pas unanime sur la liste des bénéficiaires du premier concept. Ce sont surtout les questions de savoir si premièrement, *le juge administratif* et deuxièmement, *le ministère public* sont inclus ou exclus dans la catégorie des bénéficiaires du premier concept qui sont débattues. Schématiquement, en ce qui concerne, d'abord, le juge administratif comme bénéficiaire, deux groupes distincts peuvent être distingués au sein de la doctrine. Le premier groupe comprend les auteurs – plus nombreux – qui expliquent que le

²²¹⁹ Sur la question, lire : B. Pacteau, *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIXe siècle*, Paris, PUF, 2003, 264 p.

²²²⁰ L. Calandri, « L'indépendance de la justice administrative face aux autorités administratives indépendantes : continuité ou discontinuité ? », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, p. 163.

²²²¹ P. Thierry, « L'indépendance du juge administratif de premier degré », in M. Clapié, S. Denaja, P. Idoux (dir.), *Indépendance(s) : Etudes offertes au Professeur Jean-Louis Autin*, vol. 2, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et Science politique de Montpellier, 2012, p. 1321. (Nous soulignons).

premier concept concerne certes, le juge judiciaire, mais aussi le juge administratif. Déjà, Ducrocq fait expressément référence aux juges administratifs comme co-bénéficiaires du premier concept. Examinant la théorie des deux pouvoirs à laquelle il souscrit, l'auteur affirme : « *cette théorie [la théorie des deux pouvoirs] ne signifie pas que le pouvoir exécutif a le droit de peser sur les décisions de l'autorité judiciaire ou de les lui dicter. La loi, en déléguant la justice à des tribunaux hiérarchiquement constitués et en les investissant d'un pouvoir propre, a eu pour but d'y mettre obstacle, et cela pour les tribunaux administratifs comme pour ceux de l'ordre judiciaire* »²²²². Le deuxième groupe réunit les auteurs qui font l'apologie de l'indépendance décisionnelle du juge judiciaire, mais pas de celle du juge administratif. Dans les développements ci-avant, il a, déjà, été indiqué qu'au XIXe siècle, certains juristes minoritaires refusent que le juge administratif puisse exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance des pouvoirs politiques. Pour rappel, Cabantous et Liégeois font valoir que le premier concept ne concerne pas le juge administratif²²²³. A l'heure actuelle, la question de l'inclusion du juge administratif au nombre des bénéficiaires de l'indépendance décisionnelle ne pose, toutefois, plus de problème : à notre connaissance, tous les auteurs soutiennent que le juge administratif ne doit pas prendre en considération les pressions provenant de l'extérieur. Sur ce point, il y a donc une certaine évolution de la pensée juridique.

708. En ce qui concerne, ensuite, le ministère public comme bénéficiaire, à l'identique, deux groupes distincts peuvent être différenciés dans la doctrine : le premier groupe réunit les auteurs qui réclament l'application de ce concept au ministère public. A l'inverse, le second groupe se compose des auteurs qui écartent le ministère public des bénéficiaires de l'indépendance décisionnelle. De Pansey explique que « *le ministère public n'est pas seulement l'œil du gouvernement, il en est encore le bras. Le procureur général est obligé de se conformer aux ordres qu'il reçoit du ministre ; et le procureur du roi est dans la même subordination à l'égard du procureur général* »²²²⁴. Y compris pour les représentants du second groupe, la dépendance décisionnelle du ministère public a, cependant, en général, des limites. En témoignent les explications complémentaires de de Pansey, qui indique :

²²²² T. Ducrocq, *Cours de droit administratif contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*, vol. I (introduction de droit constitutionnel – organisation administrative), 6 éd., Paris, E. Thorin, 1881, pp. 25-26.

²²²³ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 664.

²²²⁴ H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3 éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, p. 321. Dans le même sens, voir : L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, pp. 273-274 ; H. Bonfils, *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, A. Rousseau, 1885, p. 94.

« *Cependant cette dépendance a des bornes. Après avoir rendu plainte, concouru à l’instruction, mis sous les yeux du tribunal toutes les circonstances du fait incriminé, le ministère public, libre d’obéir à sa conscience, peut déclarer qu’il s’en rapporte à la prudence des juges, et même qu’il se désiste de ses poursuites* »²²²⁵. Les débats autour de l’indépendance décisionnelle du parquet n’ont pas véritablement évolué depuis de Pansey : encore aujourd’hui, l’inclusion du ministère public au nombre des bénéficiaires de l’indépendance décisionnelle est l’objet d’une controverse doctrinale. De façon symptomatique, les discussions sur le ministère public ont rebondi récemment en France avec l’arrêt *Medvedyev* (10 juillet 2008 et 29 mars 2010)²²²⁶ et l’arrêt *Moulin* (23 novembre 2010)²²²⁷ rendus par la Cour européenne des droits de l’homme. Les enjeux contemporains de la question ne peuvent, du reste, être compris qu’à la lumière d’une brève digression sur l’état actuel du droit positif en la matière. En quelques mots, le droit positif en vigueur dessine aux magistrats du parquet un statut original, à mi-chemin entre l’autorité judiciaire et le pouvoir exécutif. Le droit positif prévoit, d’une part, la dépendance des magistrats du parquet au pouvoir exécutif (art. 5, ordonnance du 22 décembre 1958 ; article 30 et 37 du Code de procédure pénale)²²²⁸. Il affirme, d’autre part, le principe de l’unité du corps judiciaire des magistrats du siège et du parquet (article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958, modifié par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23

²²²⁵ H. de Pansey, *op. cit.*, p. 321. Dans le même sens que de Pansey, voir : H. Bonfils, *op. cit.*, p. 89. Sur ce point, la position de de Pansey et celle de Bonfils méritent, d’ailleurs, d’être rapprochées de celle des privatistes contemporains Solus et Perrot. Solus et Perrot soulignent eux-aussi que la dépendance décisionnelle du ministère public vis-à-vis du ministre de la justice n’est pas absolue. Ils insistent, en particulier, sur l’indépendance décisionnelle du ministère public dans ses conclusions à l’oral. Selon Solus et Perrot, « *tous [les membres du ministère public] sont sous la dépendance du garde des sceaux, ministre de la justice, qui peut leur donner des ordres ou des défenses d’agir (...) ce n’est pas à dire cependant que, du fait de cette hiérarchie, toute indépendance des membres du ministère public, - dont il ne faut pas oublier qu’ils sont des magistrats, - soit exclue. En effet, après avoir pris, sur ordre, des conclusions écrites dans le sens indiqué par son supérieur hiérarchique, le magistrat du ministère public peut toujours développer oralement des conclusions contraires, conclure oralement au rejet de ses conclusions écrites. Et cela conformément à la règle traditionnelle : “si la plume est servie, la parole est libre”* ». H. Solus, R. Perrot, *Droit judiciaire privé*, vol. 1 (Introduction, notions fondamentales (action en justice, formes et délais, acte juridictionnel), organisation judiciaire), Paris, Sirey, 1961, pp. 720-721. Consulter, en outre : L. Boyer, H. Roland, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., Lyon, Editions l’Hermès, 1983, p. 279.

²²²⁶ CEDH, 10 juillet 2008, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03 ; CEDH, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c. France*, requête n° 3394/03.

²²²⁷ CEDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, requête n° 37104/06.

²²²⁸ L’article 5 de l’ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que « *les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l’autorité du garde des sceaux, ministre de la justice* ». L’article 30 du Code de procédure pénale (modifié par la loi n° 2013-669 du 25 juillet 2013) prévoit dans son alinéa 2 qu’« *il [le ministre de la justice] adresse aux magistrats du ministère public des instructions générales* ». Il précise cependant dans son alinéa 3 qu’« *il [le ministre de la justice] ne peut leur adresser aucune instruction dans des affaires individuelles* ». La suppression du pouvoir du garde des sceaux de donner des instructions dans les affaires individuelles est le résultat de la réforme législative du 25 juillet 2013. L’article 37 du Code de procédure pénale (modifié par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004) prévoit que « *le procureur général a autorité sur tous les officiers du ministère public du ressort de la cour d’appel* ».

juillet 2008 ; et surtout art. 1, ordonnance du 22 décembre 1958)²²²⁹. La tension entre les principes de dépendance et d'unité obligent, dans la pratique, les magistrats du parquet à « *un véritable exercice d'équilibriste* »²²³⁰.

709. Pour finir avec les développements consacrés à l'absence de consensus autour des bénéficiaires de l'indépendance décisionnelle, il convient encore de signaler un dernier groupe d'auteurs : il est constitué par ceux qui font valoir que le premier concept se rapporte indifféremment au « juge » (en général), sans que le concept de « juge » ne soit défini ou délimité. A titre d'illustration, Carré de Malberg nous dit : « *le chef de l'Exécutif ne peut exercer sur les juges la puissance hiérarchique qui lui appartient sur les fonctionnaires administratifs : il ne peut point leur donner d'ordres, car les juges ne lui doivent pas obéissance* »²²³¹. L'absence de précision sur le concept de « juge » laisse au moins deux questions sans réponse : dans ce cas, est-ce à dire que ces auteurs font, en fait, implicitement référence aux seuls juges judiciaires ? Est-ce à dire qu'ils estiment que la liste des bénéficiaires de l'indépendance décisionnelle ne fait pas l'objet d'un débat ?

B. Deuxième concept : « Seuls les juges doivent trancher les différends »

710. Avant tout, le deuxième concept (concept II A (1) a dans la typologie) renferme l'idée que le roi et le parlement ne doivent pas trancher les différends (1). Il implique aussi que les administrateurs ne doivent pas rendre la justice (2).

²²²⁹ L'article 64 de la Constitution du 4 octobre 1958 prévoit que le statut des magistrats est fixé par une loi organique, *sans distinguer* les magistrats du siège et du parquet. L'article 65 de la Constitution du 4 octobre 1958 nous dit que les magistrats du siège et du parquet relèvent d'*un même organe de contrôle*, le Conseil supérieur de la magistrature – même si cet organe de contrôle comprend, en fait, deux formations différentes, l'une pour le siège, l'autre pour le parquet. L'article 1^{er} de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que « *le corps judiciaire comprend : 1° Les magistrats du siège et du parquet de la Cour de cassation, des cours d'appel et des tribunaux de première instance ainsi que les magistrats du cadre de l'administration centrale du ministère de la justice (...)* ». (Nous soulignons). Pour des renseignements plus précis sur le principe d'unité du corps judiciaire, consulter : F. Hourquebie, « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du Parquet*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 18 et s. ; pour une approche historique sur le principe d'unité de la magistrature judiciaire, voir : A. Cabanis, O. Devaux, « Sièges et parquet en France (XIXe-XXe siècle) », in J.-C. Gaven, J. Krynen (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIXe-XXe siècles)*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2012, pp. 277-297 ; spéc. pp. 279-287.

²²³⁰ J. Alix, « *Quels visages pour le parquet en France ?* », in C. Lazergues (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, p. 77.

²²³¹ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, pp. 769-770.

(1) L'exclusion du roi et du parlement

711. L'interdiction pour le roi d'exercer des fonctions juridictionnelles est un sens important de l'indépendance dans les travaux de la doctrine du XIXe siècle (de Pansey, Macarel²²³² ou Saint Girons²²³³) et même du début du XXe siècle (Barthélemy et Duez²²³⁴). De Pansey en rend longuement compte dans le volume un de son ouvrage *De l'autorité judiciaire en France*²²³⁵, en particulier au sein du chapitre III intitulé « Que jamais le prince ne doit s'immiscer dans l'exercice de l'autorité judiciaire »²²³⁶. Pour justifier l'interdiction pour le roi de trancher les différends, le président de la Cour de Cassation met, notamment, en avant un argument « classique ». Il présente l'interdiction pour le roi de trancher les différends comme un rempart contre l'arbitraire et la tyrannie²²³⁷ : c'est, en particulier, la division des pouvoirs qui doit constituer la protection contre un gouvernement arbitraire et tyrannique. Selon les propres termes de de Pansey, « *si le prince, qui est investi de la puissance législative et du pouvoir exécutif, se réservoir encore l'exercice de l'autorité judiciaire, cette réunion confondroit des choses essentiellement différentes, et qui doivent nécessairement demeurer séparées. En effet, comme le prince, en exerçant l'autorité judiciaire, n'en auroit pas moins la puissance législative, il pourroit indifféremment appliquer la loi comme juge, ou la modifier comme législateur ; et de là ces rescrits qui causèrent tant de maux aux Romains qui eurent la manie de juger* »²²³⁸.

712. La prohibition de rendre la justice, qui s'applique au monarque, concerne également chacune des chambres du Parlement prise dans son individualité²²³⁹. Toutefois, le magistrat de Pansey concède que deux exceptions strictes à cette dernière règle générale doivent être admises. Elles concernent, spécifiquement, la seconde chambre dans les gouvernements mixtes, c'est-à-dire les gouvernements où, d'après la définition fournie par l'auteur, « *la*

²²³² L. A. Macarel, *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, 1833, p. 163.

²²³³ A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 577.

²²³⁴ J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 861.

²²³⁵ Déjà, Jacques Krynen signale la présence du second concept dans les écrits de Pansey : J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 74-75.

²²³⁶ H. de Pansey, *De l'autorité judiciaire en France*, vol. 1, 3 éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, pp. 185-193.

²²³⁷ Pour une analyse approfondie de cette justification de l'indépendance, voir, déjà, *Supra*, n° 234 et s.

²²³⁸ H. de Pansey, *op. cit.*, pp. 187-188. De Pansey fonde également le deuxième concept sur la justification « absence d'impartialité ». H. de Pansey, *op. cit.*, p. 182.

²²³⁹ H. de Pansey, *op. cit.*, pp. 194-195. Le titre du chapitre IV du volume un de l'ouvrage de de Pansey est : « *Que la disposition de la charte par laquelle le roi s'est interdit l'exercice des fonctions judiciaires doit s'appliquer aux deux chambres* ».

puissance législative est divisée, qu'elle s'exerce collectivement par le roi, par la chambre des pairs, et par celle des députés »²²⁴⁰ : « *Dans les gouvernements mixtes, il y a des circonstances où la branche aristocratique de la constitution peut, et même doit se constituer en tribunal* »²²⁴¹, fait valoir de Pansey. Première exception : en matière criminelle, un membre de la chambre des pairs, qui commet un délit ou un crime, doit être jugé par la chambre des pairs elle-même. Il s'agit, en fait, de garantir une forme d'équité aux membres de la chambre des pairs. Les arguments – très précis – développés par le juriste sont les suivants : « *Investis des plus hautes fonctions, dépositaires de la puissance publique, à titre héréditaire et patrimonial, les pairs occupent le sommet de la hiérarchie sociale ; l'égalité constitutionnelle cesse pour eux, et ils forment dans l'Etat un ordre privilégié, un ordre supérieur à toutes les classes de citoyens ; en un mot ils ne sont pairs qu'entre eux. Si, dans les affaires criminelles, ils étoient traduits aux cours d'assises et devant les jurés ordinaires, ils ne jouiroient donc pas du droit commun à tous, de ne pouvoir être condamnés que par le jugement de leurs pairs. Ainsi, dans tous les cas où une accusation doit être portée devant des jurés, c'est à la chambre des pairs qu'il appartient de statuer sur celles intentées contre ses membres. Ainsi la disposition de l'art. 34 de notre charte constitutionnelle n'est pas un privilège, mais l'application littérale et nécessaire de la loi commune* »²²⁴². Deuxième exception : un ministre, qui dans l'exercice de ses fonctions porte atteinte à la constitution, doit également être jugé par la chambre des pairs²²⁴³. Au final, en dehors de ces deux exceptions, de Pansey insiste fermement sur la nécessité pour seuls les juges de dire le droit : « *Ainsi, la justice émane du roi, mais il n'en est pas l'organe ; elle s'administre en son nom, mais il n'en est pas l'administrateur ; il en est la source, mais les justiciables ne la reçoivent pas immédiatement de lui: elle ne peut se répandre sur eux que par des canaux intermédiaires. En un mot, la justice ne peut être rendue que par des hommes auxquels le roi confère le caractère de juge, et la loi le privilège de l'inamovibilité* »²²⁴⁴.

²²⁴⁰ H. de Pansey, *op. cit.*, p. 197.

²²⁴¹ H. de Pansey, *op. cit.*, p. 196.

²²⁴² H. de Pansey, *op. cit.*, pp. 197-198. Le même argument se trouve, déjà, chez Montesquieu.

²²⁴³ H. de Pansey, *op. cit.*, pp. 198-199.

²²⁴⁴ H. de Pansey, *op. cit.*, p. 193. Voir, aussi, cette autre citation extraite de l'ouvrage de de Pansey: « *Le vrai magistrat, tout entier à l'exercice de ses fonctions, étranger, pour ainsi dire aux autres classes de la société, ne partage ni leur passion, ni leur plaisir, ni leurs prétentions, ni leur jalousie. Plein de cette idée qu'il est l'organe de la loi, qu'il est la loi vivante, il a un grand caractère. Toujours dans la solitude du cabinet ou sous les regards du public, ses mœurs sont simples et graves. Son mépris pour le luxe et ses habitudes modestes l'élèvent au-dessus de tous les genres de séduction. Comme l'estime de ses concitoyens et le dernier terme de son ambition, on se plaît à la lui accorder ; et il marche couvert de la vénération qu'il est impossible de refuser à la réunion du savoir et de la vertu* ». *Id.*, pp. 182-183.

713. Le concept construit autour de l'interdiction pour le roi et le parlement de juger a désormais pratiquement disparu dans la littérature juridique. Sur ce point, il y a donc une autre évolution de la pensée juridique.

(2) L'exclusion des administrateurs

714. Le second concept est spécifiquement abordé dans la littérature juridique française, y compris la littérature juridique française plus contemporaine, sous un autre angle: avec les développements de la justice administrative, le second concept est évoqué pour affirmer que *les administrateurs* ne doivent pas dire le droit. En rentrant un peu plus dans les détails, il nous semble que, le plus souvent, l'interdiction pour les administrateurs de rendre la justice n'est pas appréhendée directement. Elle est plutôt traitée de manière implicite et est latente dans les discours sur l'indépendance des juges administratifs. Concrètement, c'est en consacrant expressément l'idée que les administrateurs ne doivent plus être présents dans la composition des juridictions administratives ou en parlant de personnels distincts pour les fonctions consultatives et contentieuses que plusieurs auteurs font allusion, *en creux*, à la défense pour les administrateurs de trancher les différends en matière administrative. Par exemple, le second concept peut être mise au jour dans le *Traité de droit constitutionnel* de Barthélemy et Duez : les deux auteurs renvoient à l'interdiction pour les administrateurs de siéger au sein des juridictions administratives dans leur formation contentieuse. Ils observent que « la III^e République cherche à améliorer la valeur de la juridiction administrative en renforçant son indépendance vis-à-vis de l'administration active. *Les administrateurs actifs sont bannis progressivement du sein des juridictions administratives. Au Conseil d'Etat, la séparation est, peut-on dire, complète : la loi de 1872 interdit au ministre de la Justice la présidence au contentieux ; les conseillers en service extraordinaire (qui sont de hauts fonctionnaires de l'administration active) ne peuvent être attachés aux sections contentieuses, ni venir à l'assemblée générale du contentieux ; enfin existe la récusation des conseillers qui ont participé à la préparation des actes administratifs attaqués* »²²⁴⁵. Autre illustration offrant l'occasion d'identifier le second concept : André de Laubadère (1910-1981) évoque l'autonomie du corps des magistrats administratifs par rapport aux corps des administrateurs.

²²⁴⁵ J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 864 (la première partie de la citation est en italique dans l'ouvrage ; nous soulignons).

Dans son magistral *Traité de droit administratif* (1ère éd. : 1953 en un volume)²²⁴⁶, il nous dit : « Pour qu'une juridiction administrative puisse être considérée comme vraiment séparée de l'administration il faut (...) qu'elle soit suffisamment indépendante, c'est-à-dire qu'elle ait un personnel propre qu'elle n'emprunte pas à l'administration active et dont le statut offre des garanties suffisantes »²²⁴⁷. C'est, au demeurant, la nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès²²⁴⁸ qui constitue la principale justification de ce que les administrateurs ne doivent pas en même temps remplir des fonctions de jugement. Pour reprendre les termes de de Laubadère, « l'autonomie de la juridiction administrative par rapport à l'administration elle-même constitue un objectif essentiel si l'on ne veut pas que l'administration puisse être soupçonnée d'être à un degré quelconque juge et partie dans ses propres procès »²²⁴⁹.

C. Troisième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans »

715. Le concept en question (concept I A (2) dans la typologie) se manifeste dans les écrits de quelques auteurs anciens. Parmi eux, il convient de citer Jousserandot. De manière expresse, le juriste associe l'indépendance du juge vis-à-vis de lui-même à la soumission du

²²⁴⁶ Les trois premières éditions de ce traité fondamental ont paru en un volume entre 1953 et 1963. Pour ce qui nous concerne, nous utilisons une édition en quatre volumes du traité. Etant donné que les quatre volumes ont été réédités séparément, nous utilisons des éditions différentes pour chacun des quatre volumes. Nous avons recours à la huitième édition pour le volume un, la septième édition pour le volume deux et la troisième édition pour les volumes trois et quatre : A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 1 (L'organisation administrative – La fonction administrative et les actes administratifs – La Justice administrative – La police administrative et les services publics – La responsabilité administrative), 8e éd., Paris, LGDJ, 1980 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 2 (La fonction publique - Les domaines administratifs - L'expropriation, la réquisition – Les travaux publics – La construction – L'urbanisme – L'aménagement du territoire – Les actions foncière et rurale), 7e éd., Paris, LGDJ, 1980 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 3 (Les Grands Services Publics Administratifs), 3e éd., Paris, LGDJ, 1978 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 4 (L'administration économique ; l'intervention et la planification ; les services publics industriels et commerciaux et les entreprises publiques – Les transports et les communications – Les richesses naturelles et l'énergie), 3e éd., Paris, LGDJ, 1977. Dans ses dernières éditions, le *Traité de droit administratif* comprend cinq volumes. V. en particulier : A. de Laubadère, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 1 (Droit administratif général : L'administration, la juridiction administrative, les actes administratifs, les régimes administratifs), 16e éd., Paris, LGDJ, 2001 ; A. de Laubadère, Y. Gaudemet, *Traité de droit administratif*, tome 2 (Droit administratif des biens : la propriété publique ; les domaines ; l'expropriation, la réquisition ; les travaux publics), 12e éd., Paris, LGDJ, 2002 ; A. de Laubadère, J.-C. Venezia, *Traité de droit administratif*, tome 3 (Les grands services publics administratifs), 6e éd., Paris, LGDJ, 1997 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 4 (L'administration de l'Economie), 3e éd., Paris, LGDJ, 1977 ; A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 5 (La fonction publique), 12e éd., Paris, LGDJ, 2000.

²²⁴⁷ A. de Laubadère, *Traité de droit administratif*, tome 1 (L'organisation administrative – La fonction administrative et les actes administratifs – La Justice administrative – La police administrative et les services publics – La responsabilité administrative), 8e éd., Paris, LGDJ, 1980, p. 415.

²²⁴⁸ Pour une analyse approfondie de cette justification de l'indépendance, voir, déjà : *Supra*, n° 251 et s.

²²⁴⁹ A. de Laubadère, *op. cit.*, p. 415.

juge à la loi²²⁵⁰, laquelle est elle-même décrite comme une condition de la légalité des décisions de justice. Jousserandot écrit : « *Ensuite les décisions rendues doivent être conformes à la loi, c'est-à-dire que le juge doit faire abstraction de ses impressions, de ses opinions, de ses vues personnelles, pour parvenir à être partout et toujours l'organe fidèle de la loi. C'est précisément parce que le juge est censé faire cet effort sur lui-même, qui lui donne la lucidité nécessaire pour arriver à une saine compréhension de la loi, c'est précisément pour cela que les décisions judiciaires sont considérées comme légales* »²²⁵¹.

716. Plus fréquemment, le troisième concept apparaît dans les travaux de certains auteurs contemporains. En particulier, Jean-Denis Bredin le circonscrit de manière explicite et approfondie. Sous le forme de plusieurs questions rhétoriques, il énonce : « *Est-il [le juge] indépendant de son idéologie, de ses préjugés, de ses sympathies et de ses animosités, et s'il ne peut l'être le tente-t-il au moins ? (...) est-il capable de se méfier de soi, ne pas se soumettre au plaisir ou à la vanité qui peuvent venir de l'exercice de tout pouvoir, et plus fortement encore d'un pouvoir apparemment porté par l'idéal de justice ? (...) Ne risque-t-il pas, gonflé d'indépendance, de se soumettre à ses préjugés, à ses passions, à l'exaltation de son rôle et de son image, à sa carrière, bref à soi ?* »²²⁵². A l'identique, Serge Guinchard et ses co-auteurs font aussi référence au troisième concept. Ils expliquent que « *l'indépendance du juge doit exister aussi à l'égard des contraintes plus ou moins diffuses de son milieu social, et même de ses engagements personnels* »²²⁵³. Entre les pressions en provenance du dehors et les pressions en provenance du dedans, les derniers privatistes identifient nettement les secondes comme étant les plus dangereuses. A l'heure actuelle, c'est de sa propre personne que le juge contemporain doit surtout se méfier, et non pas des influences émanant de l'extérieur : « *Ce n'est donc pas tant l'indépendance du juge à l'égard du pouvoir politique qui pose problème, celle-ci étant largement acquise par l'évolution récente du statut des magistrats (réformes successives depuis 1992) et de par la pression syndicale qui vient en renfort des résistances individuelles, que l'indépendance du juge envers... lui-même ! (...) Etre indépendant aujourd'hui pour un juge c'est savoir résister à ses inclinations politiques (au sens de la vie de la Cité), personnelles dans les affaires qu'il doit juger* »²²⁵⁴.

²²⁵⁰ Pour une analyse approfondie de cette justification de l'indépendance, voir, déjà, *Supra*, n° 233 et s.

²²⁵¹ L-E. Jousserandot, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, A. Maresq Ainé, 1878, pp. 5-6.

²²⁵² J-D. Bredin, « Qu'est-ce que l'indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, p. 164.

²²⁵³ S. Guinchard, G. Montagnier, A. Varinard, T. Debard, *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, p. 248.

²²⁵⁴ *Id.*, pp. 249-250.

