

# DROIT & PHILOSOPHIE

Numéro 14 - Décembre 2022

---

## Conflit des facultés

*La philosophie des juristes  
et le droit des philosophes*





## **DIRECTEURS**

Denis Baranger (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Beaud (Université Panthéon-Assas)  
Olivier Jouanjan (Université Panthéon-Assas)  
Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur)

## **DIRECTRICE ADJOINTE**

Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas)

## **CONSEIL SCIENTIFIQUE**

Jean-Pierre Coriat (Université Panthéon-Assas), Quentin Épron (Université Panthéon-Assas), Jean-François Kervégan (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe de Lara (Université Panthéon-Assas), Charles Leben † (Université Panthéon-Assas), Pierre-Yves Quiviger (Université Panthéon-Sorbonne), Philippe Raynaud (Université Panthéon-Assas), Marie-France Renoux-Zagamé (Université Panthéon-Sorbonne), François Saint-Bonnet (Université Panthéon-Assas), Philippe Théry (Université Panthéon-Assas), Mikhaïl Xifaras (Sciences Po)

## **COMITÉ DE RÉDACTION**

Manon Altwegg-Boussac (Université Paris-Est Créteil), Gregory Bligh (Université Paris-Est Créteil), Mathieu Carpentier (Université Toulouse I Capitole), Jérôme Couillerot (Université Lyon III), Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas), Élodie Djordjevic (Université Panthéon-Assas), Charles Girard (Université Lyon III), Marc Goetzmann (Université Côte d'Azur), Gilles Marmasse (Université de Poitiers), Mélanie Plouviez (Université Côte d'Azur), Tristan Pouthier (Université d'Orléans), Themistoklis Raptopoulos (Université de Lorraine), Pierre-Marie Raynal (CY Cergy Paris Université), Céline Roynier (CY Cergy Paris Université), Patrick Savidan (Université Panthéon-Assas), Sabina Tortorella (Université Panthéon-Sorbonne), Mathilde Unger (Université de Strasbourg)

## **SECRÉTAIRE DE RÉDACTION**

Thibault Desmoulins (Université Panthéon-Assas)

## **ASSISTANTE D'ÉDITION**

Agathe de Montburon (Université Panthéon-Assas)  
Romane Lerenard (Université de Rennes)

## **ADRESSE DE LA RÉDACTION :**

Institut Michel Villey, Université Panthéon-Assas  
12, place du Panthéon, 75231 Paris cedex 05  
contact@droitphilosophie.com  
www.droitphilosophie.com



Céline Roynier

## Le juriste E. Coke (1552-1634) : un philosophe malgré lui ?

*Equity is a roguish thing*<sup>1</sup>.

Lorsqu'on se réfère aux ouvrages sur l'histoire de la pensée juridique anglo-américaine, nombre d'entre eux évoquent une « philosophie de la *common law* ». C'est le cas, par exemple, de Gerald J. Postema dans le *Oxford Handbook of Philosophy of Law*<sup>2</sup> ou encore de M. Lobban dans son ouvrage *History of the Philosophy of Law in the Common Law world 1600-1800*<sup>3</sup>. On constate alors que toute histoire de la philosophie de la *common law* en Angleterre commence nécessairement avec le juriste élisabethain Edward Coke<sup>4</sup>. Certains historiens spécialistes de l'histoire de la pensée juridique, notamment M. Lobban ou H.J. Berman, peuvent certes en identifier « des précurseurs » comme Bracton, J. Fortescue, Ch. St German ou R. Hooker<sup>5</sup>, mais l'histoire particulière de la philosophie de la *common law* commence bien avec Edward Coke<sup>6</sup>. Or, celui-ci est souvent présenté comme la caricature même du juriste. Le portrait peu flatteur de ce *common lawyer* fait par Th. Hobbes dans *le Dialogue des Common Laws* est bien connu<sup>7</sup>. Coke, qui occupa les plus hautes fonctions au sein de la Justice en

---

<sup>1</sup> *The Table-talk of John Selden*, « Equity », Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 64 [<https://www.cambridge.org/core/books/abs/tabletalk-of-john-selden/equity/560E80A6A1B800F8B59562BEAAEA330F>].

<sup>2</sup> G. J. POSTEMA, « Philosophy of the Common Law », in J. L. COLEMAN, K. E. HIMMAR, S. J. SHAPIRO (dir.), *The Oxford Handbook of Jurisprudence and Philosophy of Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004 (*Oxford Handbooks Online*).

<sup>3</sup> M. LOBBAN, *History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, New York, Springer, 2016.

<sup>4</sup> Malheureusement, peu de travaux en français portent sur ce juriste central de l'histoire de la *common law* – tant anglaise que nord-américaine. On peut toutefois notamment citer J. BEAUTÉ, *Un grand juriste anglais : Sir Edward Coke (1552-1634). Ses idées politiques et constitutionnelles*, Paris, PUF, 1976.

<sup>5</sup> M. LOBBAN *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, *op. cit.*, p. 1-28. H. J. BERMAN, *Droit et Révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale* [2003], trad. A. Wijffels, Paris, Fayard, 2010, p. 385-389.

<sup>6</sup> H. J. BERMAN, *Droit et Révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, *op. cit.* Voir le chapitre sur « la philosophie anglaise du droit », p. 383-443.

<sup>7</sup> Th. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England* [1681], ed. J. Cropsey, Chicago, The University of Chicago Press, 1971. Voir notamment *op. cit.*, p. 73 :

« - LA. Sir Ed. Coke in divers places makes Lex and Jus to be the same, and so Lex communis and Jus Communis to be all in one [...].

- PH. Then will I distinguish them, and make you judge whether my distinction be not necessary to be known by every Author of the Common Law : for Law obligeth me to do, or forbear the doing of something ; and therefore it lies upon me an Obligation ; but my Right is a Liberty left me by the

Angleterre puisqu'il fut d'abord *Attorney General*, puis *Chief Justice* de 1606 à 1616 (d'abord de la Cour des *Common Pleas*, puis du *King's Bench*) et également membre du *Privy Council* à partir de 1613 et siégeant régulièrement aux parlements, est souvent décrit comme un juriste opiniâtre et pugnace, assez obtus et défenseur de la poussiéreuse et archaïque *common law* médiévale. En outre, il est certain que Coke fut un juriste extrêmement important pour la tradition de *common law*, mais il n'est en général connu que des juristes<sup>8</sup>. Si Coke est considéré par la plupart des historiens de la pensée juridique comme étant, en quelque sorte, celui qui a formulé le plus clairement une philosophie de la *common law*, c'est parce qu'il a dû défendre la *common law* pendant sa carrière. Il l'a fait tout au long de sa vie, de manière souvent assez violente, en s'opposant à ses contemporains et dans le cadre de trois conflits principaux qui ont une dimension philosophique incontestable.

Le premier de ces conflits est celui qui a opposé E. Coke au roi Jacques I<sup>er</sup> (Jacques VI d'Écosse) – puis à Charles I<sup>er</sup> à partir de 1625 – à propos de la raison d'État. C'est l'historien J.H. Baker qui nous éclaire sur les rapports des *common lawyers* et de Jacques I<sup>er</sup> au moment de son accession au trône en 1603<sup>9</sup>. Jacques I<sup>er</sup> a en effet immédiatement suscité la crainte chez les juristes, en particulier chez les juges des Cours de *common law* dont Coke faisait partie. Par exemple, l'un des premiers actes de Jacques I<sup>er</sup> en tant que Roi d'Angleterre, en 1603, a été d'exécuter sommairement un « *pick pocket* » pris en flagrant délit (21 avril), ce qui était totalement contraire à la Grande Charte<sup>10</sup>. Jacques I<sup>er</sup> aurait en outre déclaré immédiatement après son accession au trône, que certaines lois seraient abrogées (*expired*). Sur la survivance des règles liées à la procédure et à la Grande Charte, Coke a dû se battre contre Jacques I<sup>er</sup>, les deux archevêques de Canterbury, Ellesmere et Bacon. Ensuite, Jacques I<sup>er</sup> a également inquiété par son projet d'unification des royaumes d'Angleterre et du Pays de Galles avec le royaume d'Écosse. L'idée du monarque était de créer la Grande-Bretagne, doté d'un seul Parlement et un seul système juridique. Or, seule une conquête pouvait à cette époque justifier la fusion de deux parlements. Là encore, il s'agissait d'une menace pour la *common law*. Ainsi l'historien J.H. Baker écrit-t-il que

Cela signifiait que la *common law* serait abrogée, ou mélangée avec le droit romain, ou imparfaitement codifiée, comme le roi le voudrait. La Grande Charte et les *statutes de due process* allaient disparaître<sup>11</sup>.

Toute l'argumentation des juristes anglais de *common law* a alors consisté à établir que le roi avait le droit anglais en héritage et qu'il était roi en vertu de ce droit lui préexistant : il ne pouvait donc pas le changer. Enfin, un autre aspect du « combat » de Coke portait sur la vision jacobéenne de la prérogative dans l'ouvrage *The Trew*

---

*Law to do any thing which the Law forbids me not, and to leave undone any thing which the Law commands me not. Did Sir Ed. Coke see no difference between being bound and being free?*

- LA. *I know not what he [saw], but he has not mention'd it, though a man may dispense with own Liberty, that cannot do so with the Law* ».

<sup>8</sup> Contrairement par exemple à son grand rival – F. Bacon – juriste, Chancelier et surtout connu pour être l'inventeur de la méthode déductive. Pour une biographie synthétique d'E. Coke, voir A. D. BOYER, « Coke, Sir Edward (1552-1634) », in *The Oxford Dictionary of National Biography*, 2004, plus précisément p. 20 pour l'influence capitale de ce juriste pour toute la tradition de *common law*.

<sup>9</sup> J. H. BAKER, *The Reinvention of Magna Carta 1216-1616*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 339-350.

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 408.

<sup>11</sup> *Ibid.*, p. 408.

*Laws of Free Monarchies*. Jacques I<sup>er</sup> fondait en effet sa conception de l'absolutisme de droit divin sur la prérogative royale. Dans de nombreux débats parlementaires, Coke a cherché à réfuter cette interprétation de la prérogative. Sur ce point encore, J.H. Baker explique que lors de sa nomination comme *Attorney General* et de sa prestation de serment à Elizabeth, Coke a juré, à la demande de cette dernière, de faire en sorte qu'elle respecte sa prérogative, c'est-à-dire la « prérogative ordinaire », par opposition à la prérogative « extraordinaire », *i.e.* en dehors du cours de la *common law*. D'une certaine manière, c'est à cette mission que Coke est resté fidèle toute sa carrière. Mais la loyauté à cette mission a nécessité pour ce juriste de puiser dans de nombreuses ressources intellectuelles et de fonder, précisément, le plus solidement possible, une certaine conception du droit et des juges. Or, *cette fondation est un ancrage de nature philosophique*.

Le deuxième de ces conflits porte sur une autre question de philosophie du droit, qui est celle de la mise en ordre du droit et notamment d'une certaine forme de codification du droit. Cette question a opposé Coke à Bacon : Coke est d'accord avec l'idée qu'il fallait mettre un peu d'ordre dans les *statutes*, mais sûrement pas dans la *common law*<sup>12</sup>.

Le troisième de ces conflits philosophiques porte sur l'*Equity*, cet ordre juridique parallèle à celui de la *common law* permettant d'en corriger les solutions lorsque celles-ci conduisaient à des conséquences manifestement injustes. Sur cette question, Coke, en tant que *Chief Justice* d'une cour de *common law* – le *King's Bench* – s'est principalement opposé au Lord Ellesmere<sup>13</sup> (Thomas Egerton), qui, en tant que Chancelier, estimait que le roi était la loi parlante (« *Rex est lex loquens* ») au détriment de la *common law*. Coke était en conséquence hostile à l'élargissement de la compétence de la Cour de Chancellerie alors que le baron Ellesmere se considérait comme étant au-dessus du corps des juges. Coke refusait également que les cours d'*Equity* puissent être une sorte de juridiction d'appel des Cours de *common law*, notamment en raison de différences procédurales entre la procédure devant les cours de *common law* et la *Chancery* au sein de laquelle, par exemple, aucun jury ne siégeait.

En tant qu'ils font partie du camp des défenseurs de l'absolutisme et du *Civil Law*, Jacques I<sup>er</sup>, Ellesmere et Bacon sont généralement alliés contre Coke, même si cette opposition n'est pas sans nuances : sur certains points, chacun est prêt à reconnaître les qualités de l'autre. Il n'en demeure pas moins que l'opposition de Coke, quant à elle, est systématique : au *civil law*, Coke oppose la *common law* ; à l'absolutisme de droit divin, la préexistence de la *common law* ; à la juridiction des cours d'*Equity*, la préexistence de la *common law* ; et au projet de codification de Bacon, Coke oppose la raison artificielle de la *common law*.

Autrement dit, pour rester fidèle à la mission qu'il pensait être la sienne, Coke a dû défendre la rationalité de la *common law* ainsi que sa préexistence contre d'autres formes de rationalités qui étaient incontestablement philosophiques. À cette fin, Coke a mobilisé plusieurs traditions et sources philosophiques. Le juriste a dès lors posé les formulations canoniques de l'idéologie de la *common law*, idéologie qui n'est bien évidemment pas sans lien avec celle du constitutionnalisme

<sup>12</sup> *Ibid.*, p. 343.