D. Quatrième concept : « Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas priver une décision juridictionnelle de l'autorité de la chose jugée »

717. Denis Serrigny (1800-1876)²²⁵⁵ est au nombre des auteurs qui énonce le quatrième concept (concept II A (1) c dans la typologie). D'abord professeur suppléant à la faculté de Dijon, puis professeur titulaire de la chaire de droit administratif, avant d'être, enfin, nommé doyen dans cette même faculté, Serrigny a enseigné, de 1838 à 1872, le droit administratif. Son œuvre principale est son *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil* (1ère éd. : 1842-1846 en deux volumes), qui a été édité à deux reprises²²⁵⁶. Le *Traité* témoigne de l'effort soutenu du professeur de Dijon de faire surgir – ce sont les mots du professeur d'histoire du droit Jean-Jacques Clère – « un corps de doctrines »²²⁵⁷ « à partir du morceau confus des dispositions législatives »²²⁵⁸. Jean-Jacques Clère précise que l'ouvrage de Serrigny ouvre la voie au droit administratif en formulant les doctrines du droit administratif « en règles précises qui s'enchainent, se coordonnent, et sont capables de s'élever à une généralisation scientifique »²²⁵⁹. Ce qui distingue, toutefois, Serrigny des fondateurs de la discipline scientifique – à l'instar de Macarel, Gérando ou Cormenin – est son orientation profondément « civiliste » : en quelques mots, l'approche de Serrigny consiste à faire rentrer le droit administratif dans les règles particulières du droit civil²²⁶⁰. C'est dans la section seconde dont le titre est « du pouvoir judiciaire », plus particulièrement au sein d'une subdivision numérotée 18 intitulée « le pouvoir judiciaire est souverain dans sa sphère » du volume un de son *Traité* que Serrigny défend le concept qui nous intéresse. En des termes très clairs, l'administrativiste martèle que le titulaire du pouvoir exécutif ne peut casser une décision juridictionnelle et changer la peine prononcée dans un jugement. Pour reprendre les mots de l'auteur, « (...) le chef de l'Etat n'a cependant aucun droit de réformation sur les jugements que rendent la justice judiciaire (...) Toutes les fois qu'elle se renferme dans les limites de sa

²²⁵⁵ Pour de plus amples renseignements biographiques sur Serrigny, voir : J-J. Clère, « Serrigny Denis », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 709-710.

²²⁵⁶ D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, 1ère éd., Paris, Joubert, 1842-1846, 2 vol. (un volume de supplément a été ajouté à cette première édition). Nous utilisons la seconde édition du *Traité* en trois volumes: D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1865, 3 vol.

²²⁵⁷ J-J. Clère, « Serrigny Denis », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 710.

²²⁵⁸ *Id.*, p. 710.

²²⁵⁹ *Id.*, p. 710.

²²⁶⁰ *Id.*, p. 710.

*compétence, l'autorité judiciaire est souveraine dans ses actes, de même que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif sont également souverains dans les limites respectives de leurs attributions. En d'autres termes, toutes les fois qu'un tribunal a prononcé sur une matière de sa juridiction, et que les voies pour faire réformer ou annuler la décision sont épuisées, son jugement passe en force de chose jugée, et acquiert toute l'autorité d'une loi spéciale pour la cause dans laquelle il a été porté »*²²⁶¹. Cet extrait de l'ouvrage de Serrigny peut être rapproché des propos tenus par Saint Girons dans une subdivision de son *Manuel de droit constitutionnel* dont le titre est « Indépendance de l'autorité judiciaire à l'égard du Parlement ». Saint Girons y soutient que les titulaires du pouvoir législatif ne peuvent pas non plus casser les sentences judiciaires rendues : « *Inutile de dire que le Parlement ne saurait casser une décision judiciaire ni priver les plaideurs du bénéfice résultant d'un jugement »*²²⁶², rappelle le professeur de Lyon.

718. Le quatrième concept transparait encore dans la littérature juridique plus contemporaine. Pour s'en convaincre, il suffit de citer un passage des *Institutions judiciaires* de Boyer et Roland. Les deux auteurs écrivent : « *Dans la mission du juge, ne figure pas uniquement la jurisdictio, pouvoir de dire le droit à propos d'une contestation déterminée, mais aussi l'imperium, pouvoir de commander grâce auquel la décision de justice devient sujette à exécution forcée. (...) L'autorité judiciaire dispose donc, du droit de requérir la force publique. Ce qui fait obligation au pouvoir exécutif de déférer à la formule exécutoire, c'est-à-dire ne rien faire qui soit de nature à neutraliser la réalisation de la chose jugée et, surtout, prêter l'appui de la force publique lorsqu'elle est indispensable à l'exécution des jugements. (Encore faut-il noter qu'il n'y a pas de voies d'exécution contre l'Administration) »*²²⁶³.

²²⁶¹ D. Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, vol. 1, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1865, p. 24.

²²⁶² A. Saint Girons, *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, p. 578. Le quatrième concept est également présent dans : R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, p. 770 ; J. Barthélemy, P. Duez, *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, p. 861.

²²⁶³ L. Boyer, H. Roland, *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., Lyon, Editions l'Hermès, 1983, p. 28. (nous soulignons).

- E. Cinquième concept : « Une juridiction souveraine qui n'est placée sous la surveillance d'aucun organe tutélaire doit se trouver au sommet de la hiérarchie des juridictions de l'ordre judiciaire »

719. D'emblée, il convient de faire quatre remarques sur ce cinquième concept : en premier lieu, ce concept est très marginal dans les travaux doctrinaux. *Tel qu'il est énoncé par Carré de Malberg*, nous l'avons seulement identifié dans un seul ouvrage. L'ouvrage en question est, toutefois, un ouvrage majeur de la théorie du droit constitutionnel : il s'agit de la *Contribution à la Théorie générale de l'Etat* de Carré de Malberg. L'importance de cet ouvrage justifie *a fortiori* l'examen du cinquième concept au titre des concepts d'indépendance présents dans la littérature juridique française. En second lieu, le concept dans sa formulation n'a pas d'équivalent du côté de l'Angleterre et de l'Allemagne. A notre connaissance, il représente donc un discours spécifique à la conceptualisation française. En troisième lieu, le concept relatif à l'exigence d'une juridiction souveraine qui n'est placée sous la surveillance d'aucun organe tutélaire se rattache au concept II A (1) de notre typologie. En quatrième et dernier lieu, force est de constater que le concept selon lequel « une juridiction souveraine qui n'est placée sous la surveillance d'aucun organe tutélaire doit se trouver au sommet de la hiérarchie des juridictions de l'ordre judiciaire » semble s'expliquer par le développement propre à l'histoire de la justice française²²⁶⁴. Précisément, il apparaît être le résultat de la place à la fois modeste et équivoque octroyée au Tribunal de Cassation au moment de sa création. Modeste, car le Tribunal de Cassation est sans volonté propre, seulement chargé « *de surveiller la mécanique application judiciaire des lois, "casser" les jugements des tribunaux rendus en contravention des lois, sans lui-même les expliquer ou les interpréter* »²²⁶⁵. Equivoque, car le Tribunal de cassation (qui devient « Cour de cassation » en 1804) est placé « *auprès du Corps législatif* »²²⁶⁶ en vertu de l'article premier de la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790. « *Anéantir un jugement, ce n'est pas*

²²⁶⁴ Consulter : J-L. Halpérin, *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, thèse, Paris, LGDJ, 1987, 294 p. ; J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, pp. 37-40.

²²⁶⁵ J. Krynen, *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, vol. II (L'emprise contemporaine des juges), Paris, Gallimard, 2012, p. 40. En réalité, « *créé pour être le "protecteur des lois", le Tribunal de Cassation est devenu dès la fin de la période révolutionnaire, une source d'interprétation de la loi et a commencé l'édification d'une jurisprudence nouvelle dont la reconnaissance, encore timide, annonce l'essor futur aux XIXe et XXe siècles* ». J-L. Halpérin, « Le Tribunal de cassation et la naissance de la jurisprudence moderne », in R. Badinter (dir.), *Une autre Justice : contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, Paris, Fayard, 1989, p. 227.

²²⁶⁶ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 56.

juger. Ainsi, la cassation n'est pas une partie du pouvoir judiciaire mais une émanation du pouvoir législatif»²²⁶⁷, nous dit, en 1790, le député de la Révolution et magistrat Guillaume François Charles Goupil de Préfelin (1727-1801). Originellement, tout en étant une Cour, le Tribunal de Cassation exerce donc ses fonctions pour le compte du législateur. Ainsi, en vertu de l'article 24 de la même loi, chaque année, le Tribunal de cassation est « *tenu d'envoyer à la barre de l'assemblée du Corps-législatif, une députation de huit de ses membres, qui lui présenteront l'état des jugements rendus, à côté de chacun desquels sera la notice abrégée de l'affaire, et le texte de loi qui aura décidé la cassation* »²²⁶⁸. En outre, le Parlement conserve dans le régime de la cassation le dernier mot avec le référé législatif obligatoire (article 21 de la loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790)²²⁶⁹.

720. C'est en réaction à cette ambivalence initiale du Tribunal de cassation établi sous l'égide du pouvoir législatif que Carré de Malberg s'élève. Il affirme que l'indépendance de la justice signifie l'existence d'une juridiction souveraine, en l'occurrence la Cour de cassation, placée au sommet de la hiérarchie judiciaire et qui n'est sous la surveillance d'aucun organe tutélaire. Les mots fermes du professeur de Strasbourg sont les suivants : « *L'indépendance de l'autorité judiciaire, sa séparation organique d'avec l'autorité administrative, se trouve réalisée et clairement attestée (...) par ce fait capital que tous les tribunaux judiciaires sont placés exclusivement sous le contrôle et la puissance hiérarchique d'un organe suprême, la Cour de cassation, qui est elle-même une autorité purement judiciaire et qui ne relève d'aucune autorité supérieure* »²²⁷⁰. Du reste, Carré de Malberg précise qu'il s'appuie sur les développements de René Jacquelin (1865-1942), qu'il cite expressément. Déjà, dans ses *principes dominants du contentieux administratif*, Jacquelin présente la Cour de cassation comme « *le signe infaillible de l'existence du pouvoir qu'elle représente, tout comme le Président représente le pouvoir exécutif, tout comme les Chambres le pouvoir législatif* »²²⁷¹

²²⁶⁷ Cette citation est extraite de la séance du lundi 24 mai 1790 à l'Assemblée nationale. *Réimpression de l'ancien moniteur depuis la réunion des Etats-Généraux jusqu'au Consulat (mai 1789-novembre 1799)*, vol. 4, Paris, au Bureau central, 1840, p. 451.

²²⁶⁸ J. B. Duvergier, *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, Avis du Conseil-d'Etat*, t. 2, 2^e éd., Paris, A. Guyot, 1834, p. 58.

²²⁶⁹ Pour de plus amples explications sur le référé législatif obligatoire, consulter : *Supra*, n° 594 et s.

²²⁷⁰ R. Carré de Malberg, *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, vol. 1 (reproduction de vol. 1, Paris, Recueil Sirey, 1920), Paris, Dalloz, 2004, p. 770.

²²⁷¹ R. Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1899, p. 20. *Id.*, p. 52.

Conclusion du Chapitre 2

721. En définitive, l'examen du traitement par les juristes français du XIXe et du XXe siècle de la thématique de l'indépendance – peu importe que leur spécialité disciplinaire soit le droit privé, le droit administratif ou le droit constitutionnel – montre l'ampleur des silences et des lacunes tant pour ce qui touchent aux atteintes concrètes à l'indépendance qu'à la théorisation de l'indépendance. En ce qui concerne, d'abord, le mutisme sur les atteintes concrètes à l'indépendance, il ne doit pas être interprété en hâte comme un soutien à la dépendance de la justice – bien au contraire. Les auteurs s'entendent à établir le caractère fondamental de l'indépendance.

722. En ce qui concerne, ensuite, la faible théorisation de l'indépendance, la modeste proportion des développements consacrés aux définitions de l'indépendance et l'abondance des qualificatifs imprécis juxtaposés au mot indépendance dans les productions scientifiques sont ses deux signes extérieurs les plus prégnants. Au mieux, les auteurs fournissent quelques concepts implicites de l'indépendance. Souvent sans aller très loin, ils insistent, avant tout, sur l'idée selon laquelle l'indépendance veut dire que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors (concept I A (1) dans la typologie). Ils thématisent également le concept selon lequel seuls les juges doivent trancher les différends (concept II A (1) a dans la typologie). Les juristes, qui avancent d'autres significations que celle qui s'organise autour de ces deux concepts, sont moins nombreux dans la littérature juridique. De là, il résulte que dans les travaux doctrinaux, les autres concepts 3) le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans (concept I A (2) dans la typologie) 4) les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas priver une décision juridictionnelle de l'autorité de la chose jugée (concept II A (1) c dans la typologie) 5) une juridiction souveraine qui n'est placée sous la surveillance d'aucun organe tutélaire doit se trouver au sommet de la hiérarchie des juridictions de l'ordre judiciaire (concept II A (1) dans la typologie) sont plus minoritaires, voir même complètement marginaux – c'est le cas, en particulier, du cinquième concept : tel qu'il est énoncé, il n'a été repéré que dans les travaux de Carré de Malberg.

CONCLUSION DE LA PARTIE 3

723. La mise à mal de l'indépendance, d'une part, et les silences et lacunes de la doctrine, d'autre part, invitent à une interrogation sur les possibles raisons de ce paradoxe. Pourquoi les auteurs français rechignent-ils à développer une réflexion sur l'indépendance de la justice, alors même que l'indépendance a souffert, jusqu'à récemment, en France de multiples atteintes ? Quels sont les obstacles qui s'opposent à la possibilité de traiter de l'indépendance de la justice et plus encore, de penser de manière abstraite l'indépendance ? Y a-t-il des raisons qui contraignent dans ce sens la science française du droit privé et du droit public ?

724. Pour expliquer le paradoxe, il nous semble possible d'émettre au moins *trois hypothèses* : la première hypothèse est en lien avec *la culture française en matière de justice*. Globalement, l'image des juges n'est pas particulièrement bonne dans l'opinion publique française²²⁷². A cet égard, un constat assez proche est dressé par Marcel Rousselet et Benoit Garnot qui écrivent, pourtant, à plus de cinquante ans d'intervalle. Le premier indique que « *lorsqu'on voit les manifestations de l'opinion, à l'égard de la Magistrature française, on est frappé de rencontrer une hostilité constante à son encontre, et une antipathie fort significative* »²²⁷³. Le second observe que les « *sondages [les sondages d'opinion] montrent que, si les justiciables attendent de leurs juges l'impartialité, l'honnêteté, le caractère humain, l'écoute, la compétence et s'ils veulent, avant tout, qu'ils soient garants et dépositaires de l'équité, ils ne sont pas vraiment convaincus qu'ils présentent toutes ces qualités* »²²⁷⁴. A l'appui de ses propos, Benoit Garnot mentionne un sondage daté de 1997, d'après lequel 82 % des personnes interrogées considèrent que les juges sont soumis aux pouvoirs, notamment politiques, et 73 % qu'ils sont plus indulgents avec eux qu'à l'égard des

²²⁷² B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 39-42 ; F. Terré, « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 157-168 ; spéc., pp. 158-161. En 2012, Antoine Garapon et Harold Epineuse estiment que l'image des juges dans l'opinion publique s'est encore récemment dégradée à cause de scandales, notamment celui d'Outreau en 2004 (A. Garapon, H. Epineuse, « Judicial Independence in France », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, p. 275). Dans l'affaire Outreau, dix-huit personnes étaient, à l'origine, renvoyées aux Assises pour viols, agressions sexuelles, corruption de mineurs et proxénétisme. Mais, peu à peu, l'accusation s'est effondrée. Les premiers acquittements (sept) sont intervenus devant la Cour d'assises de Saint-Omer (juillet 2004). En appel, six autres personnes ont été acquittées (décembre 2005). Cherchant à comprendre comment un tel désastre judiciaire avait pu se produire, l'opinion publique, relayée par les médias et la classe politique, s'est engagée, après le drame, dans une quête de responsables.

²²⁷³ M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, p. 389.

²²⁷⁴ B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, p. 40.

autres justiciables²²⁷⁵. Un sondage plus récent – publié le 3 mars 2014 – confirme la mauvaise réputation des juges, puisque 54 % des Français déclarent « *avoir une mauvaise image des juges et de leur travail* » et 62 % estiment que les juges sont « *plutôt dépendants vis-à-vis du pouvoir politique* »²²⁷⁶. Sans aucun doute, les romanciers ont participé à relayer l’image du mauvais juge – et pour ce qui nous intéresse plus particulièrement, du juge dépendant –, et cela depuis au moins le XVIe siècle²²⁷⁷. « *Les juges – montre Benoit Garnot – sont aussi présentés par de nombreux écrivains comme des serviteurs du pouvoir politique en place et des dominants en général* »²²⁷⁸. C’est, par exemple, le cas dans *Le Père Goriot* d’Honoré de Balzac, publié en 1835. Il suffit, pour s’en convaincre de lire cet extrait de l’œuvre de Balzac : « *Si vous n’avez pas de protections, vous pourriez dans votre tribunal de province. Vers trente ans, vous serez juge à douze cents francs par an, si vous n’avez pas encore jeté la robe aux orties. Quand vous aurez atteint la quarantaine, vous épouserez quelque fille de meunier, riche d’environ six mille livres de rente. Merci. Ayez des protections, vous serez procureur du roi à trente ans, avec mille écus d’appointements, et vous épouserez la fille du maire. Si vous faites quelques-unes de ces petites bassesses politiques (...), vous serez, à quarante ans, procureur général, et pourrez devenir député* »²²⁷⁹. Sans s’attarder davantage sur les critiques contre les juges dont la littérature abonde, il convient de conclure en indiquant qu’en France, il existe un vieux réflexe anti-juges et que l’indépendance de la justice n’est pas réellement une valeur populaire. Dès lors, il n’est pas exclu de penser que les connotations négatives entourant l’indépendance de la justice dans l’imaginaire populaire ont rejailli sur les scientifiques du droit, avec pour conséquence l’habitude doctrinale française mise en évidence.

²²⁷⁵ *Id.*, p. 41. Benoit Garnot rapporte aussi une enquête de 1996, au terme de laquelle 53 % des Français estiment les juges malhonnêtes, 56 % incapables de comprendre la société, 61 % partiaux, et 79 % dépendants vis-à-vis des milieux économiques et financiers.

²²⁷⁶ V. sur ce point : S. Kovacs, « Les Français de plus en plus critiques sur la justice et les juges », *Le Figaro*, 3 mars 2014. Disponible en ligne : <http://www.lefigaro.fr/actualite-france/2014/03/03/01016-20140303ARTFIG00179-les-francais-de-plus-en-plus-critiques-sur-la-justice-et-les-juges.php> (date de consultation: 24/11/15).

²²⁷⁷ Marcel Rousselet et Benoit Garnot consacrent de larges développements à la mauvaise image du juge dans la littérature. M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, pp. 392 et s. ; B. Garnot, *Histoire des juges en France : de l’Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, pp. 25-39.

²²⁷⁸ B. Garnot, *op. cit.*, p. 37.

²²⁷⁹ H. de Balzac, *Le Père Goriot*, (reproduction de l’édition de 1835) Paris, Gallimard-La Pléiade, 1976, p. 138. Ce passage est reproduit par Benoit Garnot : B. Garnot, *op. cit.*, p. 38. (Nous soulignons). A titre de remarque, il convient d’indiquer que M. Rousselet ne partage pas la même opinion que B. Garnot à propos de Balzac. M. Rousselet fait valoir que Balzac est la seule exception dans la littérature, puisqu’il n’a pas – au contraire de Rabelais, Alphonse Daudet, La Fontaine, Racine, Voltaire, Diderot, Beaumarchais et Paul-Louis Courier – exercé sa « *verve aux dépens de la Magistrature* ». Il dit encore : « *c’est Balzac qui, avec sa connaissance si grande des magistrats de son époque et de leur psychologie, a su leur rendre l’hommage qui leur était dû* ». M. Rousselet, *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, vol. 2, Paris, Plon, 1957, p. 392.

725. La deuxième tentative d'explication du paradoxe français pourrait consister à en imputer *la faute à Montesquieu*, qui, dès le départ, aurait mal justifié l'indépendance de la justice. Cette thèse est développée par Luc Heuschling dans son article « Why should Judges be independent ? ». Il explique qu'en fondant l'indépendance de la justice sur l'absence de pouvoir de la fonction juridictionnelle²²⁸⁰, Montesquieu a fourni un fondement extrêmement faible à l'indépendance de la justice. En effet, la conceptualisation de Montesquieu perd tout son crédit, dès lors qu'il est admis que les juges ne se limitent pas à une fonction d'application du droit et ont, en réalité, un pouvoir créateur. La justification avancée se retourne alors, en vérité, contre l'indépendance de la justice française²²⁸¹. Or, aujourd'hui, tout le monde admet que l'image mécaniste de la fonction de juger est dépassée. Pour reprendre les mots de Jacques Lenoble, « *le juge dispose – contre ce que voulait le Révolutionnaire français et le théoricien du XIXe siècle – d'un réel pouvoir normateur (...) La démarche du juge est prise dans un entre deux où la règle contient une suffisante zone d'incertitude pour permettre l'adaptation du droit aux réalités sociales toujours nouvelles sous la contrainte argumentative d'une décision qui soit acceptée comme raisonnable* »²²⁸². Une manière d'élucider le paradoxe serait donc de considérer que la doctrine française serait restée prisonnière de la vieille conceptualisation précaire de Montesquieu. Paralysés en quelque sorte par les représentations d'un juge « bouche de la loi » et d'une puissance de juger « indivisible et nulle », les auteurs auraient été incapables de faire émerger un nouveau fondement théorique solide pour l'indépendance. Ils se seraient alors résignés à ne pas investir davantage la problématique de l'indépendance de la justice.

726. Un dernier élément – troisième hypothèse – favoriserait, enfin, le paradoxe. Il s'agit de *l'absence d'unité de corps de la magistrature française*. Le fractionnement de la justice française ne se rencontre pas en Allemagne : outre-Rhin, il existe un seul et unique corps de

²²⁸⁰ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 574.

²²⁸¹ Luc Heuschling montre que « *l'indépendance de la justice a été fondée par Montesquieu sur l'hypothèse au terme de laquelle les tribunaux n'avaient aucun pouvoir. Cependant, justifier l'indépendance des tribunaux par leur manque de pouvoir est un argument très fragile. Cela peut se retourner facilement contre l'indépendance de la justice dès lors qu'il apparaît que les juges ne sont pas sans pouvoir* » (« *judicial independence was grounded by Montesquieu on the assumption that the courts did not have any power. However, to justify the courts' independence by their lack of power is a very weak argument. It may be easily turned against judicial independence once it appears that judges are not powerless* »). L. Heuschling, « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, p. 200. *Id.*, pp. 210-211 ; pp. 220 et s.

²²⁸²J. Lenoble, « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 141-142.

magistrats²²⁸³. Ce fractionnement existe, par contre, en Angleterre où il y a plusieurs corps de juges : les juges de la *Supreme Court*, de la *Court of Appeal* et de la *High Court of Justice*, les *circuit judges*, les *district judges*, les *lay magistrates* et les *tribunal members*²²⁸⁴. D'emblée, il convient de souligner qu'« à l'inverse d'une idée répandue, cette diversité des corps n'est nullement liée à la diversité des ordres de juridictions »²²⁸⁵. La preuve en est qu'en Allemagne, si on laisse de côté la branche particulière des cours constitutionnelles, il existe cinq ordres de juridictions (les juridictions ordinaires ou de droit commun, la juridiction administrative, la juridiction fiscale, la juridiction du travail et la juridiction du contentieux social), mais un seul corps de magistrats. En fait, pour ce qui intéresse le cas français, la pluralité des ordres de juridiction se double d'une diversité statutaire particulièrement complexe²²⁸⁶. Aux trois ordres de juridiction (judiciaire, administratif et constitutionnel) correspondent plusieurs statuts de magistrature distincts. Ainsi, il y a, d'abord, un statut applicable à l'ordre constitutionnel. Il existe, ensuite, deux statuts pour l'ordre judiciaire : quoique les magistrats du siège et du parquet appartiennent à un corps judiciaire unique²²⁸⁷, leur statut est, en fait, bien différent et est reflété par l'existence au sein du Conseil supérieur de la magistrature de deux formations, l'une pour le siège, l'autre pour le parquet. Pour finir, il y a, enfin, quatre statuts pour l'ordre administratif : il faut distinguer le statut des membres du Conseil d'Etat, d'une part, et des magistrats des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, de l'autre ; il existe, en outre, un statut pour les magistrats de la Cour des comptes et un statut pour les magistrats des chambres régionales des comptes.

727. Les différentes catégories de magistrats ci-dessus énumérées ne jouissent pas tous de la même indépendance. Par exemple, au sein du corps judiciaire, à la différence des magistrats du siège, les magistrats du parquet ne sont pas, d'après le droit positif ancien et actuel, indépendants, puisqu'ils sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des Sceaux. Autre illustration : alors que les membres du corps des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel sont inamovibles dans l'exercice de leurs fonctions en vertu de l'article L. 231-3 du code de justice administrative, les membres du Conseil d'Etat ne jouissent pas d'une garantie expresse en la

²²⁸³ J. Bell, *Judiciaries within Europe : A comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 105 ; p. 109.

²²⁸⁴ J. Bell, *Judiciaries within Europe : A comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 299.

²²⁸⁵ T. Renoux, « Le statut des magistrats comme garant de la démocratie », in S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Justice et démocratie*, Limoges, PULIM, 2003, p. 69.

²²⁸⁶ *Ibidem*.

²²⁸⁷ V. déjà sur ce point : *Supra*, n° 708.

matière. Ils ont acquis le bénéfice d'une inamovibilité de fait. Enfin, et pour ne prendre qu'un dernier exemple, différemment des tribunaux et cours de l'ordre judiciaire, le Conseil constitutionnel possède une autonomie financière, administrative et réglementaire²²⁸⁸.

728. Ces dissemblances des règles de droit positif relatives à l'indépendance des diverses catégories de magistrats rendent plus complexe la construction d'une théorie générale de l'indépendance en droit français. Tandis que les membres de la doctrine juridique auraient dû tenter de dépasser et de synthétiser ces différences, ils ont, globalement, échoué dans voire renoncé à cette entreprise. Très rares sont ceux qui essaient de poser les jalons d'une conceptualisation de l'indépendance. On en revient à la faiblesse traditionnelle de la théorie générale de l'Etat en France²²⁸⁹.

729. Finalement, ces trois obstacles – la culture française en matière de justice, le mauvais départ de la théorie de Montesquieu et l'absence d'unité de corps de la magistrature française – ont conduit la science française du droit à négliger le problème de l'indépendance de la justice française et à renoncer quasi-totalement à systématiser conceptuellement l'indépendance, alors même que l'indépendance de la justice a, régulièrement, fait l'objet d'attaques frontales en France. Or, les silences et lacunes de la doctrine entravent la bonne compréhension de l'objet « indépendance ». En définitive, si, en France, l'indépendance est si affaiblie, c'est aussi parce qu'on n'a pas une idée très nette de ce qu'est l'indépendance.

²²⁸⁸ V. sur ce point: J. Thomas, *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris, LGDJ, 2010, pp. 88-103.