<sup>13</sup> Thomas Egerton devint en effet Lord Ellesmere, titre créé en 1603 (J. H. BAKER, « The Common lawyers and the Chancery: 1616 », 4 *Irish Jurist*, 1969, p. 368-392, p. 373).

puisque, tout comme ce dernier, elle a pour cible l'exercice arbitraire du pouvoir<sup>14</sup>. Peut-on pour autant considérer qu'il s'agit d'une philosophie à proprement parler ? Coke a-t-il finalement été un philosophe « malgré » lui (mais sans pour autant qu'il estime que droit et philosophie étaient en opposition) ? A-t-il au contraire participé à la cristallisation de deux camps rivaux de philosophes du droit (*Common law vs Civil law*) en appuyant si fortement ses positions ? S'agit-il en réalité pour Coke d'imposer la *common law* comme « religion » face au roi devenu chef de l'Église nationale ?

Ces épisodes d'affrontement de l'histoire de la philosophie du droit en Angleterre dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle mettent en avant un élément de la problématique du « conflit des facultés » qui est que, avant la fin du XVIII<sup>e</sup> siècle, la revendication de l'autonomie du droit (ici de la *common law*) par les juristes (ici Coke) par rapport au pouvoir se fait en des termes philosophiques. Il s'agit bien, au fond, pour Coke, de défendre une certaine définition de la justice qui est elle-même conçue, dans les termes de la philosophie médiévale, comme vérité. Cette revendication d'autonomie s'est exprimée le plus clairement lors de ce qui a été identifié plus haut comme étant le troisième conflit, celui qui a opposé les Cours de *common law* à la *Chancery* et aux cours d'*Equity*. Il est souvent mis en avant par les historiens du droit qu'avant et après 1614-1616, la *common law* et l'*Equity* cohabitent très bien et que les personnalités impliquées – Coke, Ellesmere, Bacon, Jacques I<sup>er</sup> – ont été pour beaucoup dans le caractère conflictuel de ces deux ordres juridictionnels dans la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle. Mais les incompatibilités de caractères n'expliquent évidemment pas tout.

Au XVII<sup>e</sup> siècle et depuis le XV<sup>e</sup> siècle, il existe en effet à côté des Cours de *common law* (*King's Bench*, *Common Pleas*) des juridictions qui ne sont pas des cours de *common law* au sens où elles ne tranchent pas sur le fondement de la *common law*. Ces cours sont la *Star Chamber*, (qui était une Cour conciliaire, de prérogative), les cours ecclésiastiques créées par les Tudors, etc. L'une d'entre elles est la Cour de la Chancellerie (*Court of Chancery*, puis la *Court of Request*, puis la *Court of Exchequer* pour les affaires moins importantes), qui s'est formée elle aussi à partir du conseil du roi et dans laquelle la procédure est plus écrite que celle qui a cours devant les cours de *common law* (*writs*) et au sein desquelles il n'y a pas de jury. La Cour de la Chancellerie a pour fonction de rendre la justice sur le fondement de l'*Equity*, qui repose, depuis la séparation de l'Angleterre d'avec l'Église de Rome et selon les juristes de la première moitié du XVII<sup>e</sup> siècle, sur « la Conscience du roi ». Le chancelier a ainsi le pouvoir de corriger l'application du droit positif en appliquant « la loi naturelle et la conscience<sup>15</sup> ». Cette cour avait donc le pouvoir de renverser une décision des cours de *common law*, ou du moins d'en bouleverser les effets concrets, et les décisions de la Chancellerie ne pouvait être remises en cause, à leur tour, que par la *High Court of Parliament*. La *court of Chancery* semblait donc pouvoir revenir sur les jugements rendus en *common law* et avoir la prééminence sur les cours de *common law*, ce que Coke n'était pas du tout prêt à accepter. Cinq affaires majeures ont constitué le terrain d'affrontement

<sup>14</sup> Et non la monarchie comme le souligne H. J. BERMAN, dans *Droit et Révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, *op. cit.*, p. 396.

<sup>15</sup> Cowell cité par M. LOBBAN, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, *op. cit.*, p. 51.



de la chancellerie et de Coke<sup>16</sup>. Ces conflits datent de la période qui s'étend de 1614 à 1616 et ont finalement été tranchés par un décret (*decree*) du roi de juin 1616 pris en Chambre Étoilée, décret qui ne retira pas à la Chancellerie la possibilité de renverser un jugement en *common law*, mais qui ne lui donna pas pour autant le pouvoir de juger en droit. Celle-ci fut contrainte de ne juger qu'en *Equity*. Ce conflit est bien un conflit philosophique au sens où il s'agit d'une lutte pour le dernier ressort, pour le dernier mot, pour « la dénomination du monde » par les juristes évoquée par Denis Baranger<sup>17</sup>. Le problème était précisément de savoir si l'*Equity* était absolue (Bacon) ou extraordinaire (Coke). Il s'agissait d'un conflit interne à la justice et d'une lutte pour la définition du droit. Pour expliquer au mieux les ressorts de ce conflit, le plus pertinent est d'approfondir l'exemple du *Earl of Oxford's case* (1615), car c'est l'affaire la plus emblématique de cette lutte entre ces deux corps de droit et entre deux philosophies du droit, pour la suprématie. Cette affaire est ainsi considérée comme une « grande affaire » en matière d'*Equity*<sup>18</sup>. Il s'agit d'un conflit interne à la justice, qui s'incarne à la fois dans des personnages et dans les institutions. Commençons par une présentation de l'affaire (I) afin de montrer qu'il s'agit bien, d'une part, d'une lutte pour le dernier mot et pour la suprématie du droit (II) et, d'autre part, qu'il s'agit pour Coke d'affirmer une philosophie de la *common law* (III).

## I. L'EXEMPLE DU *EARL OF OXFORD'S CASE* : PRÉSENTATION DE L'AFFAIRE

Sur le fond, la question était de savoir si une personne ayant construit des maisons sur le terrain appartenant à une autre personne devait être indemnisée sur le fondement de l'*Equity*, ce qui supposait que la *Chancery* ait le pouvoir de corriger les effets d'un titre de propriété contraire à la loi. L'application des lois (*statutes*) quant à elle ne permettait pas une telle indemnisation<sup>19</sup>. Concrètement, était en question des terres qui appartenaient au *Magdalen College*, institution très désargentée, comprenant une bâtisse et un grand terrain. Afin de relever les finances de l'établissement, la propriété du *College* avait été transférée à la Reine Elizabeth I<sup>re</sup> en 1574-1575, qui l'avait transférée à son tour à plusieurs personnes, d'abord à un marchand de Gênes (Benedict Spinola), puis au Comte d'Oxford qui y avait fait construire cent trente logements. Or, toutes ces transactions avaient été conclues en dépit d'une loi (*statute*) de 1571 (13 Eliz. c 10, abrogé en 1998 !) interdisant que ce type de « transfert » puisse être fait pour plus de 21 ans ou « trois vies<sup>20</sup> ». Cette loi avait été adoptée pour lutter contre les fraudes par les

<sup>16</sup> Selon J. H. Baker, il s'agit du *Glanvill's case*, du *Apsley's case*, du *Ruswell's case*, du *Allen's case* et du *Earl of Oxford's case* (J. H. BAKER, « The Common Lawyers and the Chancery: 1616 », *op. cit.*, p. 374-381).

<sup>17</sup> D. BARANGER, « "Conflit des facultés" ou : la philosophie du droit existe-t-elle ? » (dans ce numéro de *Droit & Philosophie*).

<sup>18</sup> C'est en effet l'affaire sur laquelle s'ouvre le recueil des « grandes décisions » en matière d'*Equity* : C. MITCHELL et P. MITCHELL (dir), *Landmark cases in Equity*, London, Bloomsbury Publishing, 2012.

<sup>19</sup> J. H. BAKER, « The Common Lawyers and the Chancery : 1616 », *op. cit.*, p. 377.

<sup>20</sup> Ecclesiastical Leases Act 1571 : « *Dilapidations and Frauds by Ecclesiastics; [I.] In Cases of fraudulent Conveyances by Bishops, Parsons, &c. to defeat the Successor's Remedy for Dilapidations, such Successor may have his Action against the Trustee, as if he were Executor, & c. II. All Leases by Colleges, Deans, Parsons & c. except for 21 Years or Three Lives at the accustomed Rent, declared void* ».

ecclésiastiques. Il n'en demeurait pas moins que l'opération de sauvetage financier avait fonctionné et que les constructions avaient bien évidemment permis au terrain de prendre une valeur considérable. À la mort de la reine Elizabeth 1<sup>re</sup> (1603) et du Comte d'Oxford, Gouge (« Gouche » ou « Goche ») devenu le recteur (*Master*) du *Magdalen College*, réaffirma ses droits sur ces biens et contesta le titre des ayants droit du Comte d'Oxford en donnant à bail une partie de la propriété pour six ans à Smith. En 1610, Castillion, un locataire, après avoir été expulsé puis avoir récupéré la jouissance du bien, conclut de son côté un bail sur le même bien avec Warren. En 1611, Warren introduit une action en expulsion (*action of ejectment*) contre Smith afin que le titre de propriété du bien soit jugé<sup>21</sup>. Évidemment une des questions derrière cette affaire était également de savoir si les biens de la Couronne étaient soumis à leurs propres lois ou s'il fallait au contraire comprendre que la Couronne constituait une exception implicite à l'application de cette loi de 1571. Dans un premier temps, le jury a donné raison à Warren, locataire d'Oxford, lui-même décédé en 1604, et dont l'héritier (Henry de Vere) était mineur à l'époque<sup>22</sup>. L'affaire a alors été portée en appel, par Gouge et Smith, devant le *King's Bench* (Cour royale de *common law*) pour juger du titre du comte d'Oxford de donner à bail l'une des maisons que celui-ci avait fait construire sur le terrain. Le demandeur (*plaintiff*) était donc Oxford (propriétaire de la maison) et le défendeur (*defendent*) Doctor Gouge. Le *King's Bench* a renversé le verdict du jury et donna raison à Gouge, le défendeur. Le demandeur (Oxford) ainsi qu'un autre locataire, Thomas Wood, portèrent alors l'affaire devant la *Chancery*. Le défendeur (Gouge) ainsi que son intendant, Smith, ne se présentèrent pas parce qu'ils estimaient qu'il y avait déjà eu un jugement en *common law* (*King's Bench*) et que le titre d'Oxford était nul selon la loi de 1571. Le *Master* en *Chancery* ordonna donc au défendeur (Gouge) et à Smith de répondre, ce qu'ils refusèrent de faire. Ils furent donc condamnés à la prison en 1615. Les deux défendeurs demandèrent alors un *writ d'Habeas corpus* au *King's Bench*, le *return* du *writ* donna la cause de l'emprisonnement qui était un ordre de la *Chancery*. Le *Serjeant Bawtrey* considéra alors que le *return* n'était pas valable, puisque l'affaire avait été jugée en *common law* et que la procédure devant la *Chancery* était contraire au *res Judicata Statute* de 1403 (4 Hen. 4, c. 23). Celui-ci disposait en effet :

Qu'il soit ordonné et établi qu'après un jugement rendu par les Cours de notre souverain, les parties et leurs héritiers soient en paix, jusqu'à ce que le jugement soit défait par *attaint* ou par *error*<sup>23</sup>[.]

<sup>21</sup> Pour un exposé très détaillé des faits de cette affaire, voir [[http://www.oxford-shakespeare.com/MagdalenCollege/Eng\\_Rep\\_77\\_Magdalen\\_1615.pdf](http://www.oxford-shakespeare.com/MagdalenCollege/Eng_Rep_77_Magdalen_1615.pdf)], consulté le 22 septembre 2022.

<sup>22</sup> C'est la raison pour laquelle une partie de l'affaire s'est déroulée devant la *Court of Ward*, chargée notamment de juger des affaires impliquant des mineurs protégés, en juin 1608. Voir aussi *Magdalen College case, Warren v. Smith* (1615) 1 Rolle 151 81 ER 394 ; 11 Co. Rep. 66.

<sup>23</sup> « *Where as well in plea as in plea personal, after judgment given in the courts of our lord the King, the parties be made to come upon grievous pain, sometimes before the King himself, sometimes before the King's council, and sometimes to the parliament, to answer thereof new, to the great impoverishing of the parties aforesaid, and in the subversion of the common law of the land ; it is ordained and established that after judgment given in the Courts of our lord the King, the parties and their heirs be thereof in peace, until the judgment be undone by attaint or by error, if there be in error, as hath been used by by the laws in the times of the King's progenitors* » (cité par J. H. LANGBEIN *et al*, *History of the Common Law. The Development of the Anglo-american Legal Institutions*, Boston, Aspen Publishing, 2009, p. 332).

Cette loi avait pour objectif de mettre un terme aux affaires qui, potentiellement, pouvaient être rouvertes à l'infini et précisait que seules deux procédures permettaient de revoir une décision : l'*attaint* ou l'*error*. Tombée en désuétude au début du XVII<sup>e</sup> siècle, l'*attaint* permettait de renverser le verdict d'un jury et ne pouvait porter que sur les faits, tandis que les *proceedings in error* permettaient de revoir un jugement uniquement à la condition qu'une erreur manifeste ressorte de l'analyse de la transcription de l'affaire dans les recueils ou qu'un nouveau fait justifie de rejuger l'affaire<sup>24</sup>. N'était donc pas prévu par cette loi l'appel d'une décision de justice devant la Chancellerie. C'est pourquoi le *King's Bench* était en faveur de la libération de Gouge et de Smith. Mais Ellesmere (1540-1617, *Lord Chancellor*) fit de toute manière machine arrière et, en conséquence, Gouge et Smith furent relâchés le 30 novembre 1615 en échange des garanties qu'ils seraient présents devant la Cour de la Chancellerie<sup>25</sup>. Deux solutions opposées aboutissant à deux vérités elles aussi opposées étaient possibles : en *common law* et par application de la loi, le bail de Warren était nul, car le transfert de propriété de la Reine à Oxford de 1574-1575 était nul. Oxford n'avait donc pas à être indemnisé du fait que les logements construits et les investissements qu'il avait faits profitent à un autre. Son titre était nul. En *Equity*, au contraire, Henry d'Oxford devait pouvoir retirer les fruits de son investissement, ce qui impliquait que le bail de Warren devait être considéré comme valable. Le jugement (*decree*) de la Chancellerie a été rendu par Ellesmere le 6 mai 1616, en faveur d'Oxford<sup>26</sup>. En réalité, cette affaire a connu des prolongements assez considérables. En 1619, Jacques I<sup>er</sup> en fut en effet saisi par Gouge. Ce dernier, avec l'aide du Chancelier de l'époque, F. Bacon, confirma le jugement de la Chancellerie. C'est alors que Gouge décida de saisir le Parlement d'un *bill* afin de passer outre le jugement (*decree*) de la Chancellerie, une première fois en 1621, une seconde fois en 1624. Oxford, de son côté, introduisit également un *bill* devant la Chambre des Lords. Selon D. Ibbetson<sup>27</sup>, le fait qu'aucune des deux procédures n'a abouti mit fin de fait à cette affaire qui dura au total plus de 15 ans (de 1608 à 1624).