²²⁸⁹ V. déjà sur ce point: *Supra*, n° 673.

CONCLUSION GENERALE

730. Les trois traditions ayant été présentées jusqu'ici de manière parallèle, il convient désormais d'adopter, en guise de conclusion générale de la présente thèse, une perspective comparatiste résolument et ouvertement transversale. La perspective comparatiste a déjà été présente dans les analyses précédentes, mais de manière latente ; elle les a innervées. La connaissance, en arrière fond, des trajectoires des conceptualisations dans tel pays a aiguisé notre regard, lorsqu'il a été question d'aborder les réflexions des acteurs et auteurs dans tel autre pays. C'est en ayant, par exemple, à l'esprit le degré de sophistication des constructions intellectuelles autour de l'indépendance en Allemagne qu'il nous a été possible de prendre toute la mesure de la pauvreté de la réflexion française. Avec d'autres outils (la typologie générale et le recul historique), la lecture comparatiste a aidé à cerner chacune des trois traditions dans son identité singulière, même si ce va-et-vient du regard d'un pays à l'autre n'est pas immédiatement visible dans le texte. Cela ne fait, du reste, que confirmer l'idée fermement défendue par tous les comparatistes que pour connaître en profondeur un droit national, il faut le comparer.

731. Il s'agit, à présent, d'explicitier cette lecture comparatiste. A cet égard, nous voudrions avancer trois séries d'observations qui ont trait, en premier lieu, à l'existence d'échanges et de transferts entre les trois traditions, en second lieu, à l'importance des divergences sur le plan de la conceptualisation de l'indépendance de la justice et, en troisième lieu, à l'étendue des points communs en la matière.

Le cloisonnement des débats nationaux

732. Concernant l'existence d'échanges entre les trois pays étudiés, il faudrait plutôt parler d'inexistence. Détecter une influence, surtout lorsqu'il s'agit de l'influence d'un concept d'un pays à un autre n'est pas chose aisée. On peut considérer qu'il existe une influence conceptuelle d'un pays A vers un pays B, si à l'occasion de la réflexion sur un mot clef du droit – ici, le terme « indépendance de la justice » – un ou plusieurs acteur(s) et/ ou auteur(s) du pays B s'inspire(nt), pour penser les sens de ce mot, des réflexions présentes dans le pays A. Si cette référence est explicite, la tâche du comparatiste est relativement facile (encore qu'il faille étudier de manière exhaustive le travail de conceptualisation de tous les acteurs et

auteurs du pays B ou du moins de ceux qui sont les plus importants, afin de cerner l'importance de cette influence étrangère). Si, en revanche, le discours de l'acteur ou de l'auteur du pays B ne comporte aucun renvoi explicite vers un modèle étranger, le comparatiste pourrait, *a priori*, conclure à l'absence d'influence externe. Il y a, toutefois, deux mises en garde à considérer. D'une part, cet acteur ou auteur (appelons le X) pourrait, dans un contexte de nationalisme juridique, cacher l'origine étrangère de sa construction intellectuelle afin de ne pas en affaiblir l'impact. Dans ce cas de figure, le comparatiste, pour pouvoir véritablement conclure à l'inexistence d'influences du pays A vers le pays B, devrait découvrir (par quels moyens ?) les éventuelles origines étrangères cachées d'une conceptualisation à première vue autochtone. D'autre part, l'acteur ou l'auteur X pourrait de manière explicite se référer à un autre acteur ou auteur de son système (Y), qui lui s'est inspiré d'idées étrangères²²⁹⁰. Dans cette hypothèse, le comparatiste devrait étudier les conceptualisations de l'ensemble des acteurs et auteurs du pays B ou, du moins, des acteurs et auteurs les plus influents. Finalement, dans toutes les situations, pour pouvoir conclure à l'absence d'influences, et ne pas passer à côté d'influences cachées ou indirectes, le comparatiste se doit de faire un travail de fouille extrêmement poussé.

733. Or, en l'espèce, au vu de nos lectures (qui ne sont pas exhaustives, mais prétendent, tout de même, à une certaine représentativité), nous concluons à l'inexistence d'influence directe, majeure et clairement visible. Déjà, il faut noter que, de manière générale, dans les débats sur l'indépendance dans les trois pays étudiés, il est très rare de rencontrer des références étrangères, autrement dit des références à l'un des trois pays étudiés ici. Sans conteste, il y a des renvois à Montesquieu (et *via* Montesquieu à l'Angleterre), mais son cas est l'exception qui confirme la règle. Le débat sur l'indépendance reste, somme toute, très centré sur le cadre national, mis à part l'influence du droit européen, en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme. Mais, comme il a déjà été indiqué, la Cour européenne n'a pas dégagé une conceptualisation explicite et systématique de l'indépendance : elle se contente de juger au cas par cas s'il y a, ou non, une atteinte au principe de l'indépendance ou à celui de l'impartialité (article 6 § 1 de la Convention).

²²⁹⁰ Y pourrait être à la fois un professeur spécialisé en droit comparé, un juge national en contact avec des collègues étrangers ou encore dans le cadre européen, un juge supranational, à l'instar de la Cour européenne des droits de l'homme, qui *via* sa jurisprudence se ferait le vecteur du rayonnement des idées du pays A vers le pays B.

734. Pour étayer cette absence d'un dialogue transnational autour de la conceptualisation de l'indépendance, il est encore possible d'avancer d'autres indices plus précis. Un premier indice a trait aux concepts nouveaux et originaux qui sont apparus dans l'une des traditions nationales. Si dialogue il y avait entre les trois pays, on s'attendrait à ce que ces innovations soient, sinon reprises, du moins identifiées et thématiques à l'étranger. Or, ce n'est pas le cas. Ainsi, la conceptualisation singulière autour de l'idée que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans (concept I A (2) dans la typologie), que l'on trouve, d'abord, en France dans les écrits de Louis Jousserandot dès 1878 et qui occupe une place importante dans les travaux des auteurs français contemporains, n'a suscité aucun écho en Angleterre : au gré de nos lectures de la doctrine anglaise, nous n'avons trouvé aucune trace explicite d'une telle conceptualisation de l'indépendance. En Allemagne, il nous semble que le concept en question ne suscite véritablement l'attention des auteurs que depuis la fin des années 1960 : les premières définitions approfondies du concept d'indépendance intérieure ont été fournies par Konrad Zweigert en 1967 et, par la suite, par Gerd Pfeiffer en 1987. De même, le concept original I C de la typologie que nous avons pu dégager, en Allemagne, d'une série de décisions de justice, *a priori* disparates, rendues depuis le début des années 1980, est totalement ignoré à l'étranger. En Angleterre et en France, il n'est ni connu de la doctrine, ni, *a fortiori*, repris en droit positif.

735. Ce qui vaut pour les conceptualisations marginales ou insolites vaut aussi pour les discours conceptuels dominants (deuxième indice). Alors même que le droit constitutionnel allemand connaît un grand rayonnement depuis les années 1970 en Europe et que ce rayonnement porte en particulier sur la figure et les pouvoirs du juge (le discours sur l'Etat de droit, la théorie des droits fondamentaux, le principe de la dignité humaine, les mécanismes de la justice constitutionnelle, les principes de proportionnalité et de confiance légitime, etc.), l'apport de la doctrine et du droit positif allemands à la théorisation de l'indépendance de la justice n'est pris en considération ni en France (où il existe pourtant d'influents juristes germanophones), ni en Angleterre. Le binôme conceptuel indépendance décisionnelle / indépendance personnelle (« *sachliche Unabhängigkeit* » / « *persönliche Unabhängigkeit* ») qui constitue, depuis le début du XXe siècle, le discours dominant en Allemagne et que, par conséquent, des observateurs étrangers s'intéressant à l'indépendance en Allemagne n'auraient pu manquer de découvrir, n'est guère discuté en Angleterre ou en France. En France, aucune conceptualisation de type dualiste ne s'est véritablement imposée au sein de la doctrine ou de la pratique. Celle qui existe en Angleterre, opposant l'indépendance

individuelle à l'indépendance collective (« *individual independence* » et « *collective independence* »), ne correspond pas, ni du point de vue de la terminologie, ni du point de vue du contenu, à la distinction allemande. La distinction anglaise n'a, au demeurant, pas non plus été répercutée en France ou en Allemagne.

736. Ainsi, les échanges entre les trois traditions intellectuelles étudiées nous paraissent peu significatifs. Est-ce à dire du coup que les trois traditions sont radicalement différentes ? L'absence d'échanges pourrait le laisser penser, s'il n'y avait le facteur du parallélisme. Différents acteurs pourraient, en effet, aboutir à la même idée, sans s'être accordés.

Importance dans le temps et, à l'heure actuelle, des divergences

737. Bien qu'il s'agisse d'une thèse focalisée sur les *concepts* de l'indépendance, on ne peut pas débiter cet état des lieux sans rappeler, d'abord, la divergence majeure qui existe sur le plan de l'histoire institutionnelle entre, d'une part, les pratiques anglaises et allemandes et, d'autre part, la pratique française : tandis que les traditions juridiques anglaise et allemande se caractérisent par le développement d'un fort degré d'indépendance de la justice, la tradition juridique française se singularise par des empiètements fréquents à l'indépendance. Même s'il ne s'agit pas d'idéaliser la situation en Angleterre ou en Allemagne (rappelons qu'à l'époque où l'Angleterre était à la tête d'un puissant Empire les juges coloniaux ne jouissaient pas de la protection statutaire prévue par l'Acte d'Etablissement de 1701 et qu'à l'heure actuelle encore, les juges inférieurs ne sont pas inclus dans le champ d'application de cette loi ; signalons aussi, pour rappel, les atteintes à l'indépendance en Allemagne sous le III^e Reich), il n'en reste pas moins qu'en France, quel que soit le régime (monarchique ou républicain, dictatorial ou démocratique), il y a eu des violations répétées et continues à l'indépendance. Le juge français n'a pas joui et ne jouit pas de la même légitimité que son homologue anglais ou allemand.

738. Cette contextualisation faite, il faut mettre en lumière les divergences qui existent entre les trois pays sur le plan de la conceptualisation. A ce titre, cinq séries de différences majeures méritent d'être soulignées.

739. La première série de divergences a trait à la clarté et au degré de sophistication de la conceptualisation de l'indépendance de la justice. En Allemagne, il peut être observé depuis

le début du XXe siècle la mise en place d'un montage conceptuel clair, riche et structuré : le cœur de ce montage conceptuel réside dans un binôme articulé autour des deux facettes de l'indépendance décisionnelle (concept I A (1) dans la typologie) et de l'indépendance personnelle (concept I B dans la typologie). Ce binôme s'inscrit à son tour dans une stratification conceptuelle plus large, quoique implicite, au sein de laquelle se situe le concept d'indépendance institutionnelle (« *institutionelle Unabhängigkeit* », concept II B (2)), selon lequel l'administration judiciaire – en particulier, le budget de la justice, la gestion administrative du corps des juridictions ainsi que la désignation des organes judiciaires, leurs promotions ou leurs révocations – doit échapper aux interférences pernicieuses des organes exécutifs et législatifs, le concept d'indépendance intérieure (« *innere Unabhängigkeit* », concept I A (2)) – qui veut dire que le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans –, sans oublier, enfin, le concept qui prévoit que le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle (concept I C dans la typologie). Rien d'équivalent n'existe en France : le discours conceptuel y est informe. Il manque une structuration des différentes significations de l'indépendance. Il n'y a même pas d'accord entre les acteurs et auteurs français sur les labels accolés à chaque sens de l'indépendance. L'ébauche de classification, développée par Fabrice Hourquebie au début du XXIe siècle, n'est, pour l'instant, pas reprise dans le reste de la littérature scientifique. Le cas de l'Angleterre se situe en quelque sorte entre ces deux extrêmes : l'émergence, depuis 1976, d'abord sous la plume de Shimon Shetreet, puis du reste de la doctrine, d'une opposition articulée autour des deux expressions « *individual independence* » et « *collective independence* » (d'aucuns parlent aussi d' « *institutional independence* »), illustre les efforts intellectuels de synthèse des acteurs et auteurs anglais, pourtant traditionnellement rétifs à toute théorisation trop abstraite. Ceci dit, le contenu de chaque élément de cette distinction est flou et même controversé. La distinction qui s'est imposée en Angleterre génère une impasse, puisqu'encore à l'heure actuelle les auteurs et les acteurs anglais regrettent l'incertitude conceptuelle qui entoure le mot indépendance de la justice. A noter également qu'en Angleterre cette distinction ébauchée entre indépendance individuelle et indépendance collective est le seul élément structurant les discussions autour de l'indépendance, alors qu'en Allemagne le binôme conceptuel est le cœur d'un montage conceptuel plus vaste. Signalons, enfin, que le binôme conceptuel allemand indépendance décisionnelle / indépendance personnelle est un binôme entièrement descriptif. A l'inverse, en Angleterre, si une partie du binôme (l'indépendance individuelle) sert à décrire la réalité du

droit positif existant, l'autre partie du binôme (l'indépendance collective ou institutionnelle) sert à critiquer le droit positif et a donc une fonction prescriptive.

740. Une seconde différence majeure en terme de conceptualisation est relative à la définition des deux termes allemand et anglais « *institutionelle Unabhängigkeit* » et « *institutional independence* »²²⁹¹. Déjà, ces deux termes présents ne se situent pas aux mêmes endroits dans chacun des deux univers intellectuels : tandis qu'en Angleterre, l'expression fait partie du binôme conceptuel central, en Allemagne, elle se situe, par contre, en dehors. Surtout, alors que le terme est le même d'un pays à l'autre, le sens lui est différent. En faisant appel à l'expression « *institutionelle Unabhängigkeit* », les auteurs et, plus encore, les juges allemands se réfèrent à un concept précis et unique : le concept II B (2) dans notre typologie. Ils réclament que la compétence des organes exécutifs en matière de désignation, de promotion ou de révocation des organes juridictionnels, de gestion administrative du corps des juridictions et de budget des tribunaux soit restreinte et qu'une partie de cette compétence soit attribuée à des organes représentatifs de la justice. Ce concept a une fonction prescriptive ou critique par rapport au droit positif allemand actuel. En Angleterre, l'expression « *institutional independence* » sert aussi de concept prescriptif, comme il a déjà été indiqué. Mais, à la différence de l'Allemagne, son sens est beaucoup plus obscur, en ce que les locuteurs ne font pas l'effort de le définir de manière abstraite. L'analyse des occurrences du terme, à la lumière de notre typologie, a permis d'identifier trois concepts utilisés de façon cumulative : y figurent, comme en Allemagne, le concept II B (2) de la typologie, mais aussi le concept II A (1) a (le Parlement, et plus précisément la Chambre des Lords, ne doit pas trancher des différends, ce qui a abouti à la création de la Cour suprême en 2005) et le concept II A (2) (les organes judiciaires ne doivent pas exercer des fonctions ou participer à l'exercice de fonctions autres que la fonction juridictionnelle), sens qui était au cœur du débat sur la triple mission du Lord Chancelier et aussi du double rôle des *Law Lords*.

741. Une troisième série de différences peut être mise en évidence si, à partir de la typologie, il est procédé au comptage des concepts présents et absents dans les débats conceptuels de chaque pays. Les différences entre les configurations intellectuelles ressortent, particulièrement, lorsqu'on s'intéresse aux concepts absents. Ainsi, le concept I A (2), qui est présent dans les travaux des auteurs contemporains français et qui tout autant mobilisé à

²²⁹¹ Le terme anglais « *institutional independence* » est le synonyme de « *collective independence* ».

l'heure actuelle en Allemagne, est, en revanche, ignoré dans la réflexion anglaise ancienne et récente sur l'indépendance. Autre absence notable : le concept I C est présent, pour le moment, exclusivement en Allemagne. Enfin, le concept II A (2), qui est particulièrement présent et prégnant dans le débat anglais²²⁹², nous semble, au vu de nos lectures, absent dans les travaux actuels de la littérature allemande et française.

742. Une quatrième série de différences surgit lorsqu'il est question d'identifier, parmi les concepts actuellement présents, celui qui est le plus polémique dans chaque pays. Par « concept le plus polémique », il faut entendre le concept qui est, dans un pays donné, le plus mobilisé par les acteurs et auteurs à titre critique afin de faire changer ou évoluer le droit positif. Ce sont, en quelque sorte, les « points chauds » de la dynamique du droit positif et du débat intellectuel. Dans le cas de la France, il n'est pas aisé de se prononcer sur ce point. En revanche, pour ce qui est de l'Allemagne, les concepts les plus polémiques sont les concepts I C et II B (2) de la typologie. S'agissant du concept I C, particulièrement controversé, il a été construit et mobilisé par les tribunaux. Cette conceptualisation a donné lieu à des critiques nourries de la part de la doctrine allemande, qui y ont vu non pas un prolongement de l'indépendance de la justice, mais au contraire un dévoiement de l'article 97 de la Loi fondamentale. Pour ce qui est du concept II B (2), il est au cœur des revendications d'auto-administration de la justice défendues tant par l'*Association des juges allemands (Deutscher Richterbund, ou DRB)* que par la *Nouvelle Association des juges (Neue Richtervereinigung)* : ces deux associations de juges demandent de façon pressante la création de plusieurs organes représentatifs de la justice, dont la mission consisterait à participer à l'administration de la justice, compétence, pour l'instant, réservée à l'exécutif. En Angleterre, ce sont les concepts II A (1) a, II A (2) et II B (2) de la typologie qui sont le plus mobilisés à titre polémique. Récemment, dans le cadre et dans le sillage de la réforme constitutionnelle de 2005, chacun de ces concepts a été très discuté. Les locuteurs anglais ont fait appel au concept II A (1) a pour réclamer que la Chambre des Lords ne rende plus la justice. Dans cette logique, ils ont aussi fait référence au concept II A (2) : ils ont alors demandé la fin du mélange des genres pour les *Law Lords* de la Chambre Haute, qui tout en exerçant la fonction juridictionnelle participaient aussi à l'exercice de la fonction législative. En outre, le concept II A (2) a été mobilisé pour protester contre la position ambiguë du Lord Chancelier, qui assumait des missions à la croisée des trois pouvoirs. Quant au concept II B (2), il a été sollicité pour

²²⁹² Voir, sur ce point, le paragraphe suivant.

réclamer des changements dans le système de nomination des juges – changements qui ont eu lieu avec la réforme de 2005 et le *Crime and Courts Act* de 2013.

743. Une cinquième et dernière différence conceptuelle concerne la protection statutaire dont les juges doivent jouir. A l'heure actuelle, en Allemagne, cette protection est majoritairement envisagée comme un *concept* de l'indépendance : c'est le concept de l'indépendance personnelle (concept I B). A l'inverse, dans les discours contemporains des acteurs et auteurs tant anglais que français, la protection statutaire est plutôt appréhendée comme une *garantie* de l'indépendance.

L'existence d'un noyau dur commun et constant

744. Aussi pauvres que sont les interactions entre les trois traditions nationales et aussi importantes que sont les différences de conceptualisation à l'heure actuelle, il est, néanmoins, possible d'identifier objectivement un dénominateur commun dont l'existence remonte jusqu'aux origines de la réflexion sur l'indépendance. Ce cœur de l'indépendance se situe au niveau des trois concepts I A (1), II A (1) a et II B (1) de la typologie. Ces trois concepts constituent non seulement des convergences conceptuelles à l'heure actuelle, mais même un noyau dur dans l'histoire.

745. Le concept I A (1) au terme duquel le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors est un concept aux racines très anciennes dans chacun des trois pays étudiés. Déjà, il est possible de le déceler en Angleterre dans la loi de Northampton de 1328, qui prévoit qu'« *il ne doit pas être ordonné ni par le grand Sceau ni par le petit Sceau de troubler ou de retarder le Droit commun ; et qu'au cas où de pareils commandements sont donnés, les Juges ne doivent pas les prendre en considération* »²²⁹³. Ce concept se manifeste, en Allemagne, dans l'affaire du meunier Arnold (1770-1779) et il transparait également, en France, dans l'affaire Fouquet de 1664. Le constitutionnaliste allemand Paul Laband l'appréhende en des termes très précis en associant expressément la prohibition des pressions extérieures sur l'activité juridictionnelle à la soumission du juge au droit : « *La justice exige des autorités qui ne sont pas libres à l'égard de la loi, qui lui sont*

²²⁹³ « *Item it is accorded and established, That it shall not be commanded by the great Seal nor the little Seal to disturb or delay common Right ; and though such Commandments do come, the Justices shall not therefore leave to do Right in any point* ». 2 Edw. III, ch. 8, Statute of Northampton 1328.

subordonnées au sens le plus élevé du mot, mais qui, quand elles interprètent et appliquent la loi, sont indépendantes des ordres du chef de l'Etat et de ses fonctionnaires »²²⁹⁴. A l'heure actuelle, le concept I A (1) demeure un concept central tant en Angleterre, en Allemagne qu'en France. Ainsi, dans les trois traditions nationales, tout auteur ou acteur qui cherche à définir l'indépendance de la justice appréhende systématiquement ce sens de l'indépendance. De fait, le label anglais « indépendance personnelle » (« *personal independence* ») véhicule, notamment, cette signification de l'indépendance et le label allemand « indépendance décisionnelle » (« *sachliche Unabhängigkeit* ») y renvoie exclusivement. En France, dans son article intitulé « L'indépendance de la justice », publié en 2002, Charles Debbasch fournit à la question de savoir quel est le sens actuel de l'indépendance de la France une définition consistant à ne rappeler que ce seul concept de l'indépendance. Selon lui, l'indépendance veut dire « l'absence de toute soumission des juges dans l'exercice de leur fonction juridictionnelle à des pouvoirs extérieurs »²²⁹⁵. Signalons encore qu'au fur et à mesure du temps, la liste des potentiels adversaires de l'indépendance décisionnelle identifiés en tant que tels par tel ou tel auteur s'est élargie : elle accueille, désormais, en plus des ennemis « classiques » (le chef de l'Etat, le Parlement, le ministre de la justice, les parties ou, dans le cas de la France, le ministère public ou l'administration active) des « *puissances occultes et illégitimes* »²²⁹⁶ plus contemporaines, à l'instar des médias, des partis politiques, des syndicats ou des groupes de pressions.

746. A l'intérieur du noyau dur de l'indépendance figure aussi le concept (concept II A (1) a dans la typologie) selon lequel les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle. A la fois en Angleterre, en Allemagne et en France, ce concept a reçu énormément d'attention dans le passé le plus reculé. L'une de ses premières occurrences apparaît dans les écrits de John Fortescue (vers 1470). Sous les traits du personnage d'un vieux Chancelier, Fortescue indique à un jeune prince : « *vous rendrez mieux les jugements grâce à d'autres que par vous-même* »²²⁹⁷. Tant les auteurs (de Richard Hooker à Karl von Rotteck, sans oublier Montesquieu) que les acteurs (parmi lesquels Coke, le roi

²²⁹⁴ « *Die Rechtspflege erfordert Behörden, welche dem Gesetz gegenüber unfrei, ja im eminenten Sinne ihm unterworfen sind, welche aber bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes von den Befehlen des Staatsoberhauptes und seiner Beamten unabhängig sind* ». P. Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, vol. II, Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5^e édition de 1911), 1964, pp. 173-174.

²²⁹⁵ C. Debbasch, « L'indépendance de la justice », in *Au carrefour des droits : Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, p. 27.

²²⁹⁶ *Id.*, p. 33.

²²⁹⁷ J. Fortescue, *De Laudibus Legum Anglie*, Cambridge, Cambridge University Press, 1949, p. 23 : « *you will render judgements better through others than by yourself* ».

Frédéric II, Pandin de Jariges ou le Président du Parlement de Paris Bellièvre) ont largement thématiqué ce concept. Arguant que les litiges ne devaient être tranchés que par les juges professionnels qui en sont chargés, ils ont interdit au roi (qu'il soit monarque, grand-duc, prince ou empereur), au Parlement, au ministre de la justice et, même, aux administrateurs (actifs) de rendre la justice. A l'appui du concept II A (1) a, les savants et praticiens ont fourni de très nombreuses justifications, parmi lesquelles l'absence de connaissance du droit des organes politiques visés, l'absence de voies de recours, la tradition historique, les problèmes d'agenda ou le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie. C'est, d'ailleurs, spécifiquement ce dernier fondement qui a été invoqué par Montesquieu dans ses célèbres analyses : « *Dans les Etats despotiques, le prince peut juger lui-même. Il ne le peut dans les monarchies : la constitution serait détruite, les pouvoirs intermédiaires dépendants, anéantis : on verrait cesser toutes les formalités des jugements ; la crainte s'emparerait de tous les esprits ; on verrait la pâleur sur tous les visages ; plus de confiance, plus d'honneur, plus d'amour, plus de sûreté, plus de monarchie* »²²⁹⁸. En droit positif, ce concept a, par exemple, été consacré dans la Constitution de Bade de 1818 (al. 2 § 14) ou dans la Constitution impériale de l'église Saint-Paul de 1849, qui prévoit dans son paragraphe 175 que « *le pouvoir judiciaire est exercé de manière indépendante par les tribunaux. La justice de cabinet et la justice ministérielle (Cabinets- und Ministerialjustiz) sont interdites* ». Il faut, toutefois, signaler que, dans le passé, le concept II A (1)a a été compris de manière différente dans les trois pays (avec d'un côté, la France et de l'autre, l'Angleterre et l'Allemagne), parce qu'ils n'ont pas situé la frontière entre la fonction juridictionnelle et la fonction législative ou exécutive au même endroit. Le concept II A (1) a – les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle – implique, en effet, pour pouvoir être appliqué, que l'on répartisse les activités de l'Etat entre ces trois fonctions. En l'espèce, l'enjeu a trait à l'interprétation du droit. Interpréter une loi ou un traité, est-ce une mission relevant de la fonction juridictionnelle, et partant des juges, ou l'interprétation doit-elle revenir à celui qui est l'auteur de la norme (le Parlement dans le cas de la loi, l'exécutif dans le cas du traité) ? Dans la patrie de Montesquieu, la fonction juridictionnelle a été définie, dans le passé, de manière particulièrement étroite, ce qui a abouti, entre 1790 et 1837, à ce que l'interprétation des lois revienne au législateur (interpréter la loi, c'est encore faire la loi) et à ce que, entre 1823 et 1995, l'interprétation des traités soit renvoyée par les juges au gouvernement. A cette époque, l'interprétation n'était pas conçue comme une fonction du juge ; dès lors, l'existence

²²⁹⁸ Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 204.

du référé législatif et du référé diplomatique n'était pas une enfreinte du concept II A (1) a. Cet état du droit positif est devenu problématique au regard du concept II A (1) a, à partir du moment où l'interprétation du droit a été admise comme une mission « naturelle » du juge. A l'heure actuelle, cette divergence dans l'application du concept II A (1) a entre, d'un côté, la France et, de l'autre, l'Angleterre et l'Allemagne a disparu.