## II. LES ARGUMENTS EN PRÉSENCE : UNE LUTTE POUR LA SUPRÉMATIE DU DROIT

Techniquement, le point de droit soulevé par cette affaire a été tranché assez tôt en *common law* : il s'agissait de savoir si le titre de propriété d'Oxford qui lui avait été cédé par le marchand génois B. Spinola, qui tenait lui-même son titre de la Reine, était valable ou non. Sur le fond, cela revenait à demander, en *common law*, si la Couronne avait pu valablement considérer que l'interdiction qui pesait sur les ecclésiastiques d'aliéner leurs biens ne s'appliquait pas aux transactions qu'elle

<sup>24</sup> J. H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Oxford, Oxford University Press, 4e ed., 2007, p. 135-137.

<sup>25</sup> D. IBBETSON, « The Earl of Oxford's Case (1615) », in C. MITCHELL and P. MITCHEL, *Landmark Cases in Equity*, London, Bloomsbury Publishing, 2012, p. 1-31. Consulté sur ebookcentral le 23 septembre 2022 [https://ebookcentral.proquest.com/lib/sciences-po/detail.action?docID=1772938&query=lanmark+cases+in+equity] p. 20.

<sup>26</sup> Signalons que nous avons ici simplifié les faits de cette affaire qui sont beaucoup plus complexes que ce que nous avons décrit. Pour l'exposé des faits complets du *Earl of Oxford's Case*, qui remontent en réalité au début du XVI<sup>e</sup> siècle, voir D. IBBETSON, « The Earl of Oxford's Case (1615) », *op. cit.*, p. 1-31.

<sup>27</sup> D. IBBETSON, « The Earl of Oxford's Case », *op. cit.*, p. 21-23.

pouvait conclure. Cette question précise a été tranchée par le *King's Bench* dans le *Magdalen College's case* en 1615 (*Easter Term*) : la réponse donnée fut que la loi de 1571 s'appliquait à toutes les transactions, y compris celles de la Couronne. Sur ce point précis, le débat aurait pu s'arrêter à cette solution du *King's Bench*. En revanche, un désaccord profond, entre Gouge et Oxford, ainsi qu'entre Coke, Chief Justice au *King's Bench* à l'époque et Ellesmere, portait sur la question de savoir si cette solution *devait ou non constituer le point final à cette affaire*. C'est sur cela que s'exprime, comme l'a écrit notamment M. Fortier<sup>28</sup>, un désaccord « sur les idées ». Il ne s'agissait pas vraiment de revenir sur cette solution de *common law*, mais, pour le comte d'Oxford, d'obtenir une compensation de la perte de revenus liée au fait que grâce à lui et, avant lui, grâce à Spinola et à ses investissements, le domaine de l'établissement avait pris beaucoup de valeur et profitait des fruits de ces investissements. La solution en *common law* et une solution en *Equity* auraient pu coexister sans aucun problème. Ce n'est toutefois pas ainsi que Coke l'a compris. Pour lui, en effet, il s'agissait d'un affront « radical » à la *common law* et d'une remise en cause du jugement d'une Cour royale. C'est sans aucun doute la radicalité de cette compréhension par Coke du recours de Gouge et de Smith devant la *Chancery* qui ont fait de cette affaire une affaire aux enjeux philosophiques : l'*Equity* devait se justifier *en raison*, et il en allait de même pour la *common law*.

Du côté de l'*Equity*, cette justification a été très largement formulée par Lord Ellesmere dans différentes sources liées à l'affaire<sup>29</sup>. Concernant d'abord les rapports entre la Chancellerie elle-même et les Cours de *common law*, Ellesmere s'inscrit clairement dans le sillage des théories absolutistes de Jacques I<sup>er</sup>, puisque l'un de ses arguments dans le *Earl of Oxford's case* a été d'affirmer que

Le Chancelier siège en Chancellerie et a un pouvoir absolu et illimité et doit juger selon ce qui est allégué et prouvé, alors que les juges de *common law* doivent juger selon un pouvoir restreint et ordinaire (limité)<sup>30</sup>.

Le chancelier va jusqu'à dire : « L'*Equity* parle comme parle la Loi de Dieu. Mais vous voulez la réduire au silence<sup>31</sup> ». S'en prendre à l'*Equity*, c'était donc s'en prendre directement à Dieu.

Ensuite, pour Lord Ellesmere, l'*Equity* a pour fonction de redresser des consciences trop « sévères », trop « dures » ou corrompues. L'idée n'est pas réellement de corriger la solution juridique obtenue en *common law*, mais de faire cesser une injustice entre les consciences. L'*Equity* présuppose en conséquence que la justice a une dimension intérieure, une dimension morale. Ellesmere l'exprime à différents moments de l'épisode du *Earl of Oxford's case*. C'est le cas par exemple dans le *bill* de la Chancellerie de 1615 : « l'entreprise des Parlements n'a jamais été

---

<sup>28</sup> M. FORTIER, « Equity and Ideas. Coke, Ellesmere and James I », *Renaissance Quarterly*, 1998, vol. 51, n° 4, p. 1255-1281, p. 1258.

<sup>29</sup> C'est précisément parce qu'il y a sur ce point différentes sources que nous nous permettons ici de ne pas suivre la chronologie de l'affaire et de commencer par les arguments du Chancellor Ellesmere.

<sup>30</sup> *The Earl of Oxford's Case*, 1 Chan. Rep., 15 : « *The Chancellor sits in Chancery according to an absolute and uncontrolable power, and is to judge according to that which is alledged and proved ; but the Judges of the common law are to judge according to a strict and ordinary (or limited) power* ».