747. Le troisième et dernier nœud de convergence conceptuelle a trait au concept II B (1) de la typologie qui implique que l'organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs. Si ce concept a été moins développé dans les discours sur l'indépendance que les deux autres concepts ci-avant mentionnés, il n'en demeure pas moins qu'il fait partie également du noyau dur de l'indépendance commun aux trois traditions nationales. Il est, notamment, énoncé en Angleterre dans les travaux de William Hearn (1887), en Allemagne dans ceux de Paul Johann Anselm von Feuerbach (1833) et de Johann Ludwig Klüber (1832) et en France dans ceux de Montesquieu (1748). Ces quatre auteurs ont partagé la crainte que les organes exécutifs modifient seuls l'organisation judiciaire en vue d'obtenir des décisions complaisantes. Le baron de la Brède dénonce, en particulier, la création de juridictions extraordinaires par le souverain en vue de trancher un litige spécifique : « *La chose du monde la plus inutile au prince a souvent affaibli la liberté dans les monarchies : les commissaires nommés quelquefois pour juger un particulier. Le prince tire si peu d'utilité des commissaires qu'il ne vaut pas la peine qu'il change l'ordre des choses pour cela. Il est moralement sûr qu'il a plus l'esprit de probité et de justice que ses commissaires, qui se croient toujours assez justifiés par ses ordres, par un obscur intérêt de l'Etat, par le choix qu'on a fait d'eux, et par leurs craintes mêmes. Sous Henri VIII, lorsqu'on faisait le procès à un pair, on le faisait juger par des commissaires tirés de la chambre des pairs : avec cette méthode on fit mourir tous les pairs qu'on voulut* »²²⁹⁹. Hearn, Feuerbach et Klüber font valoir que jamais le chef de l'Etat ne doit pouvoir modifier l'organisation judiciaire sans l'assentiment du Parlement : il faut donc que l'organisation judiciaire soit garantie par la loi.

748. Ainsi, et pour revenir aux deux enjeux qui ont servi de point de départ à la présente recherche, notre thèse a pu mettre au jour à la fois les différents concepts de l'indépendance –

²²⁹⁹ Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*, vol. I, Paris, Gallimard, 1995, p. 406.

c'est l'apport, à nos yeux, majeur de notre typologie – et l'existence d'un noyau dur conceptuel pouvant servir de fondement à une conceptualisation européenne, nonobstant les différences entre les traditions nationales.

BIBLIOGRAPHIE

1. THEORIE DU DROIT, PHILOSOPHIE DU DROIT ET METHODOLOGIE EN SCIENCE JURIDIQUE

1. 1. Ouvrages

- Ancel M., *Utilité et méthodes du droit comparé*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1971, 138 p.
- Grewe C., Ruiz Fabri H., *Droits constitutionnels européens*, Paris, PUF, 1995, 661 p.
- Constantinesco L-J., *Traité de droit comparé*, Paris, L.G.D.J, 1972-1983, 3 vol.
- Guastini R., *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, 269 p.
- Hart H. L. A., *The concept of law*, 2 éd., Oxford, Oxford University Press, 2012, 333 p.
- Kelsen H., *Théorie générale du droit*, trad. B. Laroche, Paris, LGDJ, 1997, 517 p.
- Ponthoreau M-C., *Droit(s) constitutionnel(s) comparé(s)*, Paris, Economica, 2010, 401 p.
- Sacco R., *Einführung in die Rechtsvergleichung*, trad. de l'italien, Baden-Baden, Nomos, 2001, 264 p.
- Troper M., *La philosophie du droit*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2011, 126 p.
- Zweigert K., Kötz H., *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, 3^e éd., Mohr Siebeck, Tübingen, 1996, 729 p.

1. 2. Articles

- Beaud O., « La théorie générale de l'Etat (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », in O. Beaud, E. V. Heyen (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Une science juridique franco-allemande*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 83-109.
- Bioy X., « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in G. Tusseau, *Les notions juridiques*, Paris, Economica, pp. 21-53.
- Champeil-Desplats V., « Présentation », in R. Guastini, *Leçons de théorie constitutionnelle*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 7-39.
- Cornu M., « Terminologie et droit comparé dans le domaine de la culture », in X. North (dir.), *Traduction du droit et droit de la traduction*, Actes du colloque international, 15 et 16 octobre 2009, Faculté de Droit de Poitiers, Paris, Dalloz, 2011, pp. 157-169.
- Dannemann G., « Comparative law: study of similarities or differences? », in M. Reimann, R. Zimmermann (dir.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, OUP, 2006, pp. 383-419.

Eisenmann C., « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit*, t. XI, 1966, pp. 25-43.

Hirschl R., « The question of case selection in comparative constitutional law », *The American journal of comparative law*, vol. 53, 2005, pp. 125-155.

Jouanjan O., « Faut-il au droit constitutionnel une théorie de l'Etat ? Point de vue français », *RUDH*, 2003, vol. 15, n° 3-6, pp. 99-107.

Nézard H., « De la méthode dans l'enseignement du droit constitutionnel », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 375-398.

Pfersmann O., « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *Revue internationale de droit comparé*, n° 2, 2001, pp. 275-283.

Troper M., « Sur l'usage des concepts juridiques en histoire », *Annales*, n° 6, 1992, pp. 1171-1183.

Troper M., « Les concepts de l'histoire constitutionnelle », in C. M. Herrera, A. Le Pillouer (dir.), *Comment écrit-on l'histoire constitutionnelle ?*, Paris, Kimé, 2012, pp. 75-94.

Varela Suanzes-Carpegna J., « L'histoire constitutionnelle : quelques réflexions de méthode », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 4, n° 68, 2006, pp. 675-689.

Zweigert K., « Méthodologie du droit comparé », in *Mélanges J. Maury*, vol. 1, Paris, Dalloz, 1960, pp. 579-596.

1. 3. Sources en ligne

Varela Suanzes-Carpegna J., « La dimension historique du constitutionalisme. Entretien avec le prof. Michel Troper », *Historia Constitucional*, n° 7, 2006. Disponible sur : <http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/viewFile/223/191> (date de consultation: 24/11/15).

2. LA CONCEPTUALISATION DE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE EN ANGLETERRE

2. 1. Ouvrages, thèses, dictionnaires

Acherley R., *The Britannic Constitution: or, the fundamental form of government in Britain. Demonstrating, the original contract entred into by King and people, according to the Primary Institutions thereof, in this Nation. Wherein is proved, that the placing on the throne King William III. It was the natural fruit and effect of the original Constitution. And, that the succession to this crown, establish'd in the present Protestant heirs is de jure, and justify'd, by the fundamental laws of Great Britain. And many important original powers and privileges, of both Houses of Parliament, are exhibited*, Londres, Imprimé pour A. Bettesworth, 1727, 695 p.

Alisdair A. G., *The English Legal System*, 2^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, 557 p.

Allison J. W. F., *A continental distinction in the common law : a historical and comparative perspective on English public law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 278 p.

Allison J. W. F., *The English Historical Constitution: Continuity, Change and European Effects*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, 275 p.

Anson W. R., *The Law and custom of the constitution*, vol. I, 5e éd., Oxford, Clarendon press, 1922, 443 p.

Anson W. R., *The Law and custom of the constitution*, vol. II, Part. II, 4e éd, Oxford, Clarendon press, 1935, 414 p.

Bacon F., *Essays moral, economical, and political*, Londres, T. Bensley, 1798, 270 p.

Baker J. H., Milsom S. F. C., *Sources of English Legal history : private law to 1750*, Londres, Butterworths, 1986, 698 p.

Baker J. H., *The Oxford History of the laws of England*, vol. 6, Oxford, Oxford University Press, 2003, 964 p.

Baker J. H., *An introduction to English Legal History*, 4e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, 600 p.

Baranger D., *Ecrire la Constitution non écrite : une introduction au droit politique britannique*, Paris, PUF, 315 p.

Barnett H., *Constitutional & Administrative Law*, 9 éd., Londres, Routledge, 2011, 685 p.

Beauté J., *Sir Edward Coke 1552-1634 : Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1975, 230 p.

Bell J., *Judiciaries within Europe : A comparative Review*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 399 p.

Bingham T. H., *The business of judging*, Oxford, Oxford University Press, 2000, 434 p.

Blackstone W., *Commentaries on the Laws of England*, Chicago, The University of Chicago Press, Facsimile de la première édition de 1765-1769, 1979, 4 vol.

Bradley A. W., Ewing K. D., *Constitutional and administrative law*, 15e éd., Harlow, Longman, 2011, 804 p.

Buchanan G., *De Jure Regni Apud Scotos, or, A dialogue concerning the due priviledge of government in the Kingdom of Scotland betwixt George Buchanan and Thomas Maitland*, s.l., s.n., 1680, 133 p.

Buchanan G., *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, 210 p.

Burnet G., *The Life and Death of Sir Matthew Hale*, Londres, William Taylor, 1682, 128 p.

Camden W., *Britannia : or, A chorographical description of Britain and Ireland together with the adjacent islands*, Londres, Imprimé pour R. Ware, J. and P. Knapton, 1753, 2 vol.

Camden W., *The history of the most renowned and victorious Princess Elizabeth, late Queen of England*, Chicago, University of Chicago Press, 1970, 351 p.

Coke E., *Reports*, Partie XII (*The Reports of Sir Edward Coke*, nouvelle édition, vol. 6, Londres, Joseph Butterworth and son, 1826, 495 p.)

Dallison C., *The Royalist's Defence : Vindicating The King's proceedings in the late Warre made against him : clearly discovering how and by what impostures the incendiaries of these distractions have subverted the knowne law of the land, the Protestant religion, and reduced the people to an unparallel'd slavery*, Londres, s.n., 1648, 142 p.

David R., *Major legal systems in the world today : an introduction to the comparative study of law*, 3 éd., Londres, Stevens, 1985, 624 p.

Desgardins Mallette J., *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*, mémoire, Montréal, Faculté de Droit : Université de Montréal, 2007, 159 p.

Dicey A. V., *Lectures Introductory to the study of the law of the Constitution*, 1ere éd., Londres, Macmillan, 1885, 407 p.

Elliott M., Thomas R., *Public Law*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 862 p.

Elton G. R., *The Parliament of England, 1559-1581*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, 399 p.

Fortescue J., *De laudibus legum Anglie*, Cambridge, Cambridge Univ. Press, 1949, 235 p.

Foss E., *The Judges of England: with sketches of their lives and, miscellaneous notices connected with the courts at Westminster from the conquest to the present time*, Londres, Longman, Brown, Green, and Longmans, 1848-1864, 9 vol. (vol. 7 à 9 publié par John Murray).

Freeman E. A., *The Growth of the English constitution from the earliest times*, 3e éd., Londres, Macmillan, 1876, 224 p.

Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. I, Londres, Longmans, 1884, 441 p.

Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. II, Londres, Longmans, 1883, 398 p.

Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. III, Londres, Longmans, 1885, 398 p.

Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. IV, Londres, Longmans, 1886, 411 p.

Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. V, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1896, 1625 p.

Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VI, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1896, 376 p.

- Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1899, 391 p.
- Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. VIII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1896, 392 p.
- Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. IX, Londres, Longmans, 1884, 418 p.
- Gardiner S. R., *History of England from the accession of James I to the outbreak of the civil war 1603-1642*, vol. X, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1891, 377 p.
- Gee G., Hazell R., Malleson K., O'Brien P., *The Politics of Judicial Independence in the UK's Changing Constitution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2015, 306 p.
- Gillespie A., *The English Legal System*, 3^e éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, 587 p.
- Goyard-Fabre S., *John Locke et la raison raisonnable*, Paris, J. Vrin, 1986, 196 p.
- Grinberg-Vinaver S., *Le rôle judiciaire de la Chambre des Lords*, thèse, Paris, Rousseau, 1936, 196 p.
- Gwyn W. B., *The meaning of the separation of powers : an analysis of the doctrine from its origin to the adoption of the United States Constitution*, New Orleans, Tulane University, 1965, 159 p.
- Hallam H., *The constitutional history of England : from the accession of Henry VII to the death of George II*, Londres, J. Murray, 1827, 2 vol.
- Harrington J., *The Oceana and his other works*, Dublin, Smith and Bruce, 1737, 642 p.
- Hart J. S., *Justice upon Petition : The House of Lords and the Reformation of Justice 1621-1675*, Londres, HaperCollinsAcademic, 1991, 287 p.
- Hearn W. E., *The Government of England : its structure and its development*, 2e éd., Londres, Longsmans, 1887, 636 p.
- Hewart G., *The new despotism*, Londres, Benn, 1929, 307 p.
- Hobart H., *The reports of that reverend and learned judge, the Right Honourable Sir Henry Hobart Knight and baronet, Lord Chief Justice of His Majesty's Court of Common Pleas*, Londres, E. and R. Nutt and R. Gosling, 1724, 350 p.
- Holdsworth W. S., *A History of English Law*, vol. I, 7^e éd., Londres, Methuen & Co, 1956, 706 p.
- Holdsworth W. S., *A History of English Law*, vol. II, 3e éd., Londres, Methuen, 1923, 661 p.
- Holdsworth W. S., *A History of English Law*, vol. V, 1ere éd., Londres, Methuen, 1924, 529 p.
- Holdsworth W. S., *A History of English Law*, vol. VI, Londres, Methuen, 1924, 719 p.
- Hooker R., *The works of that learned and judicious divine Mr Richard Hooker: containing eight books of the Laws of ecclesiastical polity and several other treatises. To which is*

prefixed the life of the author by Isaac Walton, vol. III, Oxford, the Clarendon Press, 1793, 597 p.

Hooker R., *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, 247 p.

Hostettler J., *Champions of the Rule of Law*, Hook, Hampshire, Waterside Press, 2011, 192 p.

Hudson W., *A treatise on the Court of Star Chamber*, in F. Hargrave (ed.), *Collectanea juridica, consisting of tracts relative to the law and constitution of England*, vol. II, Londres, Imprimé pour E. et R. Brooke, 1791, pp. 1-240.

Hunton P., *A treatise of monarchy : containing two parts I. Concerning monarchy in general. 2. Concerning this particular monarchy. Wherein all the main questions occurrent in both, are stated, disputed, and determined. Done by an earnest desirer of his countries peace*, Londres, s. n., 1680, 112 p.

Jennings I., *The Law and the Constitution*, 5e éd., Londres, University of London Press, 1959, 354 p.

Kantorowicz E. H., *The King's two bodies : a study in medieval political theology*, Princeton, Princeton University Press, 1997, 568 p.

Kirby W. J. T., *Richard Hooker's doctrine of the royal supremacy*, thèse, New York, E. J. Brill, 1990, 136 p.

Lamoine G., *Histoire constitutionnelle anglaise*, PUF, Paris, 1995, 127 p.

Lilburne J., *A defiance to tyrants Or The Araignment of two illegall committees*, Londres, s.n., 1648.

Locke J., *Two Treatises of Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 464 p.

Loveland I., *Constitutional Law, Administrative Law, and Human Rights : a critical introduction*, 5è éd., Oxford, Oxford University Press, 2009, 785 p.

Loyer O., *L'anglicanisme de Richard Hooker*, thèse, Lille, Atelier de reproduction des thèses, 1979, 2 vol.

Lyon A., *Constitutional history of the UK*, Londres, Cavendish, 2003, 476 p.

Maitland F. W., *The constitutional history of England*, Cambridge, University Press, 1908, 547 p.

Malleson K., *The new judiciary : the effects of expansion and activism*, Aldershot, Dartmouth, 1999, 247 p.

Masterman R., *The separation of powers in the Contemporary Constitution : judicial competence and independence in the United Kingdom*, Cambridge, Cambridge University Press, 2011, 276 p.

McGrade A. S., *Richard Hooker and the construction of Christian community*, Tempe, AZ, Medieval & Renaissance Texts & Studies, 1997, 418 p.

Moore F., *Cases collect and report*, Londres, G. Paulet, 1688, 918 p.

North R., *Examen : or, an enquiry into the credit and veracity of a pretended complete history*, Londres, Imprimé pour Fletcher Gyles, 1740, 692 p.

Nguyên-Duy I., *La souveraineté du Parlement britannique*, Paris, L'Harmattan, 2011, 814 p.

Ogg D., *England in the reign of Charles II*, 2 éd., vol. II, Oxford, Oxford University Press, 1963, 779 p.

Ormrod W. M., *Edward III*, New Haven, Yale University Press, 2011, 721 p.

Percy M., *Introducing Richard Hooker and the laws of ecclesiastical polity*, Londres, Darton Longman & Todd, 1999, 56 p.

Pike L. O., *A constitutional history of the House of Lords from original sources*, Londres, Macmillan, 1894, 405 p.

Plucknett T. F. T., *Statutes & their interpretation in the first half of the fourteenth century*, Cambridge, The University Press, 1922, 200 p.

Plucknett T. F. T., *A concise history of the common law*, Indianapolis, Liberty Fund (reproduction de la 5^e éd., Little, Brown and Co., 1956), 2010, 746 p.

Pollard A. F., *The evolution of Parliament*, Londres, Longmans, 1920, 398 p.

Pollock F., Maitland F. W., *The history of English law before the time of Edward I*, vol. I, Cambridge, University press, 1895, 716 p.

Polson A., *Law and Lawyers: or, Sketches an Illustration of Legal History and Biography*, vol. 2, Londres, Longman, 1840, 368 p.

Raina P., *House of Lords Reform : A History – The Origins to 1937 : Proposals Deferred*, Vol. I, Livre I (the Origins to 1911), Oxford, Peter Lang, 2011, 604 p.

Robson W. A. *Justice and administrative law : a study of the British constitution*, 1^{ere} éd., Londres, Macmillan and co., 1928, 346 p.

Sadler J., *Rights of the kingdom, or, Customs of our ancestors : touching the duty, power, election, or succession of our Kings and Parliaments, our true liberty, due allegiance, three estates, their legislative power, original, judicial, and executive, with the militia freely discussed through the British, Saxon, Norman laws and histories, with an occasional discourse of great changes yet expected in the world*, Londres, Impr. pour J. Kidgell, 1682, 319 p.

Scott J., *Algernon Sidney and the English Republic, 1629-1677*, Cambridge, Cambridge University Press, 1988, 258 p.

Shapiro M., *Courts : a comparative and political analysis*, Londres, The University of Chicago Press, 1981, 245 p.

Shetreet S., *Judges on trial : A Study of the Appointment and Accountability of the English Judiciary*, Amsterdam, North-Holland Publishing, 1976, 432 p.

Shetreet S., Deschênes J., *Judicial Independence : the Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, 700 p.

Shetreet S., Turenne S., *Judges on Trial : the independence and accountability of the English judiciary*, 2^e éd., Cambridge, Cambridge University Press, 2013, 463 p.

Sidney A., *Discourses concerning Government*, New York, Arno Press (réimpression de l'édition de 1698), 1979, 462 p.

Smith D. L., *Constitutional Royalism and the Search for Settlement, c. 1640-1649*, Cambridge, Cambridge University Press, 2002, 392 p.

Sommerville J. P. (ed), *King James VI and I : Political Writings*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, 329 p.

Spedding J. (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, 422 p.

Spooner L., *An Essay on the Trial by Jury*, Boston, John P. Jewett and Company, 1852, 224 p.

Stevens R., *The Independence of the Judiciary : The view from the Lord Chancellor's Office*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 221 p.

Stevens R., *The English judges : their role in the changing constitution*, Oxford, Hart, 2005, 209 p.

Stubbs W., *The constitutional history of England : in its origin and development*, vol. I, 1e éd., Oxford, Clarendon press, 1874, 638 p.

Taswell-Langmead T. P., *English Constitutional history from the Teutonic conquest to the present time*, 5 éd., Londres, Stevens & Haynes, 1896, 669 p.

Todd A., *On parliamentary government in England*, vol. I, 1e éd., Londres, Longmans, 1867-1869, 2 vol.

Trevelyan G. M., *English social history : a survey of six centuries, Chaucer to Queen Victoria*, Londres, Penguin (Réimpression de l'édition de 1967), 2000, 649 p.

Vile M. J. C., *Constitutionalism and the separation of powers*, Oxford, Clarendon press, 1967, 359 p.

Walker D. M., *A legal history of Scotland*, vol. IV, Edinbourg, T & T Clark, 1996, 919 p.

Walker D. M., *A legal history of Scotland*, vol. V, Edinbourg, T & T Clark, 1998, 878 p.

Williams J. B., *Memoirs of the life, character, and writings of Sir Mathew Hale*, Londres, Jackson and Walford, 1835, 405 p.

2. 2. Articles

« Lettre de Francis Bacon à Jacques I en date du 27 janvier 1614 », in J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. XII, Londres, Longmans, 1869, pp. 100-102.

« The argument of Sir Francis Bacon in the case de Rege Inconsulto between brownlow and Michell », in J. Spedding (ed.), *The works of Francis Bacon*, vol. VII, nouvelle éd., Londres, Longmans, 1879, pp. 687 et s.

The Nineteen Propositions, 1^{er} juin 1642, in J. P. Kenyon (ed.), *The Stuart Constitution 1603-1688 : Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 222-226.

His Majesty's Answer to the Nineteen Propositions of Both Houses of Parliament, in J. P. Kenyon (ed.), *The Stuart Constitution 1603-1688 : Documents and Commentary*, Cambridge, Cambridge University Press, 1986, pp. 18-20.

Alford R. P., « The Star Chamber and the Regulation of the Legal Profession 1570-1640 », *American Journal of Legal History*, vol. 51, n° 4, 2011, pp. 639-726.

Arden M., « Judicial independence and Parliaments », in K. S. Ziegler, D. Baranger, A. W. Bradley (éd.), *Constitutionalism and the role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2006, pp. 191-197.

Barnes T. G., « Star Chamber Mythology », *The American Journal of Legal History*, vol. 5, n° 1, 1961, pp. 1-11.

Black S. F., « The Courts and Judges of Westminster Hall During the Great Rebellion, 1640-1660 », *The Journal of Legal History*, vol. 7, n° 1, 1986, pp. 23-52.

Bradley A. W., « Commissions of inquiry and governmental accountability : recent british experience », in A. Manson, D. Mullan (éd.), *Commissions of inquiry*, Toronto, Irwin Law, 2003, pp. 31-78.

Bradley A. W., « Relations between Executive, Judiciary and Parliament : an evolving saga ? », *Public Law*, 2008, pp. 470-489.

Bradley A. W., « The Constitutional position of the judiciary », in D. Feldman (éd.), *English Public Law*, 2^{ed.}, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 281-313.

Brooke H., « Judicial independence – Its history in England and Wales », in H. Cunningham, *Fragile bastion: judicial independence in the nineties and beyond*, Sydney, Judicial Commission of New South Wales, 1997, pp. 89-112.

Browne-Wilkinson N., « The independence of the judiciary in the 1980s », *Public Law*, 1988, pp. 44-57.

Campbell E., « Oaths and Affirmations of Public Office under English Law: An Historical Retrospect », *The Journal of Legal History*, vol. 21, n° 3, 2000, pp. 1-32.

Carrive P., « Richard Hooker 1554?-1600 : Théologie et politique », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 3- 31.

Carrive P., « La vie et la pensée politique d'Algernon Sidney », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 248-268.

Carrive P., « La pensée politique de Sir Robert Filmer », in P. Carrive, *La pensée politique anglaise de Hooker à Hume*, Paris, PUF, 1994, pp. 33-72.

Corkery J., « The English courts and the rise of Equity », *The National Legal Eagle*, vol. 7, n° 2, 2001, pp. 16-19.

Cornes R., « McGonnell v UK, The Lord Chancellor and the Law Lords », *Public Law*, 2000, pp. 166-177.

Cosgrove R. A. « The Culture of Academic Legal History : Lawyers' History and Historians' Law 1870-1930 », *Cambrian Law Review*, vol. 33, 2002, pp. 23-34.

Dawson J. P., « The Privy Council and private law in the tudor and stuart periods : I* », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 4, 1950, pp. 393-428.

Dawson J. P., « The Privy Council and private law in the tudor and stuart periods : II », *Michigan Law Review*, vol. 48, n° 5, 1950, pp. 627-656.

De Beausse de la Hougue C., « Un aspect des réformes constitutionnelles au Royaume-Uni : La disparition du Lord Chancelier – D'une Constitution non écrite vers une Constitution écrite ? », *Revue française de droit constitutionnel*, 2005, vol. 2, n° 62, pp. 291-310.

Dixon D., « *Godden v Hales* Revisited – James II and the Dispensing Power », *The Journal of Legal History*, vol. 27, n° 2, 2006, pp. 129-152.

Duffy-Meunier A., « L'actualité constitutionnelle dans les pays de common law et de droit mixte », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 2, n° 66, 2006, pp. 399-411.

Eccleshall R. R., « Richard Hooker and the peculiarities of the English: the reception of the *Ecclesiastical polity* in the seventeenth and eighteenth centuries », *History of Political Thought*, vol. 2, 1981, pp. 63–117.

Fussner F. S. (ed.), « William Camden's "Discourse Concerning the Prerogative of the Crown" », *Proceedings of the American Philosophical Society*, vol. 101, n° 2, Avril 1957, pp. 204-215.

Havighurst A. F., « The judiciary and politics in the reign of Charles II », *The Law Quarterly Review*, vol. 66, 1950, pp. 229-252.

Havighurst A. F., « James II and the twelve men in Scarlet », *Law Quarterly Review*, vol. 69, 1953, pp. 522-546.

Himsworth C., « Securing the tenure of Scottish judges : a somewhat academic exercise », *Public Law*, 1999, pp. 14-22.

Hoyt R. S., « The Coronation Oath of 1308 », *The English Historical Review*, vol. 71, n° 280, 1956, pp. 353-383.

Jaeger H., « Introduction aux rapports de la pensée juridique et de l'histoire des idées en Angleterre, depuis la Réforme jusqu'au XVIII^e siècle », *Archives de Philosophie du Droit*, n° 15, 1970, pp. 13-70.

Jay S., « Servants of Monarchs and Lords : The Advisory Role of Early English Judges », *The American Journal of Legal History*, vol. 38, 1994, pp. 118-196.

Nadelhaft J. J., « Politics and the Judicial Tenure Fight in Colonial New Jersey », *The William and Mary Quarterly*, 3e Série, vol. 28, n° 1, 1971, pp. 46-63.

Lake P., « Business as usual ? The immediate reception of Hooker's *Ecclesiastical polity* », *Journal of Ecclesiastical History*, vol. 52, n° 3, 2001, pp. 456-486.

Lederman W. R., « The independence of the judiciary », *The Canadian Bar Review*, vol. 34, Août 1956, pp. 769-809 ; déc. 1956, pp. 1139 et s.

Le Grand C., « L'indépendance de la justice et la nomination des juges au Royaume-Uni », in J. Aspiro Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'IEDP du 19 novembre 2010, Paris, l'Harmattan, 2011, pp. 97-114.