<sup>31</sup> *The Earl of Oxford's Case*, 1 Chan. Rep., 6 : « *Equity speaks as the Law of God speaks. But you would silence Equity* » (Ellesmere, p. 486).

de redresser des consciences ainsi corrompues et de pallier les défauts du droit<sup>32</sup> ». Ou, encore plus clairement, dans son « *Breviate or Direccion for the Kinges Learned Councell* » :

Pour interpréter cette loi, la procédure judiciaire ordinaire devant la Chancellerie en vertu de la conscience et de l'équité, n'a pas pour objectif de perturber ou de retarder la justice commune (*common right*). Il s'agit au contraire d'accomplir le Juste et [de rendre] la Justice dans les affaires où la *common law* n'est d'aucune aide : car le juste commun ne se tient pas seulement dans le juste entendu strictement ou dans l'extrême sévérité du droit (car souvent *Summum Ius est summa iniuria*), mais consiste plutôt dans l'accomplissement du juste conformément à la conscience<sup>33</sup>.

On retrouve ici le point qui a coûté à Coke sa place de *Chief Justice* à l'issue de cette affaire. En effet, le Lord Chancellor Ellesmere affirme ici qu'il existe un « juste commun » en dehors de la *common law*, une justice « conforme à la Conscience ». Or, comme nous le verrons plus bas, pour Coke, il n'y a qu'un « juste commun » et c'est précisément la *common law*. Est ici en tension exactement la même idée que lorsque Coke a expliqué à Jacques I<sup>er</sup> qu'il était certes doté d'une raison naturelle excellente, mais qu'il ne maîtrisait pas la raison artificielle des juristes de *common law* et ne pouvait donc pas prétendre juger « à la place » des juges<sup>34</sup> : on rejoint la question des sources du droit. Pour Coke, il ne peut y avoir qu'une source du droit, c'est le monopole de la *common law*, alors que pour le baron Ellesmere, il y a différentes sources du droit : le Droit de Dieu (*Law of God*), celui de la raison (*Law of Reason*) et le droit du pays (*Law of the Land*)<sup>35</sup>.

En outre, pour le Lord Ellesmere, le caractère supérieur et « extraordinaire » – au sens littéral – de l'*Equity* se répercute techniquement de deux manières. La première est que ce qui vaut pour la *common law* ne vaut pas pour l'*Equity*. Pour contrer l'argument déjà exposé de l'existence de la loi sur les Choses Jugées (*Res Judicata*) de 1403, le chancelier explique dans son argumentation au sein du *Earl of Oxford's case* que

cette loi n'a jamais eu l'intention de restreindre le pouvoir de la Chancellerie en matière d'*Equity*, son but était de limiter les pouvoirs du Chancelier et des juges de *common law*, uniquement pour les questions relevant du droit dans des procédures juridiques et non au sein des procédures en *Equity*<sup>36</sup>[.]

<sup>32</sup> *The Earl of Oxford's Case*, 1 Chan. Rep., 11 : « *it has never been the Endeavour of all Parliaments to meet with the corrupt Consciences of Men as much as it might be and to supply the defects of the Law therein* » (p. 487). La seule limite de l'*Equity* : the king's prerogative.

<sup>33</sup> ELLESMERE, « A Breviate or Direccion for the Kinges Learned Councell » [sept. 1615], in L. A. KNAFLA, *Law and Politics in Jacobean England. The Tracts of Lord Chancellor Ellesmere*, Cambridge, Cambridge University Press, 1977, p. 320 : « *For the understanding of this statute, the ordinary judiciaill proceedinge by the Chancery according to conscience and equitie, is not any disturbance or delay of common right. But is the doeing of Right and Iustice in Cases which the Common Law cannot help : For common right standeth not only in the strict right and extremity of law [...], but rather is doeing right according to conscience.* »

<sup>34</sup> *Prohibition del Roy*, Co. Rep. XII.

<sup>35</sup> *The Earl of Oxford's Case*, 1 Chan. Rep. 8 : « *A Serjeant is sworn to give Counsel according to Law, that is according to Law of God, the Law of Reason, and the Law of the Land* ».

<sup>36</sup> *The Earl of Oxford's Case*, 1 Chan. Rep., 15 : « *And the statute of 4 hen. 4 cap. 23 [le statute *res judicata*] was never made nor intended to restrain the Power of Chancery in Matters of Equity, but to restrain the Power of the Chancellor and the Judges of the Common law, only in matters of merely determinable by Law in Legal Proceedings and not in equitable* ».



La deuxième est que, de toute manière, les juges interprètent déjà les lois (*statutes*) en *Equity*. Edward Coke, selon le Lord Ellesmere, l'a affirmé lui-même dans le *Bonham's case* de 1610 :

Il semble que dans les *Reports* de Coke sur le *Dr Bonham's case*, les (lois) *statutes* ne soient pas si sacrées qu'elles ne puissent être examinées sous l'angle de l'*Equity*. Car, dit-il, dans de nombreux cas, la « *common law* a la prérogative, de contrôler les lois du Parlement et de les tenir pour nuls, s'ils sont contre le Juste commun, la raison, qu'ils y sont réticents, ou impossibles à appliquer ». Or, les livres de droit disent que seul le Parlement peut renverser une loi du Parlement<sup>37</sup>.

Selon Ellesmere, les juges eux-mêmes interprètent donc les *statutes* en *Equity*. Ici le chancelier retourne clairement ce passage des *Reports* contre Coke : dans ce *Bonham's case*, le *common lawyer* cherchait en effet à affirmer la supériorité de la *common law* et son autonomie, et non celle, bien évidemment, de l'*Equity*.

Coke a répondu à ces arguments à plusieurs reprises, mais les éléments principaux de la riposte se trouvent dans la retranscription du case *The King and Doctor Gouge*<sup>38</sup> qui correspond à la décision du *King's Bench* sur l'*Habeas Corpus* introduite par le Master Gouge et par Smith. Coke explique en effet :

Nous avons donné notre jugement, et un *writ of error* a été délivré, [qui a débouché] sur une injonction de rester (en faveur de Smith), cela est juste. S'ils ne produisent pas un autre *bill* entre cette solution et vendredi prochain, alors je devrais faire selon ma conscience, et dans ce laps de temps, nous le lui conférerons tous, et après nous ferons tous selon nos consciences. Si quelqu'un me prend ma terre, et construit une maison sur cette terre, j'aurai un jugement pour cela et ce n'est pas devant la chancellerie qu'il y est remédié, pas plus que lui [Gouge] ne doit aller chercher la solution devant la Chancellerie [puisque] nous avons une règle de droit pour cela<sup>39</sup>[.]

En jouant sur le terme de « conscience », Coke refuse en réalité à l'*Equity* le statut de corps de droit en réduisant l'*Equity* à son fondement d'origine qui était la « Conscience », c'est-à-dire à ce qu'il considère comme étant l'expression d'un arbitraire (d'où l'ironie). Or, l'*Equity* n'est pas censée être l'expression d'un arbitraire, du moins dans sa théorisation la plus aboutie, c'est-à-dire telle qu'elle ressort du *Doctor and Student* de Christopher St German. En outre, comme l'explique J.H. Baker<sup>40</sup> dans son *introduction to English Legal History*, entre le XV<sup>e</sup> et le XVII<sup>e</sup> siècle, le passage de la « conscience » à l'*Equity* s'est opéré. À l'origine, la conscience désignait la justice du chancelier qui consistait, non à appliquer des règles générales de droit à des faits préétablis par un jury, mais à tirer des règles de droit des circonstances de l'espèce, à « chercher » dans ces faits (Baker), à tirer le

<sup>37</sup> *The Earl of Oxford's Case*, 1 Chan. Rep., 12 : « *It seems by the Lord Coke's Report in Dr Bonham's case that statutes are not so sacred as that the Equity of them may not be examined. For he saith, that many Cases the Common law hath such Praeogative, as that it can controul Acts of Parliament, and adjudge them void, as if they are against Common Right, or Reason, or Repugnant, or impossible to be performed* ».

<sup>38</sup> *The King and Doctor Gouge* 3 Bulstrode, 115.

<sup>39</sup> *The King and Doctor Gouge* 3 Bulstrode, 116 : « *Coke. We have given our judgment, and a writ of error is brought, therefore execution to stay, and this is just. If they do not shew another bill between this and Friday next, then in this case I shall do my conscience, and in the interim we will confer together upon it, and afterwards we will herein do our consciences. If one doth disseise me of land, and builds a house upon this land, I shall have a judgment for this, and he is not to go into the Chancery to be relieved for this; no more shall he so do in this case, for in such cases the rule of law is this, (s) caveat emptor* ».

<sup>40</sup> J. H. BAKER, *An Introduction to Legal English History*, op. cit., p. 105-106.

bien fondé des faits, sans se référer au droit positif. Au XVI<sup>e</sup> siècle et avec la rupture avec Rome, cette justice se structure et devient l'*Equity* (celle d'Aristote : celle qui a pour objectif de corriger la trop grande dureté de la loi ou les solutions injustes obtenues en raison de l'application trop rigide de la *common law*). J.H. Baker précise que cela supposait d'avoir un pouvoir sur l'établissement des faits, ce que les juges de *common law* n'avaient pas. C'est la raison pour laquelle l'*Equity* était administrée par les cours ecclésiastiques et non par les cours de *common law*. En réalité, selon J.H. Baker, la *Cour of Chancery* cesse d'être une cour extraordinaire à la fin du XVI<sup>e</sup> siècle et est devenue dans les faits une cour produisant un corps de droit cohérent, avec des recours stables et identifiés<sup>41</sup>. Ce que Coke refuse dans la décision *the King and Doctor Gouge*, c'est tout simplement de reconnaître que l'*Equity* est un corps de droit, au même titre que la *common law*. Et la raison pour laquelle il le refuse tient en grande partie à cette « conscience » qui autorisait les cours administrant l'*Equity* de fonder leur décision tant sur le droit naturel que sur le droit canonique et la théologie, ce qui leur valait d'être considérées comme ayant des prérogatives tout à fait exclusives et particulières. Dans notre affaire, Lord Ellesmere applique ainsi par exemple le Deutéronome :

Selon le droit de Dieu, celui qui construit une maison doit l'habiter ; et celui qui plante une vigne doit en recueillir les fruits ; construire des maisons pour ne pas y vivre, et planter des vignes pour ne pas en recueillir les fruits est une malédiction prononcée à l'encre du Méchant<sup>42</sup>.

Reste la question qui avait déjà été posée devant les juridictions au siècle précédent, c'est-à-dire celle de savoir si la possibilité de porter une affaire déjà jugée par les Cours de *common law* devant une cour d'*Equity* était conforme au *statute law*. La loi de 1403 a déjà été évoquée. Il faut y ajouter la question du *statute de Praemunire* (1353) qui disposait que toute personne qui portait une affaire ayant été jugée par les Cours du Roi devant une cour extérieure à celles du Royaume devait répondre personnellement de son outrage devant le roi<sup>43</sup>. Sur ce point, la réponse de la *common law* fut donnée par J. Dodderidge dans *the King and doctor Gouge* :

Selon les lois *de Praemunire* et sur les *Res Judicata*, cela entrainerait la ruine de la *common law*, si les jugements rendus ici devaient être remis en question dans les Cours d'*Equity*<sup>44</sup>.

En outre, cette question n'était pas inédite puisque deux « précédents » existaient, l'un datant de 1465 (*Cobb v. Nore*), l'autre de 1597 (*Throckmorton v. Finch*)<sup>45</sup>. Le

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 108.

<sup>42</sup> *The Earl of Oxford's case*, 1 Chan. Rep. 4 : « By the Law of God, He that builds a house ought to dwell in it ; and he that plants a Vineyard ought to gather the Grapes thereof ; and it was a Curse upon the Wicked, that they should build Houses and dwell in them, and plant Vineyards and not gather the Grapes thereof. Deut. 28 v. 30 ».

<sup>43</sup> *The Statute of Praemunire* 27 Edw. 3 c1 : « [I]t is assented and accorded by our great Lord the King [...] that all the people of the King's allegiance [...] who shall draw any out of the Realm in any plea whose cognisance pertains to the King's Court or concerning things on which judgments have been given in the King's Court[...] to appear before the King [...] to answer in their proper persons to the King for the contempt done in this behalf ».

<sup>44</sup> *The King and Doctor Gouge*, 3 Bulstrode, 115 : « Coke Chief Justice, & Dodderidge Justice. Consider the statutes of 27 E. 3. cap. 1. & 4 H. 4. cap. 13. It would tend to the downfall of the common law, if judgments here given, should be suffered to be called in question in Courts of Equity ».

<sup>45</sup> Sur cette question et l'ensemble de l'affaire, voir également J. H. BAKER, *The Reinvention of Magna Carta 1215-1616*, op. cit., p. 414-418.

Chancelier Ellesmere savait très bien que la coexistence *common law/Equity* entrainerait la disparition de la *common law*, puisque l'*Equity* était plus clémente et d'une certaine manière plus « moderne » que la *common law*. C'est l'ensemble des juristes de *common law* de l'époque qui étaient hostiles à l'*Equity*. Plus généralement, l'opposition des deux camps peut être illustrée de manière synthétique par la confrontation des deux points de vue suivants : Anthony Ben (*Recorder of London* en 1617-1618) a déclaré à propos de l'*Equity* : « La justice est l'âme du droit et l'*Equity* est la vie de la Justice »<sup>46</sup>, alors que Coke affirmait, dans une autre affaire :

La cour ecclésiastique est comme une source d'eau douce qui rafraîchit la terre, mais si la source ne se tient pas entre ses deux rives, elle déborde sur les pays bas (*lower lands*). La politique de cet État a toujours été que la *common law* devait être le « malotru » (« *bounder* ») devant la remettre dans le droit chemin quand elle déborde<sup>47</sup>.