Lemmings D., « The independence of the judiciary in Eighteenth-Century England », in P. Birks (ed), *The life of the law*, British Legal History Conference (1991, St Catherine's College, Oxford), Londres, Hambledon Press, 1993, pp. 125-149.

Lemmings D., « Judges », in McCalman (éd.), *An Oxford Companion to the Romantic Age: British culture 1776-1832*, Oxford, Oxford University Press, 2001, pp. 567-568.

Lennan J., « A Supreme Court for the United Kingdom: a note on early days », *Civil Justice Quarterly*, 2010, pp. 139-145.

Le Sueur A., « Judicial power in the changing Constitution » in J. Jowell, D. Oliver, *The Changing Constitution*, 5e éd., Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 323-345.

Levy F. J., « Tudor Historical Thought », *History and Theory*, vol. 8, n° 3, 1969, pp. 371-387.

Lurbe P., « Le républicanisme béliciste d'Algernon Sidney », *Cercles*, n° 11, 2004, pp. 32-44.

Lurbe P., « Theologico-political Issues in Richard Hooker's *Laws of Ecclesiastical Polity* and Thomas Hobbes's *Leviathan* », *Revue LISA/LISA*, vol. IX, n° 1, 2011, pp. 8-19.

Lutaud O., « Le parti politique "Niveleur" et la première Révolution anglaise » (1^{re} partie), *Revue historique*, t. 227, Fasc. 1, 1962, pp. 77-114.

Malleson K. E., « Modernising the constitution : completing the unfinished business », *Legal Studies*, 2004, pp. 119-133.

Malleson K., « Modernising the constitution : completing the unfinished business », in G. Canivet, M. Andenas, D. Fairgrieve (dir.), *Independence, Accountability and the Judiciary*, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2006, pp. 145-162.

Martini A., « Angleterre, un autre parquet ? », in C. Lazergues (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, pp. 47-66.

Mason R. A., « Introduction », in G. Buchanan, *George Buchanan's A dialogue on the law of kingship among the Scots : De iure regni apud Scotos dialogus*, Edinbourg, Saltire Society, 2006, pp. 4 et s.

Masterman R., « A Supreme Court for the United Kingdom : two steps forward, but one step back on judicial independence », *Public Law*, 2004, pp. 48-58.

McGrade A. S., « Introduction », in R. Hooker, *Of the Laws of Ecclesiastical Polity*, Cambridge, Cambridge University Press, 1989, pp. xiii-xxx.

McIlwain C. H., « The Tenure of English Judges », *The American Political Science Review*, vol. 7, n° 2, 1913, pp. 217-229.

McIlwain C. H., « A forgotten Worthy, Philip Hunton, and the sovereignty of king in Parliament », in C. H. McIlwain, *Constitutionalism and the changing world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1970, pp. 196-243.

Nadelhaft J. J., « Politics and Judicial Tenure Fight in Colonial New Jersey », *The William and Mary Quaterly*, 3e Série, vol. 28, n° 1, 1971, pp. 46-63.

Neudorf L., « The Supreme Court and the New Judicial Independence », *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, vol. 1, n° 2, 2012, pp. 25-43.

Riedl C. A., « The Administration of Justice as Affected by Insecurity of Tenure of Judicial and Administrative Officers », *Marquette Law Review*, vol. 22, n° 1, 1937, pp. 38-52.

Salmon J. H. M., « Catholic resistance theory, Ultramontanism, and the royalist response, 1580-1620 », in J. H. Burns (éd.), *The Cambridge History of Political Thought 1450-1700*, Cambridge, Cambridge University Press, 1991, pp. 219-253.

Sanderson J., « Charles Dallison and the Rule of Law », *The Journal of Legal History*, vol. 11, n° 2, 1990, pp. 239-249.

Seipp D. J., « Trust and fiduciary in the early common law », *Boston University Law Review*, vol. 91, n° 2, 2011, pp. 1011-1037.

Shetreet S., « The administration of justice : practical problems, value conflicts and changing concepts », *U.B.C. Law Review*, vol. 13, n° 52, 1979, pp. 52-80.

Shetreet S., « Judicial Independence : new Conceptual Dimensions and contemporary challenges », in S. Shetreet, J. Deschênes (eds), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 590-681.

Stevens R., « Judicial salaries : Financial independence in the age of equality », *The Journal of Legal History*, vol. 13, n° 2, 1992, pp. 155-177.

Stevens R., « The independence of the judiciary : The case of England », *Southern California Law Review*, vol. 72, 1999, pp. 597-624.

Stevens R., « Judicial Independence in England: A Loss of Innocence », in P. H. Russell, D. M. O' Brien (dir.), *Judicial independence in the age of democracy: Critical Perspectives from around the world*, Londres, University of Press Virginia, 2001, pp. 155-172.

Stones E. L. G., « Sir Geoffrey le Scrope (c. 1285-1340), Chief Justice of the King's Bench », *The English Historical Review*, vol. 69, n° 270, 1954, pp. 1-17.

Tucker P., « The early History of the Court of Chancery : A comparative Study », *English Historical Review*, vol. 115, n° 463, 2000, pp. 791-811.

Turenne S., « Judicial Independence in England and Wales », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 147-183.

Verduyn A., « The Commons and the early Justices of the Peace under Edward III », in P. Fleming (dir.), *Regionalism and revision : The crown and its provinces in England 1200-1650*, Londres, Hambledon Press, 1998, pp. 87-106.

Verduyn A., « The Politics of Law and Order during the Early Years of Edward III », *The English Historical Review*, vol. 108, n° 429, oct. 1993, pp. 842-867.

Woodhouse D., « The constitutional and political implications of a United Kingdom Supreme Court », *Legal Studies*, 2004, pp. 134-155.

Woodhouse D., « United Kingdom – The Constitutional Reform Act 2005 – Defending Judicial Independence, the English Way », *International Journal of Constitutional Law*, 2007, pp. 153-165.

2. 3. Sources en ligne

The Nineteen Propositions, 1^{er} juin 1642. Disponible sur : <http://oll.libertyfund.org/pages/1642-propositions-made-by-parliament-and-charles-i-s-answer> (date de consultation: 24/11/15).

His Majesty's Answer to the Nineteen Propositions of Both Houses of Parliament (1642). Disponible sur : <http://oll.libertyfund.org/pages/1642-propositions-made-by-parliament-and-charles-i-s-answer> (date de consultation: 24/11/15).

Constitutional Reform Act de 2005. Disponible sur : http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2005/4/pdfs/ukpga_20050004_en.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Records of the Privy Council and other records collected by the Privy Council, The National Archives. Disponible sur : <http://discovery.nationalarchives.gov.uk/SearchUI/details?Uri=C223> (date de consultation : 24/11/15).

Oxford Dictionary of National Biography. Disponible sur : <http://www.oxforddnb.com> (date de consultation: 24/11/15).

Mémoire de l'Association du Barreau canadien – Division du Québec – Présenté à la Commission d'enquête sur le processus de nomination des juges du Québec, Septembre 2010. Disponible sur : http://abcqc.qc.ca/qc.cba/media/pdfFiles/Memoire_version_finale_30_sept_1.pdf (date de consultation : 24/11/15).

Beloff M. J., « Paying Judges : Why, Who, Whom, How much », *The Denning Law Journal*, vol. 18, 2006, pp. 1-36. Disponible sur : <http://www.ubplj.org/index.php/dlj/article/viewFile/305/334> (date de consultation: 24/11/15)

Chen A. H. Y., « Chapter 3: The British Experience », Consultancy Report on the Determination and Revision of Judicial Remuneration, Hong Kong, Sept. 2004, pp. 31-50. Disponible sur le site du « Joint Secretariat for the Advisory Bodies on Civil Service and Conditions of Service » : http://www.jsscs.gov.hk/reports/en/jscs_08/annex_e-ch_3.pdf (date de consultation : 24/11/15).

Corkery J., « The English courts and the rise of Equity », *The National Legal Eagle*, vol. 7, n° 2, 2001, pp. 16-19. Disponible sur : <http://epublications.bond.edu.au/cgi/viewcontent.cgi?article=1042&context=nle> (date de consultation: 24/11/15).

Desgardins Mallette J., *La constitutionnalisation de la juridiction inhérente au Canada : origines et fondements*, mémoire, Montréal, Faculté de Droit : Université de Montréal, 2007, 159 p. Disponible sur : <https://papyrus.bib.umontreal.ca/xmlui/bitstream/handle/1866/2544/11959388.PDF;jsessionid=92B9CBD6F93483C99214D07DDD56D68E?sequence=1> (date de consultation : 24/11/15).

Duffy-Meunier A., « La Cour suprême au Royaume-Uni après le *Constitutional Reform Act 2005* : Une juridiction hors norme », *Jus Politicum*, n° 9, 2013. Disponible sur : <http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP9-Duffy-1-3.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

Dymond G., « The Appellate Jurisdiction of the House of Lords », House of Lords Library Notes, Revu et corrigé en 2009, 61 p. Disponible sur : www.parliament.uk/briefing-papers/lln-2009-010.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Gee G., « Do Lord Chancellors defend judicial independence ? », 18 août 2014. Disponible sur le blog UK Constitutional Law blog : <http://ukconstitutionallaw.org/2014/08/18/graham-gee-do-lord-chancellors-defend-judicial-independence/> (date de consultation : 24/11/15).

Lurbe P., « Le républicanisme béliciste d'Algernon Sidney », *Cercles*, n° 11, 2004, pp. 32-44. Disponible sur : <http://www.cercles.com/n11/lurbe.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

Lurbe P., « Theologico-political Issues in Richard Hooker's *Laws of Ecclesiastical Polity* and Thomas Hobbes's *Leviathan* », *Revue LISA/LISA*, vol. IX, n° 1, 2011, pp. 8-19. Disponible sur : <http://lisa.revues.org/4050> (date de consultation: 24/11/15).

Phillips N., « Judicial Independence & Accountability : A view from the Supreme Court », Conférence donnée par Lord Phillips à *UCL Constitution Unit*, lancement du projet de recherche sur *Les politiques de l'indépendance de la justice*, 8 février 2011. Disponible sur : https://www.supremecourt.uk/docs/speech_110208.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Rabatel B., « La réforme constitutionnelle des institutions judiciaires anglaises (Constitutional Reform Act 2005 : Impacts et enjeux) », Intervention à la cour de Cassation, 16 mai 2006. Disponible sur : http://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2006_55/rabatel_magistrat_9_214.html (date de consultation: 24/11/15).

3. LA CONCEPTUALISATION DE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE EN ALLEMAGNE

3. 1. Ouvrages, thèses, dictionnaires

Anschütz G., Thoma R. (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, Tübingen, Mohr, 1930-1932, 2 vol.

Anschütz G., *Die Verfassung des deutschen Reiches : vom 11. August 1919 ; ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis*, 14^e éd., Aalen, Scientia-Verlage (Réimpression de Berlin, Stilke, 1933), 1987, 800 p.

Bähr O., *Der Rechtsstaat : Ein publicistische Skizze*, Aalen, Scientia (Réimpression de l'édition de 1864), 1961, 194 p.

Braun G., *La connaissance du Saint-Empire en France du baroque aux Lumières 1643-1756*, texte remanié de thèse de doctorat, Munich, R. Oldenbourg, 2012, 911 p.

Engler F. W., *De muneribus publicis, justitiae sacerdotibus absque justa causa non auferendis*, Leipzig, Ex officina Saalbachia, 1794, 30 p.

Frédéric II de Prusse, *Die Politischen Testamente Friederich's des Grossen*, Berlin, Hobbing, 1920, 294 p.

Gaillet A., *L'individu contre l'Etat : Essai sur l'évolution des recours de droit public dans l'Allemagne du XIXe siècle*, thèse, Paris, Dalloz, 2012, 531 p.

Gehrke R., *Landtag und Öffentlichkeit : provinzialständischer Parlamentarismus in Schlesien 1825-1845*, Cologne, Böhlau, 2009, 525 p.

Gerber C. F. W. von, *Über öffentliche Rechte*, Tubingen, Laupp, 1852, 107 p.

Gerber C. F. W. von, *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrechts*, Leipzig, Tauchnitz, 1865, 208 p.

Grimm D., *Deutsche Verfassungsgeschichte 1776-1866*, Francfort, Suhrkamp, 1988, 269 p.

Hänel A., *Deutsches Staatsrecht*, vol. 1 (Die Grundlagen des deutschen Staates und die Reichsgewalt), Leipzig, Duncker & Humblot, 1892, 856 p.

Henke E., *Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik*, 4e vol., Berlin, Nicolai, 1838, 894 p.

Henkel H., *Die Unabhängigkeit des Richters in ihrem neuen Sinngehalt*, Hambourg, Hanseatische Verl. Anst., 1934, 35 p.

Hochschild U., *Gewaltenteilung als Verfassungsprinzip*, thèse, Berlin, dissertation.de, 199 p.

Huber E. R., *Verfassungsrecht des Großdeutschen Reiches*, 2e éd., Hambourg, Hanseatische Verl.-Anst., 1939, 527 p.

Huber E. R., *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, 3e éd., t. 2 (Der Kampf um Einheit und Freiheit, 1830 bis 1850), Stuttgart, Kohlhammer, 1988, 935 p.

Hummel J., *Le constitutionnalisme allemand (1815-1918) : Le modèle allemand de la monarchie limitée*, texte remanié de thèse de doctorat, Paris, PUF, 2002, 351 p.

Jariges, P. J. Pandin von, *Réflexions philosophiques et historiques, d'un jurisconsulte, adressées à son ami à Turin sur l'ordre de la procédure, et sur les décisions arbitraires et immédiates du Souverain*, Berlin, Decker, 1765, 24 p.

Jellinek G., *Allgemeine Staatslehre*, 1ere éd., Berlin, Häring, 1900, 726 p.

Kern E., *Der gesetzliche Richter*, Berlin, Liebmann, 1927, 346 p.

Klüber J. L., *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 1^e éd., Francfort, Andreäische Buchh., 1817, 845 p.

Klüber J. L., *Öffentliches Recht des Teutschen Bundes und der Bundesstaaten*, 4e éd., Francfort, Andreäische Buchh., 1840, 962 p.

Klüber J. L., *Die Selbständigkeit des Richteramtes und die Unabhängigkeit seines Urtheils im Rechtsprechen*, Francfort, Andreä, 1832, 168 p.

Laband P., *Le droit public de l'Empire allemand*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1900-1904, 6 vol.

Laband P., *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, Aaalen, Scientia-Verlage (Réimpression de la 5e édition, 1911-1914), 1964, 4 vol.

Mathias E., *Les procureurs du droit : De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, CNRS Editions, 1999, 288 p.

Maurenbrecher R., *Grundsätze des heutigen deutschen Staatsrechts*, Francfort, Varrentrapp, 1837, 589 p.

Mohl R. von, *Das Staatsrecht des Königreiches Württemberg*, 2e éd., Laupp, Tübingen, 1840, 2 vol.

Müller I., *Furchtbare Juristen : Die unbewältigte Vergangenheit unserer Justiz*, Munich, Kindler, 1987, 318 p.

Müller I., *Hitler's Justice : The Courts of the Third Reich*, Cambridge, Harvard University Press, 1991, 349 p.

Müssig U., *Recht und Justizhoheit : Der gesetzliche Richter im historischen Vergleich von der Kanonistik bis zur Europäischen Menschenrechtskonvention, unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsentwicklung in Deutschland, England und Frankreich*, 2e éd., Berlin, Duncker & Humblot, 2009, 630 p.

Ogorek R., *Richterkönig oder Subsumtionsautomat ? Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert*, Francfort, Klostermann, 1986, 423 p.

Pfeiffer B. W., *Die Selbständigkeit und Unabhängigkeit des Richteramtes : Ein Wort der ernststen Mahnung*, Göttingen, Vandenhoeck u. Ruprecht, 1851, 382 p.

Plathner G., *Der Kampf um die richterliche Unabhängigkeit bis zum Jahre 1848*, Breslau, Marcus, 1935, 152 p.

Reinhart M., *Konsistente Jurisdiktion, Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung*, thèse d'habilitation, Mohr Siebeck, Tübingen, 1997, 577 p.

Reuber I. S., *Der Kölner Mordfall Fonk von 1816 : Das Schwurgericht und das königliche Bestätigungsrecht auf dem Prüfstand*, Cologne, Böhlau, 2002, 171 p.

Rönne L. von, *Das Staatsrecht der preußischen Monarchie*, 1^{ère} éd., Leipzig, Brockhaus, 1856-1863, 2 vol.

Rotteck K. von, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 2^e éd., Stuttgart, Hallberg, 1840, vol. 1 & vol. 2.

Rotteck K. von, *Lehrbuch des Vernunftsrechts und der Staatswissenschaften*, 1^e éd., Stuttgart, Hallberg, 1834-1835, vol. 3 & vol. 4.

Schmitt C., *Théorie de la Constitution*, 1ere éd., Paris, PUF, coll. Quadrige, (traduction de *Verfassungslehre*, 1928), 2008, 576 p.

Schmon S., *Machtspruch und Gesetzesherrschaft: Das Staatsverständnis in Heinrich von Kleists « Prinz Friedrich von Homburg »*, Cologne, Böhlau, 2007, 215 p.

Schubert W., *Die deutsche Gerichtsverfassung (1869-1877): Entstehung und Quellen*, Francfort, Klostermann, 1981, 1030 p.

Schulze H., *Das Preussische Staatsrecht : Auf Grundlage des deutschen Staatsrechts*, 2e éd., Leipzig, Breitkopf & Härtel, 1888-1890, 2 vol.

Simon A. H., *Mein Austritt aus dem preussischen Staatsdienste*, Leipzig, J. G. Mittler, 1846, 44 p.

Simon D., *Die Unabhängigkeit des Richters*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1975, 197 p.

Stahl F. J., *Die Philosophie des Rechts nach geschichtlicher Ansicht*, Heidelberg, Mohr, 1830-1837, 3 vol.

Stolleis M., *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland*, Munich, C.H. Beck, 1988-2012, 4 vol.

Stolleis M., *Histoire du droit public en Allemagne : La théorie du droit public impérial et la science de la police 1600-1800*, (traduction de *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland : Reichspublizistik und Policywissenschaft 1600-1800*, vol. 1, Munich, C. H. Beck, 1988), Paris, PUF, 1998, 654 p.

Stolleis M., *Histoire du droit public en Allemagne 1800-1914*, (traduction de *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland : Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, vol. 2, Munich, C. H. Beck, 1992), Paris, Dalloz, 2014, 699 p.

Tschentscher A., *Demokratische Legitimation der dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 410 p.

Tiggas H., *Die Stellung des Richters im modernen Staat*, Berlin, Junker und Dünnhaupt, 1935, 195 p.

Wetzell G. W., *System des ordentlichen Civilprocesses*, 3e éd., Leipzig, B. Tauchnitz, 1878, 1026 p.

Wittreck F., *Die Verwaltung der Dritten Gewalt*, thèse d'habilitation, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, 883 p.

3. 2. Articles

Anonyme, « Ist es ratsam, die Abhängigkeit der Staatsbeamten von ihren Vorgesetzten zu vergrößern oder zu vermindern? », in E. F. Klein (dir.), *Annalen der Gesetzgebung und Rechtsgelehrsamkeit in den preußischen Staaten*, Berlin, Nicolai, vol. 24, 1806, pp. 76 et s.

Albrecht P-A., « Could an independent Judiciary be a Counterbalance to the Erosion of European Principles of Criminal Law ? », in P-A. Albrecht, J. Thomas (éd.), *Strengthen the Judiciary's Independence in Europe! : International Recommendations for an Independent Judicial Power*, Berlin, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2009, pp. 19 et s.

Arndt H., Fürst W., « Rechtsschutzfragen zur Dienstaufsicht über Richter », in W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pp. 175-188.

Barbey G., « § 74 Der Status der Richters », in J. Isensee, P. Kirchhof (dir.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. 3 (das Handeln des Staates), 2 éd., Heidelberg, Müller, 1996, pp. 815-857.

Baltzer U., « Das Gespenst "richterlicher Ethik" », *Kritische Vierteljahresschrift und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, pp. 482-488.

Bargen J. M. von, « Die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter in Deutschland – Teil 1 », *Deutsche Richterzeitung*, mars 2010, pp. 100-103.

Bargen J. M. von, « Die Rechtsstellung der Richterinnen und Richter in Deutschland – Teil 2 », *Deutsche Richterzeitung*, avril 2010, p. 133-136.

Bauer A., « Gnade », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 424-430.

Brosch C., « Urteilsanmerkung zu : Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. Oktober, RiZ (R) 5/09 », *JurPC Web-Dok.*, vol. 1, 2011, section 1-59.

Classen C. D., « Artikel 97 », in H. Mangold, F. Klein, C. Starck (dir.), *Kommentar zum Grundgesetz*, vol. 3 (Art. 83-146), 5e éd., Munich, Vahlen, 2005, pp. 749-772.

Dudek M., « Richter sein – 2013 : Kommentar eines Rechtsanwalts zum Disziplinarverfahren gegen einen Richter am Oberlandesgericht Karlsruhe wegen Unterschreitung des durchschnittlichen Erledigungspensums (LG Karlsruhe RDG 6/12) », *Betrifft Justiz*, n° 113, mars 2013, pp. 11-13.

Feuerbach P. J. A. von, « Kann die Gerichtsverfassung eines konstitutionellen Staates durch bloße Verordnungen rechtsgültig geändert werden ? », in *Kleine Schriften vermischten Inhalts*, Nuremberg, Theodor Otto, 1833, pp. 178 et s.

Forkel H., « Erledigungszahlen unter (Dienst-)Aufsicht ! », *DRiZ*, vol. 4, 2013, pp. 132-133.

Fromont M., « La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne – Présentation de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne », *Les cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 15, 2003, pp. 162-179.

Gaudemet P. M., « Paul Laband et la doctrine française de droit public », *RDP*, n° 4, 1989, pp. 957-979.

Gross T., « Erwartungen aus deutscher verfassungsrechtlicher Sicht », *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, pp. 347-353.

Haberland S., « Problemfelder für die richterliche Unabhängigkeit », *Deutsche Richterzeitung*, août 2002, pp. 301-310.

Henrion H., Salditt N., « Le ministère public allemand, une institution ambivalente », in C. Lazergues (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, pp. 29-46.

Hillgruber A., « Art. 97 », in T. Maunz, G. Dürig, R. Herzog (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 5, Munich, Beck, Lfg. 52, 2008.

Hoffmann-Riem W., « Über Privilegien und Verantwortung: Justiz zwischen Autonomie und Anomie », *Anwaltsblatt*, vol. 1, 1999, pp. 2-9.

Hoffmann-Riem W., « Richterliche Unabhängigkeit in Zeiten struktureller Veränderungen der Justiz », in R. Pitschas, A. Uhle (éd.), *Wege gelebter Verfassung in Recht und Politik : Mélanges en l'honneur de Rupert Scholz*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, pp. 499-517.

Hülle W., « Müller Arnold-Prozess », in A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 3, Berlin, Schmidt, 1984, pp. 726-728.

Hummel J., « Convergences et discordances des discours libéraux allemand et français (1815-1848) », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 2, n° 24, 2006, pp. 233-253.

Janssen-Bennynck C., « L'émergence progressive d'un nouveau concept d'indépendance de la justice en Allemagne », in J. A. Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit Public (IEDP) du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 115-126.

Jouanjan O., « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science*

juridique allemande de 1870 à 1918, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 11-63.

Jouanjan O., « Les fondations de la théorie des droits publics subjectifs dans la pensée de Georg Jellinek », *RUDH*, vol. 16, 2004, pp. 6-16.

Kamptz A. C. H. v., K. baron d'Empire v. u. z. Stein, « Gedanken über Kabinetsjustiz besonders in den Staaten des Rheinbundes », in P. A. Winkopp (dir.), *Der Rheinische Bund: Eine Zeitschrift historisch, politisch, statistisch, geographischen Inhalts*, 4^e vol., Francfort, Mohr, 1807, pp. 402 et s.

Kirchhoff G., « Erledigung als Dienstpflicht: Disziplinarmaßnahmen wegen Unterschreitung durchschnittlicher Erledigungszahlen – Anmerkung aus Sicht eines Praktikers », *Betrifft Justiz*, n° 114, juin 2013, pp. 63-69.

Kissel O. R., « § 1. [Richterliche Unabhängigkeit] », in O. R. Kissel, H. Mayer (dir.), *Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, 6^e éd., Munich, C. H. Beck, 2010, pp. 119-175.

Kommers D. P., « Autonomy versus Accountability : the German Judiciary », in P. H. Russell, D. M. O' Brien (dir.), *Judicial independence in the age of democracy: Critical Perspectives from around the world*, Londres, University of Press Virginia, 2001, pp. 131-154.

Kotulla M., « Die verfassungsrechtliche Ausprägung der Garantie der richterlichen Unabhängigkeit im 19. Jahrhundert », *Deutsche Richterzeitung*, vol. 8, 1992, pp. 285-292.

Kotulla M., « Machtsprüche, strafgerichtliche Bestätigungsvorbehalte und die richterliche Unabhängigkeit », in F. Kirchhof, D. Merten, H-J. Papier (dir.), *Rechtsstaat und Grundrechte: Festschrift für Detlef Merten*, Heidelberg, Müller, 2007, pp. 199-221.

Kolb G. F., « Justiz (Deren Unabhängigkeit und Hauptgrundlage ihrer richtigen Organisation) », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 27-32.

Kreth E., « Zur Ethik richterlichen Verhaltens », *Kritische Vierteljahresschrift und Rechtswissenschaft*, vol. 4, 2008, pp. 475-481.

Le Divellec A., « Les prémices de la justice constitutionnelle en Allemagne avant 1945 », in D. Chagnollaud (dir.), *Aux origines du contrôle de constitutionnalité XVIIIe – XXe siècle*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2003, pp. 103-140.

Leuze D., « Richterliche Unabhängigkeit », *Der Öffentliche Dienst (DÖD)*, vol. 4, 2005, pp. 78-83.

Löhnig M., « Zur Stellung des Richters im Frühkonstitutionalismus », *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis (Revue d'histoire du droit/The Legal History Review)*, vol. 80, n° 3-4, 2012, pp. 427-441.

Luebke D. M., « Frederick the Great and the Celebrated Case of the Millers Arnold (1770-1779) : a Reappraisal », *Central European History*, vol. 32, n° 4, 1999, pp. 379-408.

Mackenroth G., « Selbstverwaltung der Justiz – Zwischenbilanz in Frageform », *Deutsche Richterzeitung*, mars 2009, pp. 79-84.

Mahrenholz E. G., « Justiz – eine unabhängige Staatsgewalt ? », *Deutsche Richterzeitung*, décembre 1991, pp. 432-437.

Marquardsen H., « Feuerbach, Paul Johann Anselm von », *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 6, 1877, pp. 731-745.

Mende H., « §67. Die richterlichen und die ihnen gleichgestellten Beamten », in G. Anschütz, R. Thoma (dir.), *Handbuch des deutschen Staatsrechts*, vol. 2, Tübingen, Mohr, 1932, pp. 77-86.

Merzbacher F., « Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 5, 1961, pp. 110-111.

Maletke K., « Les traités de paix de Westphalie et l'organisation politique du Saint Empire romain germanique », *Dix-septième siècle*, vol. 1, n° 210, 2001, pp. 113-144.

Ogris W., « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492.

Papier H-J., « Die richterliche Unabhängigkeit und ihr Schranken », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 15, 2001, pp. 1089-1094.

Papier H-J., « Zur Selbstverwaltung der Dritten Gewalt », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 36, 2002, pp. 2585 et s.

Papier H-J., « “Kein radikaler Systemwechsel in der Justiz” : Eine sich selbst verwaltende Justiz wäre nicht vor der Gefahr eine Politisierung gefeit », *Zeitschrift für Rechtspolitik*, vol. 4, 2009, pp. 125 et s.

Pfeiffer G., « Die innere Unabhängigkeit des Richters », in W. Fürst, R. Herzog, D. C. Umbach (éd.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 1, Berlin, Walter de Gruyter, 1987, pp. 67-79.

Rademacher I., « La première encyclopédie politique allemande : le Staats-Lexikon de Rotteck et Welcker (1834-1848) », *Revue française d'Histoire des Idées Politiques*, vol. 2, n° 24, 2006, pp. 255-297.

Reppen T., « Der Müller Arnold und die Unabhängigkeit des Rechts im friederizianischen Preußen », in U. Falk, M. Luminati, M. Schmoekel (eds.), *Fälle aus der Rechtsgeschichte*, Munich, Beck, 2007, pp. 223-253.

Riedel J., « Training and Recruitment of Judges in Germany », *International Journal for Court Administration*, vol. 5, n° 2, octobre 2013, pp. 42-54

Röhl K. F., « Vom Gerichtsmanagement zur Selbstverwaltung der Justiz », *Deutsche Richterzeitung*, juin 1998, pp. 241-250.

Röhl K. F., « Selbstverwaltung für Dritte Gewalt ? », *JuristenZeitung*, n° 17, 2002, pp. 838-847.

Roques C., « Interprétation de la loi et perversion du droit », *Astérian*, n° 4, 2006, pp. 157-186.

Rotteck K. von, « Justiz ; Justizgewalt oder Hoheit ; Justizsache ; Justizverwaltung ; Justizstellen ; Justizministerium ; Staats- und Privat-, insbesondere Patrimonialjustiz ; hohe und niedere Justiz ; Civil und Criminaljustiz ; Administrativjustiz ; Justizwissenschaft », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 3-27.

Schaffer W., « Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters », *Bayerische Verwaltungsblätter*, vol. 21, novembre 1991, pp. 641 et s.

Schmidhäuser E., « Eduard Kern 1887-1972 », in F. Elsener (dir.), *Lebensbilder zur Geschichte der Tübinger Juristenfakultät*, Tübingen, Mohr, 1977, pp. 177-188.

Schmitt C., « Der Führer schützt das Recht : Zur Reichstagsrede Adolf Hitlers vom 13. Juli 1934 », *Deutsche Juristen-Zeitung*, vol. 15, 39^e année, 1 août 1934, pp. 945-950.

Schmitt C., « Le Führer protège le droit. A propos du discours d'Adolf Hitler au Reichstag du 13 juillet 1934 », *Cités*, vol. 2, n° 14, 2003, pp. 165-171.

Schmoeckel M., « The Mystery of Power Verdicts Solved ? Frederick II of Prussia and the Emerging Independence of Jurisdiction », in G. Martyn, A. Musson, H. Pihlajamäki (dir.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle : Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 109-143.

Schröder R., « Dienstzeiten und Anwesenheitspflichten für Richterinnen und Richter », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 17, 2005, pp. 1160-1165.

Schulze-Fielitz H., « Artikel 97 [Unabhängigkeit der Richter] », in H. Dreier (dir.), *Grundgesetz Kommentar*, vol. 3 (articles 83-146), 2^e éd., Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, pp. 467-497.

Seibert-Fohr A., « Constitutional Guarantees of Judicial Independence in Germany », E. Riedel, R. Wolfrum (éd.), *Recent Trends in German and European Constitutional Law*, Rapports allemands présentés lors du XVII^e Congrès international de droit comparé, Utrecht 16 au 22 mai 2006, Berlin, Springer, 2006, pp. 267-287.

Seibert-Fohr A., « Judicial Independence in Germany », in A. Seibert-Fohr (éd.), *Judicial Independence in Transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 447-519.

Seif U., « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVII^e au XIX^e siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 2, 2005, pp. 215-245.

Sellert W., « Richterliche Unabhängigkeit am Reichskammergericht und am Reichshofrat », in M. Diesselhorst, O. Behrends, R. Dreier (dir.), *Gerechtigkeit und Geschichte : Beiträge eines Symposiums zum 65. Geburtstag von Malte Diesselhorst*, Göttingen, Wallstein, 1996, pp. 118-132.

Sellert W., « Unabhängigkeit des Richters (der Justiz) », in A. Erler, E. Kaufmann, D. Werkmüller (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 5, Berlin, Schmidt, 1998, pp. 443-451.

Sennekamp C., « Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus! Demokratieprinzip und Selbstverwaltung der Justiz », *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 2010, pp. 213-217.

Shaffer W., « Die Unabhängigkeit der Rechtspflege und des Richters », *Bayerische Verwaltungsblätter*, vol. 21, 1991, pp. 641-678.

Simon D., « Waren die NS-Richter "unabhängige Richter" im Sinne des § 1 GVG ? », *Rechtshistorisches Journal*, vol. 4, 1985, pp. 102-116.

Starck C., « La Cour constitutionnelle fédérale : son rôle et ses effets », in *Renouveau du droit constitutionnel : Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 455-471.

Stolleis M., « Judicial Interpretation in Transition from the *Ancien Régime* to Constitutionalism », in Y. Morigiwa (dir.), *Interpretation of law in the age of enlightenment*, Dordrecht, Springer, 2011, pp. 3-17.

Voskuhle A., Sydow G., « Die demokratische Legitimation des Richters », *Juristenzeitung*, vol. 57, 2002, pp. 673-682.

Welcker C. T., « Begnadigung, Abolition, Begnadigungsrecht », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 2, Altona, Hammerich, 1846, pp. 262-271.

Welcker C. T., « Justizverweigerung; die Bedingungen ihres Eintrittes und die des Landes- und des Bundesschutzes gegen sie », in H. von Rotteck, C. T. Welcker (éd.), *Das Staats-Lexikon: Enzyklopädie der sämtlichen Staatswissenschaften für alle Stände*, 2^e éd. (réédition améliorée et augmentée), vol. 8, Altona, Hammerich, 1847, pp. 32-46.

Welker K. H. L., « Pfeiffer, Burchard Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 20, 2001, pp. 324-325.

Wippermann K., « Pfeiffer, Burkhard Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 25, 1887, pp. 633-634.

Wittreck F., « Anwälte als Richter über Richter? Anmerkungen zur jüngsten Novellierung des Richtergesetzes und der Neubesetzung der Richterdienstgerichte », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 42, 2004, pp. 3011-3015.

Wittreck F., « Durchschnitt als Dienstpflicht? Richterliche Erledigungszahlen als Gegenstand der Dienstaufsicht », *Neue Juristische Wochenschrift*, vol. 45, 2012, pp. 3287-3292.

Wittreck F., « Erledigungszahlen unter (Dienst-)Aufsicht? », *DRiZ*, vol. 2, 2013, pp. 60-61.

Zachariä C. S., « Ueber das Recht der Gerichtsherrn in Chursachsen die Gerichtsverwalter willkürlich zu entlassen », *Annalen der Gesetzgebung und der Rechtswissenschaft in den Ländern des Churfürsten von Sachsen*, vol. 1, 1806, pp. 347-376.

Zweigert K., « Zur inneren Unabhängigkeit des Richters », in *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr, 1967, pp. 711-723.

3. 3. Sources en ligne

<http://www.modern-constitutions.de/>

Entwurf eines (...) Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes – Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 28.11.2012. Disponible sur : https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/bundesvorstand/pdfs/BuVo-2012-12-06_BT-Drs_17_11701.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Entwurf eines Gesetzes zur Herstellung der institutionellen Unabhängigkeit der Justiz, Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, 28.11.2012. Disponible sur : https://www.neuerichter.de/fileadmin/user_upload/bundesvorstand/pdfs/BuVo-2012-12-06_BT-Drs_17_11703.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Bauer A., « Gnade », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2 éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 424-430. Disponible (sans pagination) sur : <http://www.hrgdigital.de/id/gnade/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15).

Brosch C., « Urteilsanmerkung zu : Bundesgerichtshof, Urteil vom 21. Oktober, RiZ (R) 5/09 », *JurPC Web-Dok.*, vol. 1, 2011, section 1-59. Disponible sur : <http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20110001> (date de consultation : 24/11/15).

Deutscher Richterbund, *Thesepapier zur Selbstverwaltung der Justiz : Zwei-Säulen-Modell* (2007). Disponible sur : http://www.drb.de/cms/fileadmin/docs/sv_modell_070427.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Jouanjan O., « Carl Friedrich Gerber et la constitution d'une science du droit public allemand », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 11-63. Disponible (sans pagination) sur le site d'Olivier Jouanjan : <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxbG12aWVyam91YW5qYW58Z3g6N2QwMjk0ZTI5MTgyOTljMQ> (consulté le 24/11/15).

Marquardsen H., « Feuerbach, Paul Johann Anselm von », *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 6, 1877, pp. 731-745. Disponible sur : <http://www.deutsche-biographie.de/sfz15927.html> (consulté le 24/11/15).

Merzbacher F., « Feuerbach, Paul Johann Anselm Ritter von », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 5, 161, pp. 110-111. Disponible sur : <http://www.deutsche-biographie.de/sfz15927.html> (consulté le 24/11/15).

O' Connell F., McCaffrey R., « Judicial appointments in Germany and the United States », Research and Information Service Research Paper (réf. NIAR 175-12), Northern Ireland Assembly, mars 2012. Disponible sur :

<http://www.niassembly.gov.uk/Documents/RaISe/Publications/2012/justice/6012.pdf> (date de consultation : 24/11/15).

Ogris W., « Kabinettsjustiz », in A. Cordes, H-P. Haferkamp, H. Lück, D. Werkmüller, R. Schmidt-Wiegand (dir.), *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, vol. 2, 2^e éd., Berlin, Schmidt, 2012, pp. 1487-1492. Disponible (sans pagination) sur : <http://www.hrgdigital.de/id/kabinettsjustiz/stichwort.html> (date de consultation: 24/11/15).

Riedel J., « Training and Recruitment of Judges in Germany », *International Journal for Court Administration*, vol. 5, n° 2, octobre 2013. Disponible sur: <http://www.iacajournal.org/index.php/ijca/article/view/12/98> (date de consultation: 24/11/15).

Roques C., « Interprétation de la loi et perversion du droit », *Astérior*, n° 4, 2006, pp. 157-186. Disponible sur : <http://asterion.revues.org/650> (date de consultation: 24/11/15).

Welker K. H. L., « Pfeiffer, Burchard Wilhelm », *Neue Deutsche Biographie*, vol. 20, 2001, pp. 324-325. Disponible sur : <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116162791.html> (consulté le 24/11/15).

Wippermann K., « Pfeiffer, Burkhard Wilhelm », *Allgemeine Deutsche Biographie*, vol. 25, 1887, pp. 633-634. Disponible sur : <http://www.deutsche-biographie.de/pnd116162791.html?anchor=adb> (consulté le 24/11/15).

4. LA CONCEPTUALISATION DE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE EN FRANCE

4. 1. Ouvrages, thèses, dictionnaires

L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, 165 p.

Alibert R., *Le contrôle juridictionnel de l'administration au moyen du recours pour excès de pouvoir*, Paris, Payot, 1926, 391 p.

Alland D., *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 2014, 279 p.

Arabeyre P., Halpérin J-L., Krynen J. (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, 827 p.

Artur E., *De la séparation des pouvoirs et de la séparation des fonctions de juger et d'administrer*, Paris, Pichon, 1905, 388 p.

Bancaud A., *Une exception ordinaire. La magistrature en France 1930-1950*, Paris, Gallimard, 2002, 514 p.

Barthélemy J., Duez P., *Traité de droit constitutionnel*, reproduction de la nouvelle édition en date de 1933, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2004, 955 p.

- Berthélemy H., *Traité élémentaire de droit administratif*, 7ème éd., Paris, Arthur Rousseau, 1913, 1032 p.
- Bonfils H., *Traité élémentaire d'organisation judiciaire, de compétence et de procédure en matière civile et commerciale*, Paris, A. Rousseau, 1885, 1068 p.
- Bonnecase J., *La science juridique française : quelques aspects fondamentaux de l'œuvre de Léon Duguit*, Paris, E. de Boccard, 1929, 34 p.
- Boucobza I., *La fonction juridictionnelle : Contribution à une analyse des débats doctrinaux en France et en Italie*, thèse, Paris, Dalloz, 2005, 449 p.
- Boyer L., Roland H., *Les institutions judiciaires*, 2^e éd., Lyon, Editions l'Hermès, 1983, 508 p.
- Brondel S., Foulquier N., Heuschling L. (dir.), *Gouvernement des juges et démocratie*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2001, 373 p.
- Burdeau F., *Histoire du droit administratif*, Paris, PUF, 1995, 494 p.
- Cabantous L., Liégeois J., *Répétitions écrites sur le droit public et administratif contenant l'exposé des principes généraux, leurs motifs et la solution des questions théoriques*, 6 éd., Paris, A. Marescq Ainé, 1882, 1122 p.
- Cadiet L., *Découvrir la Justice*, Paris, Dalloz, 1997, 266 p.
- Carbasse J-M. (dir.), *Histoire du parquet*, Paris, PUF, 2000, 333 p.
- Carré de Malberg R., *Contribution à une théorie générale de l'État, spécialement d'après les données fournies par le Droit constitutionnel français*, reproduction de l'édition en deux volumes de 1920-1922 (Paris, Recueil Sirey), Paris, Dalloz, 2004, 2 vol.
- Chapus R., *Droit du contentieux administratif*, 13^e éd., Paris, Montchrestien, 2008, 1540 p.
- Chauvaud F., Petit J-G., Yvorel J-J., *Histoire de la justice de la Révolution à nos jours*, Rennes, Presses universitaires de Rennes, 2007, 248 p.
- Chopplet A., *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse, Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, 635 p.
- Colson R., *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, 348 p.
- Combacau J., Sur S., *Droit international public*, 10^e éd., Paris, Montchrestien, 2012, 820 p.
- Cormenin L. M. de Lahaye, *Questions de droit administratif*, 1^e éd., Paris, M. Ridler, 1822, 2 vol.
- Cotillon J. (dir.), *Raphaël Alibert : juriste engagé et homme d'influence à Vichy*, actes du colloque organisé le 10 juin 2004, Paris, Economica, 2009, 272 p.

Coumoul J., *Traité du pouvoir judiciaire ; de son rôle constitutionnel et de sa réforme organique*, 2^e éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1911, 501 p.

Daillier P., Forteau M., Pellet A., *Droit international public*, 8^e éd., Paris, LGDJ, 2009, 1709 p.

D'Eyraud, *De l'administration de la justice et de l'ordre judiciaire en France*, 2^e éd., Paris, Fanjat aîné, 1825, 3 vol.

De Laubadère A., *Traité de droit administratif*, Paris, LGDJ, 1977-1980, 4 vol.

De Pansey H., *De l'autorité judiciaire en France*, 3^e éd., Paris, Librairie de Théophile Barrois, 1827, 2 vol.

Ducrocq T., *Cours de droit administratif contenant l'exposé et le commentaire de la législation administrative dans son dernier état avec la reproduction des principaux textes, dans un ordre méthodique*, 6 éd., Paris, E. Thorin, 1881, 2 vol.

Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, 2e éd., Paris, Boccard, 1921-1925, 5 vol.

Duguit L., *Manuel de droit constitutionnel*, reproduction de l'édition d'E. de Boccard de 1923, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2007, 605 p.

Duguit L., *Etudes de droit public*, reproduction de l'édition en deux volumes d'Albert Fontemoing de 1901-1903, Paris, Dalloz, 2003-2005, 2 vol.

Esmein A., *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, reproduction de la 6^e éd. (Paris, Larose et Tenin, 1914), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2001, 1246 p.

Farcy J-C., *L'histoire de la justice française de la Révolution à nos jours : trois décennies de recherches*, Paris, PUF, coll. Droit et justice, 2001, 494 p.

Foucart E-V., *Eléments de droit public et administratif, ou exposition méthodique des principes du droit public positif avec l'indication des lois à l'appui suivis d'un appendice contenant le texte des principales lois de droit public*, 4^e éd., Paris, A. Marescq et E. Dujardin, 1855-1856, 3 vol.

Fuzier-Herman E., *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, Paris, A. Marescq aîné, 1880, 625 p.

Garnot B., *Histoire de la Justice : France, XVIe-XXIe siècle*, Paris, Gallimard, 2009, 789 p.

Garnot B., *Histoire des juges en France : de l'Ancien Régime à nos jours*, Paris, Nouveau Monde éditions, 2014, 395 p.

Glasson E. D., Tissier A., *Traité théorique et pratique d'organisation judiciaire de compétence et de procédure civile*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1925-1936, 5 vol.

Guinchard S., Montagnier G., Varinard A., Debard T., *Institutions juridictionnelles*, 12^e éd., Paris, Dalloz, Précis, 2013, 1159 p.

- Halpérin J-L., *Le tribunal de cassation et les pouvoirs sous la révolution (1790-1799)*, Thèse, Paris, LGDJ, 1987, 294 p.
- Halpérin J-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, 2^e éd., Paris, PUF, 2012, 391 p.
- Hauriou A., *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5 éd., Paris, Montchrétien, 1972, 978 p.
- Hauriou M., *Précis de Droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, Recueil Sirey, 1929, 759 p.
- Heuschling L., *Etat de droit, Rechtsstaat, Rule of law*, thèse, Paris, Dalloz, 2002, 739 p.
- Hourquebie F., *Sur l'émergence du contre-pouvoir juridictionnel sous la Vème République*, thèse, Bruxelles, Bruylant, 2004, 678 p.
- Hufteu Y-L., *Le référé législatif et les pouvoirs du juge dans le silence de la loi*, Paris, PUF, 1965, 158 p.
- Jacquelin R., *Les principes dominants du contentieux administratif*, Paris, V. Giard & E. Brière, 1899, 348 p.
- Jousserandot L-E., *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France*, Paris, A. Maresq Ainé, 1878, 185 p.
- Julliot de la Morandière L., *Précis de droit civil*, Paris, Dalloz, 1956-1959, 4 vol.
- Kernaleguen F., *Institutions judiciaires*, 5^e éd., Paris, LexisNexis, 2012, 279 p.
- Krynen J., *L'Etat de justice en France, XIIIe-XXe siècle*, Paris, Gallimard, 2009-2012, 2 vol.
- Lesage M., *Les interventions du législateur dans le fonctionnement de la justice*, thèse, Paris, LGDJ, 1960, 339 p.
- Macarel L. A., *Eléments de droit politique*, Paris, Nève, coll. Librairie de la Cour de Cassation, 1833, 516 p.
- Macarel L. A., *Cours d'administration et de droit administratif professé à la Faculté de droit de Paris*, 2^e éd. et 3^e éd., Paris, Plon frères, 1852-1857, 4 vol.
- Mathias E., *Les procureurs du droit : De l'impartialité du ministère public en France et en Allemagne*, Paris, CNRS Editions, 1999, 288 p.
- Mathieu B., *Les « validations » législatives : pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, thèse, Paris, Economica, 1987, 329 p.
- Mathieu B., Verpeaux M. (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Actes de la septième journée d'études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne, en collaboration avec le parquet général de la Cour de cassation, 11 juin 2012, Paris, Dalloz, 2012, 160 p.
- Maulin E., *La théorie de l'Etat de Carré de Malberg*, Paris, PUF, 2003, 344 p.

Mellerey F. (dir.), *Autour de Léon Duguit*, Actes du colloque commémoratif du 150^e anniversaire de la naissance du doyen Léon Duguit à Bordeaux les 29-30 mai 2009, Bruxelles, Bruylant, 2011, 386 p.

Menegaldo S., Ribémont B. (dir.), *Le roi fontaine de justice : Pouvoir judiciaire et pouvoir royal au Moyen Âge et à la Renaissance*, Paris, Klincksieck, 2012, 322 p.

Mestre J-L., Favoreu L., et alii, *Droit constitutionnel*, 13^e éd., Paris, Dalloz, 2010, 1070 p.

Montesquieu, *De l'Esprit des lois* (reproduction du texte dans sa version de 1758), Paris, Gallimard, 1995, 2 vol.

Moreau F., *Précis élémentaire de droit constitutionnel : Organisation des pouvoirs publics*, 1^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1892, 547 p.

Normand J., *Le juge et le litige*, Paris, LGDJ, 1965, 227 p.

Odent R., *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, 2 vol.

Pacteau B., *Le Conseil d'Etat et la fondation de la justice administrative française au XIX^e siècle*, Paris, PUF, 2003, 264 p.

Pinon S. (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise, Paris, Montchrestien, 2009, 285 p.

Pluen O., *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, 990 p.

Richard G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, thèse, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, 856 p.

Rossi P., *Œuvres complètes de P. Rossi : publiées sous les auspices du gouvernement italien. Cours de droit constitutionnel professé à la faculté de droit de Paris*, Paris, Guillaumin, 1866-1867, 4 vol.

Rousseau D., *Droit du contentieux constitutionnel*, 10^e éd., Paris, LGDJ, 2013, 584 p.

Rousselet M., *Histoire de la magistrature française : des origines à nos jours*, Paris, Plon, 1957, 2 vol.

Royer J-P. et alii, *Histoire de la justice en France*, 4^e éd., Paris, PUF, 2010, 1305 p.

Sacriste G., *La république des constitutionnalistes : Professeurs de droit et légitimation de l'Etat en France (1870-1914)*, Paris, Presse de Science Po, 2011, 578 p.

Saint Girons A., *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire*, Paris, L. Larose, 1881, 583 p.

Saint Girons A., *Manuel de droit constitutionnel*, 2^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1885, 706 p.

Saulnier F., *Joseph-Barthélemy. 1874-1945. La crise du constitutionnalisme libéral sous la IIIe République*, thèse, Paris, LGDJ, 2004, 691 p.

Serrigny D., *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative, dans leurs rapports avec le droit civil*, 2^e éd., Paris, A. Durand, 1865, 3 vol.

Solus H., Perrot R., *Droit judiciaire privé*, Paris, Sirey, 1961-1991, 3 vol.

Thomas J., *L'indépendance du Conseil constitutionnel*, thèse, Paris, LGDJ, 2010, 446 p.

Touzeil-Divina M., *Eléments d'histoire de l'enseignement du droit public : la contribution du doyen FOUCART (1799-1860)*, texte remanié de la thèse de doctorat, Paris, LGDJ, 2007, 682 p.

Touzeil-Divina M., *La doctrine publiciste 1800-1880*, Paris, Ed. La Mémoire du droit, 2009, 309 p.

Troper M., *Terminer la Révolution : la Constitution de 1795*, Paris, Fayard, 2006, 778 p.

Valembos A-L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, thèse, Paris, LGDJ, 2005, 534 p.

Waline M., *Droit administratif*, 8^e éd., Paris, Sirey, 1959, 932 p.

Wallon H., *Histoire du tribunal révolutionnaire de Paris*, Paris, Hachette, 1880-1882, 6 vol.

Weidenfeld K., *Histoire du droit administratif*, Paris, Economica, 2010, 345 p.

4. 2. Articles

Alix J., « Quels visages pour le parquet en France ? », in C. Lazergues (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, pp. 67-84.

Alland D., « L'interprétation du droit international public », *Collected courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 362, 2014, pp. 41-394.

Alvazzi del Frate P., « La "justice par commissaires". Les conflits de juridictions et le principe du juge naturel sous l'Ancien Régime », *Crises*, vol. 1, 1994, pp. 53-59.

Ancel M., « Nécrologie – Henry Solus », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 33, n^o 4, oct.-déc. 1981, pp. 1043-1044.

Artur E., « Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions », *RDP*, t. XIII, 1900, pp. 214-246, pp. 470-496 ; *RDP*, t. XIV, 1900, pp. 34-64, p. 60, pp. 236-280, pp. 436-505 ; *RDP*, t. XVII, 1902, pp. 78-97, pp. 234-274, pp. 439-472 ; *RDP*, t. XX, 1903, pp. 415-502.

A. Bancaud, « Le paradoxe de la gauche française au pouvoir : développement des libertés judiciaires et continuité de la dépendance de la justice », *Droit et société*, n^o 44/45, 2000, pp. 61-81.

Beaud O., « La souveraineté dans la “Contribution à la théorie générale de l’Etat” de Carré de Malberg », *Revue du droit public*, n° 5, 1994, pp. 1251-1301.

Beaud O., « Carré de Malberg, juriste alsacien. La biographie comme élément d’explication d’une doctrine constitutionnelle », in O. Beaud, P. Wachsmann (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses universitaires de Strasbourg, coll. Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, nouvelle série, n° 1, 1997, pp. 219-253.

Beaud O., « La théorie générale de l’Etat (Allgemeine Staatslehre) en France. Quelques notations sur un dialogue contrarié », in O. Beaud, E. V. Heyen (dir.), *Eine deutsch-französische Rechtswissenschaft ? Une science juridique franco-allemande*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1999, pp. 83-109.

Beaud O., « Joseph Barthélemy ou la fin de la doctrine classique », *Droits*, vol. 32, 2000, pp. 89-108.

Bigot G., « La théorie du ministre-juge : endoscopie d’une fiction juridique », in G. Bigot, M. Bouvet (dir.), *Regards sur l’histoire de la justice administrative*, journées d’études du Centre d’histoire du droit de l’Université de Rennes 1, Paris, Litec, 2006, pp. 229-255.

Bigot G., « Barthélemy Joseph », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 42-44.

Bigot G., « Duez Paul », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 267-268.

Bigot G., « Henry Berthélemy ou la tradition du libéral-étatisme », in N. Hakim et F. Mellerey (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 199-213.

Billard J., « La justice dans la limitation des pouvoirs », *Philosophie politique*, n° 9, 1996, pp. 51-66.

Bonis-Garçon E., Décima O., « Le parquet et les sirènes de l’indépendance », *La semaine juridique Edition générale*, n° 17, 2013, pp. 460 et s.

Boucobza I., « Conseil supérieur de la magistrature en France et en Italie : les enseignements tirés des débats actuels », in *L’indépendance de la magistrature en France et en Italie*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 1998, *La revue juridique des barreaux*, 1999, pp. 27-65.

Boucobza I., « L’indépendance de la justice et l’indifférence des juristes français », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L’indépendance de la justice*, Actes de la journée d’étude de l’Institut d’Etudes de Droit public du 19 novembre 2010, Paris, L’Harmattan, 2011, pp. 15-31.

Boucobza I., « Un concept erroné, celui de l’existence d’un pouvoir judiciaire », *Pouvoirs*, n° 143, 2012, pp. 73-87.

Bredin J-D., « Qu’est-ce que l’indépendance du juge ? », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, pp. 161-166.

Burdeau R., « Raymond Carré de Malberg. Son œuvre, sa doctrine », *RDP*, 1935, pp. 354-381.

Cabanis A., Devaux O., « Sièges et parquets en France (XIXe-XXe siècle) », in J-C. Gaven, J. Krynen (dir.), *Les désunions de la magistrature (XIXe-XXe siècles)*, Toulouse, Presse de l’Université Toulouse 1 Capitole, 2012, pp. 277-297.

Calandri L., « L'indépendance de la justice administrative face aux autorités administratives indépendantes : continuité ou discontinuité ? », in J. Aspiro-Sedky, G. Delmas, S. Robbe (dir.), *L'indépendance de la justice*, Actes de la journée d'étude de l'Institut d'Etudes de Droit public du 19 novembre 2010, Paris, L'Harmattan, 2011, pp. 163-219.

Cédras J., « La spécificité du juge d'instruction français au sein des procédures pénales européennes », *Revue internationale de droit pénal*, vol. 81, n° 1, 2010, pp. 233-245.

Charpenel Y., Rousseau D., Soulez-Larivière D., « Le statut du Parquet », *Constitutions*, 2011, pp. 295 et s.

Clère J-J., « Malheurs et malaises de la magistrature française au début de la IIIe République (1870-1914) », in *Le bonheur est une idée neuve : hommage à Jean Bart*, Dijon, Centre Georges Chevrier, 2000, pp. 65-110.

Clère J-J., « Colmet-Daâge Gabriel-Frédéric », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 197.

Clère J-J., « Foucart Emile-Victor », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 340.

Clère J-J., « Macarel Louis-Antoine », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 525-526.

Clère J-J., « Serrigny Denis », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 709-710.

Conac G., « Adhémar Esmein, théoricien du système constitutionnel américain », *Mélanges offerts à Patrice Gélard*, Paris, Montchrétien, 2000, pp. 13-23.

Cuvelier C., Huet D., Janssen-Bennynck C., « La science française du droit constitutionnel et le droit comparé : les exemples de Rossi, Barthélemy et Mirkine-Guetzévitch », *Revue du droit public*, n° 6, 2014, pp. 1534-1577.

Debbasch C., « L'indépendance de la justice », in *Au carrefour des droits : Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 27-33.

Delmas-Goyon P., « L'indépendance interne », *Les cahiers de la justice (Être magistrat dans la cité entre légitimes attentes et tentations démagogiques)*, n° 2, 2007, pp. 79-88.

Disant M., « Le Conseil constitutionnel, la TVA sur les péages autoroutiers et l'autorité de la chose jugée par le Conseil d'Etat : à propos de la décision 2005-531 DC du 29 décembre 2005 », *RFDA*, n° 3, 2006, pp. 497 et s.

Duguit L., « La séparation des pouvoirs et l'Assemblée nationale de 1789 », *Revue d'économie politique*, tome VII, février, avril et juin 1893, pp. 99-132 ; pp. 336-372 et pp. 567-615.

Dupeyroux O., « L'indépendance du Conseil d'Etat statuant au contentieux », *Revue du droit public*, 1983, pp. 565-629.

Eisenmann C., « L'Esprit des lois et la séparation des pouvoirs », in *Mélanges Carré de Malberg*, Paris, Sirey, 1933, pp. 165-192.

Eisenmann C., « La pensée constitutionnelle de Montesquieu », in B. Mirkin-Guetzevitch, H. Puget (dir.), *La pensée politique et constitutionnelle de Montesquieu. Bicentenaire de l'Esprit des lois (1748-1948)*, Paris, Sirey, 1952, pp. 133-160.

Eisenmann C., « La théorie des fonctions de l'Etat chez Carré de Malberg », in *Relation des journées d'études en l'honneur de Carré de Malberg* (Strasbourg, organisées par la Faculté de Droit et des Sciences Politiques et Economiques de Strasbourg, 1961), Paris, Dalloz, 1966, pp. 49-77.

Esmein A., « La question de la juridiction administrative devant l'Assemblée constituante », *Jahrbuch des öffentlichen Rechts*, vol. 5, 1911, pp. 3-42.

Fourment F., « Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5^e sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre », *Dalloz*, n° 1, 2011, pp. 26 et s.

Foyer J., « La justice : histoire d'un pouvoir refusé », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, pp. 17-29.

Frison-Roche M-A., « L'impartialité du juge », *Dalloz*, n° 6, 1999, pp. 53-57.

Garapon A., Epineuse H., « Judicial Independence in France », in A. Seibert-Fohr (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, pp. 273-305.

Georgel J., « La dépendance de la magistrature en France », in *Présence du droit public et des droits de l'Homme : Mélanges Velu*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 1992, pp. 845-855.

Gonod P., « Ducrocq Théophile », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, p. 267.

Guastini R., « Les pouvoirs de l'Etat : séparation ou balance des pouvoirs ? » in *Leçons de théorie constitutionnelle*, traduit et présenté par V. Champeil-Desplats, Paris, Dalloz, 2010, pp. 147-161.

Guglielmi G. J., « Emile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif », *RDP*, vol. 2, 1996, pp. 1291-1318.

Guinchard S., « Indépendance et impartialité du juge. Les principes de droit fondamental », in J. van Compernelle, G. Tarzia (dir.), *L'impartialité du juge et de l'arbitre : Etude de droit comparé*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 3-62.

Halpérin J. L., « Les décrets d'annulation des jugements sous la Convention », in M. Vovelle (éd.), *La révolution et l'ordre juridique privé, rationalité ou scandale ?*, actes du colloque d'Orléans 11-13 septembre 1986, t. 2, Paris, CNRS, 1988, pp. 457-468.

Halpérin J-L., « Haro sur les hommes de loi », *Droits. Revue française de théorie juridique*, 1993, n° 17, pp. 55-65.

Halpérin J-L., « 1789-1815 : un quart de siècle décisif pour les relations entre la Justice et le Pouvoir en France », *Justices*, n° 3, janvier/juin 1996, pp. 13-23.

Halpérin J-L., « Adhémar Esmein et les ambitions de l'histoire du droit », *RHD*, 1997, pp. 415-433.

Halpérin J-L., « De l'histoire au droit constitutionnel », in S. Pinon (dir.), *Le droit constitutionnel d'Adhémar Esmein*, Actes du colloque « Le droit constitutionnel d'Adhémar

Esmein » tenu le 26 janvier 2007 à l'Université de Cergy Pontoise, Paris, Montchrestien, 2009, pp. 45-53.

Hanisch T., « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, pp. 131-165.

Heuschling L., « §28. Wissenschaft vom Verfassungsrecht : Frankreich », in A. von Bogdandy, P. Cruz Villalón, P. M. Huber (dir.), *Handbuch Ius Publicum Europaeum*, vol. II (*Offene Staatlichkeit – Wissenschaft vom Verfassungsrecht*), Heidelberg, C.F. Müller, 2007, pp. 491-523.

Heuschling L., « Why should judges be independent ? Reflections on Coke, Montesquieu and the French Tradition of Judicial Dependence », in D. Baranger, K. Ziegler, A. W. Bradley (eds.), *Constitutionalism and the Role of Parliaments*, Oxford, Hart, 2007, pp. 199-223.

Heuschling L., « “Effectivité”, “efficacité”, “efficience” et “qualité” d'une norme/du droit. Analyse des mots et des concepts », in M. Fatin-Rouge Stefanini, L. Gay, A. Vidal-Naquet (dir.), *L'efficacité de la norme juridique, nouveau vecteur de la légitimité ?*, Actes du colloque organisé à Aix-en-Provence par l'Institut Louis Favoreu (5 et 6 novembre 2010), Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 27-59.

Hourquebie F., « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la justice*, n° 2, 2012, pp. 41-61.

Hourquebie F., « L'institution du parquet au sein du pouvoir judiciaire », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du Parquet*, Paris, Dalloz, 2012, pp. 15-28.

Jouanjan O., « Histoire de la science du droit constitutionnel », in D. Chagnollaud, M. Troper (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, tome 1, Paris, Dalloz, 2012, pp. 69-111.

Jouannet E., « Actualité des questions d'indépendance et d'impartialité des juridictions internationales : La consolidation d'un tiers pouvoir international ? », in H. Ruiz Fabri, J-M. Sorel (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, pp. 271-302.

Lavau G., « Le juge et le pouvoir politique », in Centre de sciences politiques (éd.), *La justice*, Paris, PUF, 1961, pp. 59-92.

Lenoble J., « Crise du juge et transformation nécessaire du droit », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 139-156.

Lyon-Caen P., « Vers un parquet indépendant ? », *Dalloz*, n° 20, 2013, pp. 1359 et s.

Machelon J-P., « L'épuration républicaine : La loi du 30 août 1883 », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, pp. 87-100.

Marguénaud J-P., « Tempête sur le Parquet : comm. sous CEDH, 5^e section, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2009, pp. 176 et s.

Martinage R., « L'épuration sous les régimes monarchiques », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, pp. 33-56.

Matsopoulou H., « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », commentaire sous CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, requête n° 3394/03 : Medvedyev et a. c/ France, *Gazette du Palais*, n° 117, 27 avril 2010, pp. 15 et s.

Maulin E., « Carré de Malberg Raymond », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 164-166.

Melleray F., « Léon Duguit : L'Etat détrôné », in N. Hakim, F. Melleray (dir.), *Le renouveau de la doctrine française : Les grands auteurs de la pensée juridique au tournant du XXe siècle*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 215-262.

Mestre J. L., « Les emplois initiaux de l'expression "droit constitutionnel" », *Revue française de droit constitutionnel*, vol. 3, n° 55, 2003, pp. 451-472.

Milano L., « Les lois rétroactives, illustration de l'effectivité du dialogue des juges », *RFDA*, n° 3, 2006, pp. 447 et s.

Milet M., « Duguit Léon », in P. Arabeyre, J-L. Halpérin, J. Krynen (dir.), *Dictionnaire historique des juristes français XIIe-XXe siècle*, Paris, PUF, 2007, pp. 271-273.

Pinon S., « Regard critique sur les leçons d'un « maitre » du droit constitutionnel. Le cas Adhémar Esmein (1848-1913) », *RDP*, n° 1, 2007, pp. 193-229.

Pinon S., « Léon Duguit face à la doctrine constitutionnelle naissante », *RDP*, n° 2, 2010, pp. 523-548.

Raysséguier C., « le "Parquet à la française" : tensions et apaisements », *Constitutions*, 2011, pp. 281 et s.

Rémy P., « La part faite au juge », *Pouvoirs*, vol. 4, n° 107, 2003, pp. 22-36.

Renoux T., « Le statut des magistrats comme garant de la démocratie », in S. Gaboriau, H. Pauliat (dir.), *Justice et démocratie*, Limoges, PULIM, 2003, pp. 59-79.

Renoux T., « Regard de la doctrine », in B. Mathieu, M. Verpeaux (dir.), *Le statut constitutionnel du parquet*, Actes de la septième journée d'études du Centre de recherche en droit constitutionnel de l'Université Panthéon-Sorbonne, en collaboration avec le parquet général de la Cour de cassation, 11 juin 2012, Paris, Dalloz, 2012, pp. 71-76.

Renucci J-F., « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *Dalloz*, n° 9, 2009, pp. 600 et s.

Renucci J-F., « L'affaire Medvedyev devant la grande chambre : les "dits" et les "non-dits" d'un arrêt important », *Dalloz*, n° 22, 2010, pp. 1386 et s.

Renucci J-F., « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *Dalloz*, n° 4, 2011, pp. 277 et s.

Robert M., « L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 3, n° 32, 2011, pp. 29-43.

Robert M., « L'avenir du ministère public français », *AJ pénal*, n° 3, 2011, pp. 115 et s.

Roblot-Troizier A., « Validation législative : le Conseil constitutionnel se soumet pour renforcer l'autorité de sa jurisprudence », *RFDA*, n° 3, 2014, pp. 589 et s.

Roets D., « Le manque d'indépendance du ministère public français à l'égard de l'exécutif et des parties : un obstacle à l'exercice de certaines fonctions », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2011, pp. 208 et s.

Rousseau D., « Les évolutions de la Ve République : la place du juge constitutionnel », in *La Ve République, permanence et mutations, Cahiers français* (La documentation française), n° 300, 2001, pp. 39-47.

Rousseaux X., « Le “moment révolutionnaire” (1789-1815) », in F. Chauvaud (dir.), *Le sanglot judiciaire. La désacralisation de la justice*, Grâne, Créaphis, 1999, pp. 71-86.

Roussel V., « L'indépendance de la magistrature comme ressource et comme enjeu », in *L'indépendance de la magistrature en France et en Italie*, Actes du colloque des 3 et 4 avril 1998, *La revue juridique des barreaux*, 1999, pp. 127-135.

Royer J-P., « Les épurations judiciaires de 1789 à 1815 », in *L'épuration de la magistrature de la Révolution à la libération : 150 ans d'histoire judiciaire*, Colloque des 4 et 5 décembre 1992 organisé par l'Association française pour l'histoire de la justice, Paris, Loysel, 1994, pp. 11-32.

Sarda F., « L'intervention du pouvoir dans les instances judiciaires », *Pouvoirs*, n° 16, 1981, pp. 69-78.

Seif U., « Droit et Justice retenue : Sur les origines de la garantie du “juge naturel” en dehors des théories de la séparation des pouvoirs du XVIIe au XIXe siècle », *Revue historique de droit français et étranger*, vol. 83, n° 2, 2005, pp. 215-245.

Soulez-Larivière D., « Le problème du ministère public français », *AJ pénal*, n° 3, 2011, pp. 112 et s.

Stirn B., « Conseil d'Etat. Organisation – Fonctionnement », *Jurisclasseur administratif*, fasc. 1020, 2011, 24 p.

Sudre F., « Le glas du parquet, comm. sous CEDH, 23 novembre 2010, n° 37104/06, Moulin c/ France », *La Semaine juridique Edition générale*, n° 49, 6 décembre 2010, pp. 1206 et s.

Terré F., « Crise du juge et philosophie du droit : synthèse et perspectives », in J. Lenoble (éd.), *La crise du juge*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 157-168.

Théron J-P., « De l'indépendance du juge judiciaire dans la doctrine française », *Gazette du palais*, 18 novembre 1976, pp. 647-652.

Thierry P., « L'indépendance du juge administratif de premier degré », in M. Clapié, S. Denaja, P. Idoux (dir.), *Indépendance(s) : Etudes offertes au Professeur Jean-Louis Autin*, vol. 2, Montpellier, Presses de la Faculté de droit et Science politique de Montpellier, 2012, pp. 1321-1332.

Timsit G., « M. Le Maudit. Relire Montesquieu », in *Mélanges René Chapus : droit administratif*, Paris, Montchrétien, 1992, pp. 617-632.

Timsit G., « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXVIII, n° 117, 2000, pp. 83-94.

Timsit G., « Le concept de procès équitable ou la place du Tiers en droit entre le zéro et l'infini », in M. Delmas-Marty, H. Muir-Watt, H. Ruiz Fabri (dir.), *Variations autour d'un droit commun. Premières rencontres de l'UMR de droit comparé*, Paris, Société de législation comparée, 2002, pp. 25-42.

Troper M., « Charles Eisenmann contre le mythe de la séparation des pouvoirs », *Cahiers de philosophie politique*, n° 2-3, 1985, pp. 67-79.

Troper M., « Séparation des pouvoirs », in P. Raynaud, S. Rials (dir.), *Dictionnaire de philosophie politique*, Paris, PUF, 1996, pp. 708-714.

Troper M., « Montesquieu en l'an III », *Revue Montesquieu*, n° 2, 1998, pp. 89-105.

Troper M., « La question du pouvoir judiciaire en l'an III », in O. Cayla, M-F. Renoux-Zagamé (éd.), *L'office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 117-136.

Vergès E., « Politique pénale et action publique : la difficile conciliation du modèle français de ministère public et des standards européens », *RSC*, n° 3, 2013, pp. 605 et s.

Vlachos G., « Le pouvoir judiciaire dans "l'Esprit des Lois" », in *Mélanges en l'honneur du professeur Michel Stassinopoulos*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 363-376.

Wright V., « L'épuration du Conseil d'Etat en juillet 1879 », *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, oct.-déc. 1972, pp. 621-653.

Wright V., « The coup d'Etat of December 1851. Repression and the Limits of the Repression », in R. Price (éd.), *Revolution and Reaction : 1848 and the Second French Republic*, Londres, Croom Helm, 1975, pp. 303-333.

Wright V., « Jousserandot (Louis-Etienne) », in *Les préfets de Gambetta*, Paris, PUPS, 2007, pp. 254-257.

4. 3. Sources en ligne

Alvazzi del Frate P., « La "justice par commissaires". Les conflits de juridictions et le principe du juge naturel sous l'Ancien Régime », *Crises*, vol. 1, 1994, pp. 53-59. Disponible sur : <http://alvazzidelfrate.weebly.com/uploads/2/5/3/4/25343223/334882-justice-par-commissaires.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

Beaud O., « Fragments d'une théorie de la citoyenneté chez Carré de Malberg », *Jus Politicum*, n° 8, 2012. Disponible sur : http://juspoliticum.com/IMG/pdf/JP8_Beaud_PDF_corr01.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Chopplet A., *Adhémar Esmein et le droit constitutionnel de la liberté*, thèse, Reims, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2012, 635 p. Disponible sur : <http://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&ved=0CCcQFjAB&url=http%3A%2F%2Fwww.theses.fr%2F2012REIMD004%2F2Fabes&ei=eSG9VMH0E8-xaZ-CgvAK&usq=AFQjCNGy5QZ384EPAjhVakWHS-3IVsO-5w&bvm=bv.83829542,d.d2s> (date de consultation : 24/11/2015).

Colson R., *La fonction de juger : Etude historique et positive*, Thèse, Paris, LGDJ, 2006, 348 p. Disponible sur : <https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00402659/document> (date de consultation: 24/11/15).

Granger M-A., « Le parquet, une autorité judiciaire indépendante ? », VIIIème Congrès national de Nancy, 2011, Association française de droit constitutionnel, 27 p. Disponible sur : <http://www.droitconstitutionnel.org/congresNancy/comN6/grangerT6.pdf> (date de consultation : 24/11/15).

Guglielmi G. J., « Emile-Victor Foucart, ou le sacerdoce du droit public et administratif », *RDP*, vol. 2, 1996, pp. 1291-1318. Disponible sur : <http://www.guglielmi.fr/IMG/pdf/FOUCART.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

Hanisch T., « La puissance de juger chez Montesquieu face à la tradition juridique anglaise », *Annuaire de l'Institut Michel Villey*, vol. 2, 2010, pp. 131-165. Disponible sur : http://www.droitphilosophie.com/upload/files/pdf/14108169098Villey_1a266Hanisch.pdf (date de consultation: 24/11/15).

Heuschling L., « De l'intérêt de la théorie, de la théorie générale de l'Etat, de la théorie constitutionnelle : A propos d'un livre récent de Matthias Jestaedt », *Jus Politicum*, n° 5, 2011. Disponible sur : <http://www.juspoliticum.com/De-l-interet-de-la-theorie-de-la.html> (date de consultation: 24/11/15).

Hourquebie F., « L'indépendance de la justice dans les pays francophones », *Les cahiers de la justice*, n° 2, 2012, pp. 41-61. Disponible en ligne : http://www.collegejuridique.ro/dyn_doc/05_Hourquebie%20Cahiers%20de%20la%20justice.pdf (date de consultation : 24/11/15)

Pluen O., *L'inamovibilité des magistrats : un modèle ?*, thèse, Paris, Université Panthéon-Assas, 2011, 990 p. Disponible sur : <https://docassas.u-paris2.fr/nuxeo/site/esupversions/0c5bec53-71c8-4569-91b3-3f5e0f4e0143> (date de consultation: 24/11/15).

Richard G., *Enseigner le droit public à Paris sous la Troisième République*, thèse, Paris, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 2013, 856 p. Disponible sur : <https://bdr.u-paris10.fr/theses/internet/2013PA100156.pdf> (date de consultation : 24/11/15).

Sacriste G., « La genèse du droit constitutionnel sous la Troisième République. Des usages de l'hétéronomie dans l'autonomisation d'une discipline académique », Congrès AFSP, Strasbourg, 2011. Disponible sur : <http://www.afsp.info/congres2011/sectionthematiques/st1/st1sacriste.pdf> (date de consultation: 24/11/15).

Serrand P., « Administrer et gouverner », *Jus Politicum*, n° 4, 2010. Disponible sur : <http://www.juspoliticum.com/Administrer-et-gouverner-Histoire.html> (date de consultation: 24/11/15).

Timsit G., « La métaphore dans le discours juridique », *Revue européenne des sciences sociales*, t. XXXVIII, n° 117, 2000, pp. 83-94. Disponible sur : <http://ress.revues.org/712?lang=en> (date de consultation: 24/11/15).

5. LA CONCEPTUALISATION DE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE EN DROIT AMERICAIN, ISRAELIEN ET ITALIEN

5. 1. Ouvrages

Gerber S. D., *A distinct judicial power: The Origins of an Independent Judiciary 1606-1787*, Oxford, Oxford University Press, 2011, 413 p.

5. 2. Articles

Boucobza I., « Le parquet dans la magistrature : Analyse des controverses en France et en Italie », *Laboratoire italien : Politique et société*, vol. 2, 2001, pp. 109-126.

Boucobza I., « Italie : Indépendance du parquet. Le cas de l'opération mani pulite », *Mouvements*, vol. 4, n° 29, 2003, pp. 36-40.

Pizzorusso A., « Les rapports entre politique et justice en Italie de l'après-guerre à nos jours » (trad. M-C. Ponthoreau, S. Landi), in J-L. Briquet, M-C. Ponthoreau (dir.), *Laboratoire italien : Politique et société, Magistrature et politique*, n° 2, 2001, pp. 55-69.

Shetreet S., « Judicial Independence and Accountability in Israel », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 33, 1984, pp. 979-1012.

Salzberger E. M., « A positive analysis of the doctrine of separation of powers or : Why do we have an independent judiciary ? », *International Review of Law and Economics*, vol. 13, 1993, pp. 349-379.

6. LA CONCEPTUALISATION DE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE EN DROIT INTERNATIONAL ET EN DROIT EUROPEEN

6. 1. Ouvrages, thèses

Zimmermann D., *The independence of international courts : the adherence of the international judiciary to a fundamental value of the administration of justice*, Baden-Baden, Nomos, 2014, 597 p.

Kuijer K., *The blindfold of Lady Justice : judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, thèse, Leyde, E. M. Meijers Instituut, 2004, 497 p.

Müller L. F., *Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK : Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention und spezifische Probleme in den östlichen Europaratsstaaten*, Berlin, Duncker & Humblot, 2015, 329 p.

Ruiz Fabri H., Sorel J-M. (dir.), *Indépendance et impartialité des juges internationaux*, Paris, A. Pedone, 2010, 302 p.

6. 2. Articles

Fourment F., « Après l'affaire *Moulin* (CEDH, 5^e sect., 23 nov. 2010), encore du grain à moudre », *Dalloz*, n° 1, 2011, pp. 26 et s.

Huppé L., « Les déclarations de principes internationales relatives à l'indépendance judiciaire », *Les Cahiers de droit*, vol. 43, n° 2, 2002, pp. 299-326.

Marguénaud J-P., « Tempête sur le Parquet : comm. sous CEDH, 5^e section, 10 juillet 2008, *Medvedyev c/ France* », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n° 1, 2009, pp. 176 et s.

Matsopoulou H., « Plaidoyer pour l'indépendance fonctionnelle des magistrats du parquet », commentaire sous CEDH, Grande ch., 29 mars 2010, requête n° 3394/03 : *Medvedyev et a. c/ France*, *Gazette du Palais*, n° 117, 27 avril 2010, pp. 15 et s.

Müller L. F., « Judicial Independence as a Council of Europe Standard », *German Yearbook of international law*, vol. 52, 2009, pp. 461-485.

Renucci J-F., « Un séisme judiciaire : pour la Cour européenne des droits de l'Homme, les magistrats du parquet ne sont pas une autorité judiciaire », *Dalloz*, n° 9, 2009, pp. 600 et s.

Renucci J-F., « L'affaire *Medvedyev* devant la grande chambre : les "dits" et les "non-dits" d'un arrêt important », *Dalloz*, n° 22, 2010, pp. 1386 et s.

Renucci J-F., « La Cour européenne persiste et signe : le procureur français n'est pas un magistrat au sens de l'article 5 de la Convention », *Dalloz*, n° 4, 2011, pp. 277 et s.

Robert M., « L'autorité judiciaire, la Constitution française et la Convention européenne des droits de l'homme », *Les Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, vol. 3, n° 32, 2011, pp. 29-43.

Shetreet S., « The emerging transnational jurisprudence of judicial independence : the IBA Standards and Montreal Declaration », in S. Shetreet, J. Deschênes (eds), *Judicial Independence : The Contemporary Debate*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 393-402.

Sudre F., « Le glas du parquet, comm. sous CEDH, 23 novembre 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France* », *La Semaine juridique Edition générale*, n° 49, 6 décembre 2010, pp. 1206 et s.

7. LA CONCEPTUALISATION DE L'INDEPENDANCE DE LA JUSTICE EN DROIT COMPARE

7. 1. Ouvrages

Burbank S. B., Friedman B. (eds.), *Judicial independence at the crossroads: an interdisciplinary approach*, Thousand Oaks, Sage Publications, 2002, 302 p.

Lazergues C. (dir.), *Figures du parquet*, Paris, PUF, 2006, 275 p.

Russell P. H., D. M. O'Brien (eds), *Judicial independence in the age of democracy : critical perspectives from around the world*, Londres, University Press of Virginia, 2001, 325 p.

Seibert-Fohr A. (dir.), *Judicial independence in transition*, Heidelberg, Springer, 2012, 1378 p.

Shapiro M., *Courts : a comparative and political analysis*, Londres, The University of Chicago Press, 1981, 245 p.

7. 2. Articles

Salas D., « Parquets européens entre pouvoir judiciaire et politiques pénales », *Droit et société*, 2010, n° 74, pp. 92-94.

INDEX

A

Acherley R.	345, 347.
Alibert R.	656.
Anson W. R.	86, 328, 330.
Arnold (affaire du meunier)	409, 410, 416, 745.
Artur E.	680, 683.

B

Bacon F.	129, 140, 161, 162, 268, 269, 270.
Barthélemy J.	412, 667, 711, 714.
Berthélemy H.	683.
Bill of Rights	89, 150, 297, 312.
Blackstone W.	104, 126, 179, 315, 346, 351, 352, 353.
Bonfils H.	705.
Bouchéné-Lefer A-G-D.	683.
Bredin J-D.	52, 582, 702, 716.
Buchanan G.	200, 217, 230, 234, 248, 399.

C

Camden W.	182, 185, 188, 189, 190, 191, 204, 251, 252, 253.
Carré de Malberg R.	655, 663, 668, 678, 709, 719, 720, 722.
Coke E.	139, 140, 160, 161, 162, 163, 256, 258, 261, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 281, 283, 286, 289, 292, 293, 294, 746.
Commendes (affaire des Commendes)	113, 162, 269, 273.

Concept I A (1)	52,	168,	178,	186,	214,	261,	296,	359,	399,	406,	409,	429,	432,			
	450,	462,	486,	496,	513,	540,	556,	559,	560,	702,	703,	704,	722,	739,	745.	
Concept I A (2)	54,	55,	56,	503,	539,	556,	560,	702,	703,	715,	722,	734,	739,	741.		
Concept I B						58,	59,	60,	319,	325,	349,	361,	399,	405,		
	426,	429,	434,	450,	469,	496,	502,	513,	556,	559,	560,	680,	694,	739,	743	
Concept I C				62,	63,	64,	504,	555,	556,	560,	739,	741,	742.			
Concept II A (1) a														69,	70,	
	186,	222,	261,	296,	344,	353,	363,	390,	394,	399,	401,	405,	406,	411,	411,	
	427,	429,	430,	450,	456,	496,	559,	566,	572,	703,	710,	722,	740,	742,	746.	
Concept II A (1) b									72,	438,	441,	487,	497,	559.		
Concept II A (1) c														74,	75,	
	406,	426,	429,	436,	438,	444,	450,	483,	487,	496,	497,	559,	703,	717,	722.	
Concept II A (2)					77,	353,	363,	390,	393,	394,	401,	740,	741,	742.		
Concept II B (1)	80,	84,	349,	353,	354,	399,	427,	429,	435,	450,	475,	496,	559,	572,	747.	
Concept II B (2)	83,	359,	363,	390,	396,	401,	499,	503,	525,	556,	560,	739,	740,	742,	742.	
Concept normatif	369,	370,	371,	390,	392,	533,	534,	535,	536,	537,	556,	561,	740.			
Conseil aulique impérial													404,	405.		
Conseil constitutionnel																<i>voir Cour constitutionnelle</i>
Cour constitutionnelle									530,	531,	546,	606,	697,	727.		

D

Dallison C.															182,
	205,	206,	207,	208,	209,	221,	223,	224,	225,	233,	235,	236,	237,	238,	243.
De Pansey H.															712.
Dicey A. V.										58,	319,	324,	350,	367.	
Ducrocq T.										664,	680,	682,	683,	691,	707.
Duguit L.												655,	677,	680,	703.

E

Edouard IV 95, 152.
 Esmein A. 655, 668, 670, 680, 683, 701.

F

Feuerbach P. J. A. von 411, 417, 447, 475, 747.
 Fons justitiae 103, 104, 106, 107, 120, 164, 166, 204, 270, 303, 328, 407, 459
 Fontaine de justice *voir Fons justitiae*
 Fortescue J. 182, 193, 196, 197, 216, 241, 245, 247, 399, 746.
 Foucart E-V. 683, 691.
 Fouquet (affaire) 567, 745.
 Frédéric II 409, 411, 746.

G

Gerber C. F. W. von 463, 485.
 Guinchard S. 33, 54, 621, 671, 716.

H

Hallam H. 331.
 Hauriou M. 655.
 Hearn W. 80, 119, 120, 177, 316, 327, 329, 330, 354, 747.
 Holdsworth W. 99, 100, 110, 119, 122, 123, 134, 137, 158, 255, 323.
 Hooker G. 182, 185, 201, 202, 203, 204, 251, 253, 399, 746.
 Hourquebie F. 36, 41, 50, 696, 697, 698, 699, 702, 739.
 Hunton P. 182, 185, 218, 219, 233.

I

Impartialité 31, 32, 33, 34, 35, 50,
56, 125, 142, 172, 173, 175, 216, 286, 290, 324, 361, 374, 698, 699, 733.

J

Jacques Ier 101, 113, 114, 123,
125, 129, 140, 158, 160, 161, 163, 188, 267, 268, 269, 270, 282, 292, 293.

Jellinek G. 446.

Jousserandot L-E. 662, 680, 683, 715, 734.

K

Kabinettsjustiz 406, 407, 408, 409, 410, 411.

Klüber J. L. 411, 418, 446, 447, 471, 476, 477, 478, 479, 480, 482, 747.

L

Laband P. 421, 462, 463, 464, 465, 466, 472, 474, 485, 559, 745.

Lilburne J. 182, 226, 227, 238, 239, 247.

Locke J. 183, 351.

M

Macarel L-A. 664, 680, 682, 705, 711, 717.

Machtsprüche 406, 407, 408, 409, 410, 411.

Maurenbrecher R. 447, 460, 482, 559.

Ministère public *voir Parquet*

Mohl R. von 461, 467, 489, 490, 492, 494.

Montesquieu 179, 351, 408, 448, 453,
563, 566, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 593, 693, 725, 729, 733, 746, 747.

Moreau F. 680, 683.

P

Parlements de l'Ancien Régime													630,	650.		
Parquet	9,	40,	41,	42,	465,	590,	622,	623,	628,	629,	645,	646,				
	647,	650,	662,	663,	676,	684,	685,	686,	687,	704,	705,	708,	726,	727,	745.	
Peacham (affaire Peacham)													139,	140,	268,	269.
Perrot R.													656,	661,	680.	
Pfeiffer B. W.													446,	472,	474.	
Pouvoir nul																467.
Prohibition Del Roy (affaire Prohibition Del Roy)													286,	289,	292,	294.

R

Rönne L. von							75,	446,	459,	460,	467,	473,	486				
Rossi P.															654,	670,	683.
Rotteck K. von																	
	421,	452,	453,	453,	454,	455,	456,	457,	458,	467,	474,	481,	489,	559,	746.		

S

Saint Girons A.																		661,	663,	680,	683,	711,	717.															
Saint Prix F. B.																								654,	683.													
Schulze H.							58,	471,	472,	473,	474,	492,	493,	494,	515.																							
Serrigny D.																									682,	717.												
Shetreet S.																																						
	17,	18,	19,	20,	21,	22,	26,	45,	355,	356,	357,	358,	359,	360,	739.																							
Sidney A.																										182,	210,	211,	212,	213,	220,	233,	242,	249.				
Solus H.																																		656,	661,	680.		
Soumission au droit							52,	55,	233,	254,	348,	354,	448,	462,	467,	468.																						
Stahl F. J.																																				446.		
Stubbs W.																																				104,	106,	107.

T

Tissier A.	680, 705.
Todd A.	104, 111, 298.
Trevelyan G. M.	316, 322, 323.
Tribunal de la Chambre impériale	404, 405.
Troisième Reich	506, 507, 508, 509, 523.
Trolley A.	664, 683.

W

Waline M.	656.
Welcker C. T.	452, 454, 489, 494.

Z

Zachariä C. S.	471.
----------------	------

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
PRINCIPALES ABREVIATIONS	5
SOMMAIRE	7
INTRODUCTION	9
Chapitre préliminaire : Une grille de lecture : une typologie des sens de l'indépendance	23
Section 1 : Aperçu des essais de théorisation de la doctrine : « coup de projecteur » sur deux typologies	23
§1. La typologie de Shimon Shetreet	24
§2. La typologie d'Eli Salzberger	27
Section 2 : Les défis d'une typologie des concepts de l'indépendance	30
§1. Les qualificatifs juxtaposés au mot « indépendance »	31
§2. Le champ sémantique entourant le mot « indépendance »	32
§3. Les mécanismes garantissant l'indépendance	35
§4. L'obscurité du mot « justice »	36
§5. La multiplicité des bénéficiaires et des ennemis de l'indépendance	38
Section 3 : Une typologie possible des sens de l'indépendance : définition de cinq méga-concepts	39
§1. Les trois méga-concepts d'indépendance ayant le juge pour sujet	42
A. Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence	42
(1) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors	42
(2) Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans	45
B. Le juge doit jouir d'une protection statutaire	46
C. Le juge doit avoir les conditions de travail nécessaires pour accomplir sa fonction juridictionnelle	48
§2. Les deux méga-concepts d'indépendance ayant l'institution judiciaire pour sujet	49
A. Les organes judiciaires (et seulement les organes judiciaires) doivent remplir la fonction juridictionnelle (et seulement la fonction juridictionnelle)	50
(1) Les organes judiciaires doivent remplir la fonction juridictionnelle de façon souveraine, entièrement et exclusivement	50
a. Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas exercer tout ou partie de la fonction juridictionnelle	51
b. Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas faire obstacle à l'exercice de la fonction juridictionnelle	52
c. Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas intervenir sur une décision de justice revêtue de l'autorité de la chose jugée	53
(2) Les organes judiciaires ne doivent pas exercer des fonctions (ou participer à l'exercice de fonctions) autres que la fonction juridictionnelle	55

B. L'organisation judiciaire et l'administration de la justice doivent échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs	56
(1) L'organisation judiciaire doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs	56
(2) L'administration de la justice doit échapper aux interférences pernicieuses des organes législatifs et exécutifs	58

PARTIE 1 : L'ANGLETERRE (XIIe-XXIe SIECLES) : DES BALBUTIEMENTS CONCEPTUELS PRECOCES A L'EMERGENCE D'UN DEBUT DE THEORISATION DE L'INDEPENDANCE

61

Chapitre 1 : Le paradigme de la <i>dépendance</i> de la justice avant 1701 : fondement et réalité	67
α) Les raisons de la détention exclusive des fonctions judiciaires par la Chambre des Lords	69
β) Les fonctions judiciaires exercées par la Chambre des Lords : bilan quantitatif et qualitatif	73
Section 1 : Le cadre conceptuel : le lien entre <i>fons justitiae</i> et dépendance des juges vis-à-vis du roi	76
§1. Un aspect exploré dans la littérature : histoire des origines et du développement de la <i>fons justitiae</i>	76
A. Origines de la <i>fons justitiae</i>	77
B. Développement de la <i>fons justitiae</i>	78
§2. Une piste de recherche : la <i>fons justitiae</i> , fondement implicite de la dépendance des juges vis-à-vis du roi	81
Section 2 : Le triple visage de la dépendance des juges vis-à-vis du roi	82
§1. L'exercice de la justice par le monarque	83
A. Dans ses cours royales	83
B. Dans son Conseil Privé	84
C. Dans ses cours conciliaires	87
§2. Les pressions exercées par le monarque sur l'activité juridictionnelle	90
A. Les influences directes : les instructions ou directives royales	91
B. Les influences indirectes : les avis extra-judiciaires	93
§3. La précarité de la charge du juge	98
A. Les échecs en vue de garantir les fonctions « durant bonne conduite »	99
(1) Dans les textes	99
(2) Dans la pratique	102
B. Les destitutions selon le bon plaisir du roi	103
(1) Des destitutions fréquentes	103
(2) L'exemple de Coke	106
Conclusion du Chapitre 1	110
Chapitre 2 : Les premières ébauches de conceptualisation de l'indépendance de la justice avant 1701	111

Section 1 : Les premières formulations de l'idée d'indépendance dans les dispositions textuelles	111
§1. La loi de Northampton, 1328	112
§2. La loi de 1340	114
§3. Le serment des juges de 1344	114
§4. La loi de 1346	115
§5. La loi de 1387	116
Section 2 : Les premières formulations de l'idée d'indépendance dans les discours de la doctrine	117
§1. A la recherche des premières traces de conceptualisations doctrinales en matière d'indépendance de la justice	120
A. Premier concept : « Le roi ne doit pas trancher les différends »	121
(1) Le roi ne doit pas trancher les différends dans des cas particuliers : William Camden, <i>Discourse Concerning the Prerogative of the Crown</i> (vers fin 1615-début 1616)	122
(2) Le roi ne doit trancher les différends dans aucun cas	125
a. John Fortescue, <i>De laudibus legum Angliae</i> (vers 1470)	125
b. George Buchanan, <i>De jure regni apud Scotos</i> (1579)	127
c. Richard Hooker, <i>Of the Laws of Ecclesiastical Polity</i> (1593-1648)	129
d. Charles Dallison, <i>The Royalist's Defence</i> (1648)	133
e. Algernon Sidney, <i>Discourses Concerning Government</i> (1698)	135
B. Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »	137
(1) Un renvoi aux termes des dispositions textuelles	138
a. John Fortescue, <i>De laudibus legum Angliae</i> (vers 1470)	138
b. George Buchanan, <i>De jure regni apud Scotos</i> (1579)	139
c. Philip Hunton, <i>A treatise of monarchy</i> (1643)	140
d. Algernon Sidney, <i>Discourses Concerning Government</i> (1698)	140
(2) L'ajout de Dallison : la désignation du Parlement au titre des ennemis de l'indépendance	141
C. Troisième concept : « Le Parlement ne doit pas trancher les différends »	141
(1) Charles Dallison, <i>The Royalist's Defence</i> (1648)	142
(2) John Lilburne, <i>A Defiance to Tyrants</i> (1648)	143
§2. En quête des justifications fournies au soutien des concepts embryonnaires d'indépendance de la justice	144
A. Les fondements forts	146
(1) La soumission au droit	146
(2) Le rejet de l'arbitraire et de la tyrannie	147
(3) L'absence de voies de recours	149
B. Les fondements faibles	151
(1) L'absence de connaissance du droit	151
(2) La tradition historique	152
(3) Les problèmes d'agenda	153
C. Le fondement « inclassable » : la nécessité d'une troisième partie distincte des parties au procès	154
Section 3 : Les premières formulations de l'idée d'indépendance dans les discours des juges	156
§1. A la recherche des premières traces de conceptualisations en matière d'indépendance de la justice dans les discours des juges	158

A. Premier concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »	159
(1) Premier « ennemi » : le roi	159
a. William Huse (?-1495)	160
b. L'affaire Throgmorton (1557)	160
c. Edward Coke (1552-1634)	161
d. Thomas Jones (1614-1692)	165
(2) Deuxième « ennemi » : les parties	166
a. Mathew Hale (1609-1676)	166
b. William Huse	168
B. Deuxième concept : « Le roi ne doit pas trancher les différends »	168
§2. En quête des justifications fournies au soutien des concepts embryonnaires d'indépendance de la justice	169
A. Les fondements forts	170
(1) L'absence de voies de recours	170
(2) L'absence d'impartialité	171
B. Les fondements faibles	171
(1) L'absence de connaissance du droit	171
(2) La tradition historique	173
Conclusion du Chapitre 2	174
Chapitre 3 : L'inamovibilité consacrée dans l'Acte d'Etablissement (1701) : une mise en perspective critique du droit positif et des discours doctrinaux	175
Section 1 : Les limites dans l'application de la nouvelle règle de l'inamovibilité	178
§1. La limitation de l'effectivité de la disposition sur l'inamovibilité jusqu'en 1760	178
A. La dérogation à l'inamovibilité au moment de la mort du roi	179
B. La prolongation de l'inamovibilité au-delà de la mort du roi à la faveur de la dissociation des deux corps du roi	180
§2. La limitation du champ d'application de la disposition sur l'inamovibilité	183
A. Des bénéficiaires restreints en Grande-Bretagne	183
(1) L'exclusion des juges inférieurs en Angleterre et au Pays de Galles	183
(2) L'exclusion des juges écossais	185
B. L'absence de bénéficiaires dans les anciennes colonies britanniques	187
Section 2 : L'inamovibilité dans les discours doctrinaux : une pomme de discorde	191
§1. L'apologie de l'inamovibilité par les enthousiastes	193
A. L'inamovibilité comme concept d'indépendance	193
B. L'inamovibilité comme garantie efficace de l'indépendance	196
§2. La critique de l'inamovibilité par les sceptiques	200
A. Premier argument : l'absence d'indépendance vis-à-vis du pouvoir législatif	200
B. Deuxième argument : la persistance de la dépendance vis-à-vis du pouvoir exécutif	204
Conclusion du Chapitre 3	209
Chapitre 4: Les évolutions contemporaines de la conceptualisation	211
Section 1 : L'émergence progressive d'une conceptualisation explicite	212
§1. L'absence de conceptualisation explicite jusque dans le milieu des années 1970	212
A. La reprise de concepts anciens	213

(1) Premier concept : « Le roi ne doit pas trancher les différends »	213
(2) Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »	216
B. La consécration de nouveaux concepts	217
(1) Premier concept : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire »	217
(2) Deuxième concept : « L'institution judiciaire doit être séparée des autres pouvoirs d'Etat »	218
(3) Troisième concept : « L'organisation judiciaire ne peut être modifiée que par la loi »	219
§2. L'apparition d'un binôme conceptuel à compter du milieu des années 1970 : l'indépendance individuelle et l'indépendance collective	221
A. Le point de départ probable : les travaux de Shimon Shetreet	221
B. Une distinction conceptuelle devenue essentielle	223
Section 2 : Les débats autour du concept d'indépendance collective	229
§1. Un concept polémique	230
A. Le quasi- <i>vide</i> d'indépendance collective en droit positif	230
B. Un concept normatif employé pour critiquer le droit positif	233
§2. Un concept relayé et renforcé par la Cour européenne des droits de l'homme	237
Section 3 : L'impact du <i>Constitutional Reform Act</i> de 2005 sur le concept d'indépendance collective	240
§1. Contexte : la rupture sur le plan du droit positif	241
A. L'inscription en droit constitutionnel positif du mot <i>independence</i>	241
B. La consécration de trois grandes transformations	243
(1) La modification des fonctions du <i>Lord Chancellor</i>	243
(2) La création d'une Cour suprême pour le Royaume-Uni	246
(3) La mise en place d'une Commission chargée de la nomination des juges	248
§2. Le bouleversement conceptuel : d'un concept normatif à l'émergence d'un concept descriptif d'indépendance collective ?	249
A. Le renforcement indiscutable du concept d'indépendance collective	250
B. La mutation inachevée vers un concept descriptif	251
Conclusion du Chapitre 4	256
CONCLUSION DE LA PARTIE 1	257
PARTIE 2 : L'ALLEMAGNE (XIXe-XXIe SIECLES): UNE THEORISATION FORTE DE L'INDEPENDANCE	259
α) Bref retour en arrière : les premiers germes d'indépendance avant le milieu du XVIIIe siècle	260
β) La rupture à compter de 1750 : la remise en question des « <i>Kabinettsjustiz</i> » et « <i>Machtsprüche</i> »	263
γ) L'exemple de l'affaire du meunier Arnold (1770-1779) dans le contexte de la marche vers l'indépendance	266
δ) Le déploiement des débats autour des sens du mot « <i>Unabhängigkeit der Justiz</i> »	270
Chapitre 1 : Le XIXe siècle (1806-1914) : des conceptualisations explicites	275
α) Le faible nombre des atteintes à l'indépendance de la justice dans la pratique	275

β) Une continuité d'ensemble des conceptualisations	278
Section 1 : Les concepts dans le droit positif constitutionnel	283
§1. Les cinq concepts consacrés	285
A. Premier concept : « Seuls les juges doivent trancher les différends »	286
B. Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »	287
C. Troisième concept : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire »	288
D. Quatrième concept : « L'organisation judiciaire (<i>Gerichtsverfassung</i>) ne peut être modifiée que par la loi »	290
E. Cinquième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge »	291
§2. Les deux concepts non consacrés	293
A. Premiers concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours »	293
B. Deuxième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal »	295
Section 2 : Les concepts dans les travaux doctrinaux	298
§1. Les cinq concepts consacrés	303
A. Premier concept : « Seuls les juges doivent trancher les différends »	303
(1) L'exemple du raisonnement de Rotteck	304
(2) Les deux principaux organes interdits de rendre la justice : le chef de l'Etat et le ministre de la justice	312
B. Deuxième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »	315
(1) L'exemple du raisonnement de Laband	316
(2) Le fondement justificatif incontournable : la soumission au droit	320
C. Troisième concept : « Le juge doit jouir d'une protection statutaire »	321
(1) Un discours concernant initialement tous les fonctionnaires	322
(2) Concept ou garantie de l'indépendance ? Les exemples des hésitations de Schulze, Pfeiffer ou Laband	324
D. Quatrième concept : « L'organisation judiciaire (<i>Gerichtsverfassung</i>) ne peut être modifiée que par la loi »	327
E. Cinquième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas confirmer en matière pénale la décision prise par un juge »	334
§2. Les deux concepts non consacrés	338
A. Premier concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas mettre un terme à une procédure pénale en cours »	339
B. Deuxième concept : « Le chef de l'Etat ne doit pas changer la peine prononcée dans un jugement pénal »	342
Conclusion du Chapitre 1	346
Chapitre 2 : Depuis 1914 jusqu'à nos jours : une stratification progressive des conceptualisations	349
α) Une stratification implicite : à propos du critère de la stratification	350
β) La césure conceptuelle entre 1933 et 1945	352
Section 1 : Première strate : le binôme conceptuel, l'indépendance décisionnelle et l'indépendance personnelle	358
§1. Un binôme descriptif à succès	358
§2. Un binôme inscrit dans le droit positif constitutionnel	363

Section 2 : Deuxième strate : les deux pistes conceptuelles concurrentes, l'indépendance institutionnelle et l'indépendance intérieure	367
§1. Le concept d'indépendance institutionnelle : un concept polémique	368
A. Le quasi-vide d'indépendance institutionnelle en droit positif	369
B. Un concept normatif employé pour critiquer le droit positif	375
§2. Le concept d'indépendance intérieure : norme de droit positif ou standard hors du droit ?	381
Section 3 : Troisième strate : le concept sans nom issu des récentes jurisprudences	386
§1. Un discours imposé par les tribunaux depuis le début des années 1980	386
§2. D'un discours prétendument protéiforme vers l'élaboration d'une identité conceptuelle	392
Conclusion du Chapitre 2	394
CONCLUSION DE LA PARTIE 2	397

PARTIE 3: LA FRANCE (1789-XXI^e SIECLE): UN PARADOXE. UNE THEORISATION FAIBLE DE L'INDEPENDANCE

401

α) Les manifestations de l'indépendance dans la pratique avant 1789 : bref aperçu	402
β) Les manifestations conceptuelles de l'indépendance avant 1789 : la conceptualisation de Montesquieu (1748)	406
γ) 1789 : la leçon de Montesquieu, l'organisation d'une puissance « indivisible et nulle »	413
Chapitre 1 : Une indépendance mise à mal	419
Section 1 : Les multiples visages d'un fait établi : la dépendance	419
§1. Les actions sur la compétence du juge : l'exercice de la justice par les tribunaux d'exception (1792-1981)	421
§2. Les pressions directes sur la décision à rendre (1789 jusqu'à aujourd'hui)	425
§3. La délimitation étroite de la fonction juridictionnelle : l'interdiction pour le juge d'interpréter	428
A. L'interprétation des lois par le pouvoir législatif : le mécanisme du référé législatif (1790-1837)	428
B. L'interprétation des traités internationaux par le pouvoir exécutif : le mécanisme du référé diplomatique (1823-1995)	432
§4. Les remises en cause de l'autorité de la chose jugée	435
A. L'annulation par décrets des jugements (1793-1795)	435
B. La neutralisation des annulations prononcées dans les jugements : les validations législatives <i>a posteriori</i> (1949 jusqu'à aujourd'hui)	437
§5. Les actions sur la carrière du juge	440
A. La suppression temporaire de l'inamovibilité : les cycles des épurations (1792-1945)	441
B. Le choix discrétionnaire des promus (1789-1934)	444
C. L'attribution de décorations étatiques (1804 jusqu'à aujourd'hui)	446
Section 2 : L'apologie de la dépendance de la justice dans les discours des acteurs politiques	451

§1. Dans le passé : des plaidoyers francs de la dépendance de la justice	454
A. Premier fondement : le souvenir d'une mauvaise justice	455
B. Deuxième fondement : la rupture avec le régime précédent	458
C. Troisième fondement : l'incompatibilité avec les principes républicains	460
D. Quatrième fondement : l'intérêt public	463
§2. A l'heure actuelle : des discours plus mesurés de la dépendance de la justice	465
Conclusion du Chapitre 1	468
Chapitre 2 : Les silences et lacunes de la doctrine	469
Section 1 : Le mutisme quasi-total sur les atteintes concrètes à l'indépendance	475
§1. Un accord général sur le principe : la nécessité de l'indépendance	476
A. Le discours majoritaire faisant l'apologie de l'indépendance	476
B. Le discours très minoritaire soutenant la dépendance de la justice	482
§2. Les atteintes à l'indépendance : un tabou ?	484
A. L'attitude de la majorité des auteurs	484
B. Quelques exceptions dans la science juridique contemporaine	491
Section 2 : La faiblesse de la théorisation de l'indépendance	492
§1. Deux séries de preuves à l'appui	493
A. Bilan quantitatif : la rareté des définitions de l'indépendance	494
(1) Une focalisation sur les procédés techniques de l'indépendance au détriment d'une conceptualisation de l'indépendance	494
(2) L'absence d'incidence des débats relatifs au parquet sur la faible part des définitions de l'indépendance	505
B. La présence pléthorique de qualificatifs imprécis	510
(1) La liste des qualificatifs employés : aperçu d'un brouillard	510
(2) La tentative de clarification de Fabrice Hourquebie	515
§2. Le repérage de quelques conceptualisations éparpillées	519
A. Premier concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dehors »	522
(1) La désignation du ministère public et de l'administration active au titre des ennemis de l'indépendance	523
(2) L'absence de consensus autour des bénéficiaires de l'indépendance	525
B. Deuxième concept : « Seuls les juges doivent trancher les différends »	528
(1) L'exclusion du roi et du parlement	529
(2) L'exclusion des administrateurs	531
C. Troisième concept : « Le juge doit exercer sa fonction juridictionnelle sans influence en provenance du dedans »	532
D. Quatrième concept : « Les organes législatifs et exécutifs ne doivent pas priver une décision juridictionnelle de l'autorité de la chose jugée »	534
E. Cinquième concept : « Une juridiction souveraine qui n'est placée sous la surveillance d'aucun organe tutélaire doit se trouver au sommet de la hiérarchie des juridictions de l'ordre judiciaire »	536
Conclusion du Chapitre 2	538
CONCLUSION DE LA PARTIE 3	539
CONCLUSION GENERALE	545

BIBLIOGRAPHIE	557
INDEX	599
TABLE DES MATIERES	605