Si l'on souhaite schématiser les exemples d'opposition terme à terme exposées ici, il est possible de le faire dans le tableau ci-dessous :

	<b>Lord Ellesmere (Thomas Egerton)</b>	<b>Edward Coke</b>
<i>Conscience</i>	Corps de droit = <i>Equity</i> , forgé à partir du droit canonique et de la théologie	Arbitraire
« Juste commun »	Accomplissement du droit selon la « conscience »	La <i>Common law</i>
La plus haute fonction du droit/justice	Morale : redresser les consciences, s'adresse aux consciences	Découvrir/appliquer la <i>common law</i>
Unicité de l'origine du droit	Non : plusieurs sources, coexistence <i>Equity/common law</i> avec supériorité <i>Equity</i>	Oui : fondée sur la supériorité de la <i>common law</i> , y compris procédurale ( <i>Habeas corpus</i> )

La controverse s'est ensuite aggravée, Ellesmere et Bacon ont décidé de faire payer à Coke son attitude, même si ce dernier avait fait profil bas après notre affaire. Francis Bacon et Lord Ellesmere ont demandé à Jacques I<sup>er</sup> de trancher les affaires pendantes et de révoquer Coke de ses fonctions. Ce fut chose faite en

<sup>46</sup> Cité par J. H. BAKER, « The Common Lawyers and the Chancery : 1616 », *op. cit.*, p. 383.

<sup>47</sup> « *The Ecclesiastical court is like a fountain of sweet water to refresh all the earth, but if the fountain does not contain itself within its banks it will flood the lower lands. The policy of this state has always been that the common law should be the bounder, to reduce it within its channel when it runs over* » (Coke cité par J. H. BAKER, *The Reinvention of Magna Carta 1216-1616*, *op. cit.*, p. 363.



juillet 1616. Ellesmere fut remplacé dans ses fonctions par Bacon, Coke (*Chief Justice*) par Montaigu. Dans son décret, Jacques I<sup>er</sup> précise que Dieu a placé le monarque au-dessus du peuple et qu'il a laissé au Roi « le soin et le devoir princiers de juger “par-dessus” tous les juges » et de trancher les questions de compétences entre les juridictions<sup>48</sup>.

### III. L’AFFIRMATION PAR COKE D’UNE PHILOSOPHIE DU DROIT

Coke, et de manière particulièrement aiguë dans cette affaire opposant le comte d'Oxford au recteur du *Magdalen College*, se trouve face à un corps de droit ayant un fondement et un ancrage philosophiques très profonds. L'*Equity* est en effet assise sur une philosophie du droit très largement inspirée de théologie et de droit canonique s'adressant à la conscience individuelle, la justice devant corriger les consciences corrompues. L'*Equity* est structurée et s'enseigne dans les universités et les *Inns of Chancery*. Elle a donc tout d'une concurrente sérieuse à la *common law*. La philosophie de l'*Equity* renvoie aux formes de droit naturel religieux que l'on trouve chez Christopher St German évoquant la syndérèse, les Stoïciens, Cicéron, etc. St German écrit par exemple dans son *Doctor and Student* (1532) :

[L]a loi de la raison n'est rien d'autre que la participation ou la connaissance de la loi éternelle dans une créature rationnelle, révélée à elle par la lumière naturelle de la raison, par laquelle elle a une inclination naturelle à agir comme il faut et pour une fin « due ». [...] Et comme c'est écrit dans leur cœur (celui des sujets), on ne peut pas leur enlever, cela ne peut jamais changer ni selon le lieu, ni selon l'époque[.] [L]es droits naturels sont immuables, la raison de cette immuabilité est que ces droits prennent leur fondement dans la nature d'une chose qui est partout et tout le temps la même[.] Donc, la prescription dans les *statutes* et la coutume ne peut pas prévaloir sur eux et si jamais on les oppose à eux, ce sont des choses nulles et contre la justice<sup>49</sup>.

Selon J.H. Langbein, Christopher Saint German a tenté de théoriser l'*Equity*, mais, déjà à son époque, cela ne correspondait pas à la réalité de la pratique. Il a cherché à théoriser l'*Equity*, non à la décrire<sup>50</sup>. Tout se passe comme si le baron Ellesmere, en 1615, cherchait à faire prévaloir la supériorité philosophique de l'*Equity* sur la *common law* et non sa pratique, précisément. Pour répondre à cela, Coke travaille nettement à la formation d'une philosophie du droit « nationale », une philosophie de la *common law*, sans pour autant qu'il ne le revendique comme étant une philosophie. Coke répond donc à la philosophie de l'*Equity*, par la philosophie de la *common law*. Pour ce faire, le *common lawyer* n'avait pas une infinité de fondements possibles. Il s'est efforcé de fonder une *common law* autonome du pouvoir monarchique et commune aux sujets : *Coke a fait ressortir les aspects philosophiques d'un droit plutôt qu'ancrer ce corps de droit à une philosophie préexistante*.

Il est par exemple assez certain que si Coke redéfinit la *common law* comme étant la « *law of the land* » « le droit du pays<sup>51</sup> », le *due process of law*, « l'héritage

<sup>48</sup> 18 Jul. 1616, 21 ER 65 (1616).

<sup>49</sup> C. ST GERMAN, *Doctor and Student*, ed. Selden Society, T.F.T. Plucknett, J.L. Barton, London Society, London, 1974, p. 13-15.

<sup>50</sup> J. H. LANGBEIN, *History of the Common Law*, op. cit., p. 318.

<sup>51</sup> Souligné par H. J. BERMAN, *Droit et Révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, op. cit, p. 399 : « Plus que tout autre, il [Coke] a contribué à la

de tous les sujets », c'est pour aller contre cette idée de « sources » de droit avancée par Ellesmere. On peut lire en ce sens le passage suivant des débats de 1627 dans lequel Coke explique :

La question est : qu'est-ce que la *lex terrae*<sup>52</sup> ? À ce propos, les opinions divergent. Si jamais [il y a] une loi, la *lex terrae* (*law of the land*) est la *common law*<sup>53</sup>.

Il est également possible de citer cette assertion très connue de Coke : « La Grande Charte est une compagne qui ne connaîtra pas de souverain<sup>54</sup> ». Pour Coke, le droit est autonome, il n'a pas de source, car nous en avons oublié les origines qui sont hors de portée de la mémoire (*time out of mind*). Refuser de reconnaître une possibilité de recours des décisions de *common law* devant une Cour d'*Equity* revient à croire en une profonde unité de la *common law*, en son « indivisibilité ». Elle connaît différentes formes d'expression, mais ce ne sont pas des sources.

Pour affirmer l'autonomie d'un droit, il faut également affirmer l'autonomie de la raison du droit. L'autonomie du droit est fondamentalement liée à l'autonomie de cette raison comme le montre l'échange ici bien connu entre Coke et Jacques I<sup>er</sup> :

Alors le roi dit qu'il pensait que le droit était fondé sur la raison, et que lui et les autres avaient une raison, tout comme les juges : [...] j'ai répondu que certes, Dieu avait doté sa Majesté d'une science excellente et de grands dons naturels mais que sa Majesté n'avait pas connaissance des Lois de ce royaume d'Angleterre, et des causes affectant la vie, l'héritage, les biens ou les fortunes de ses sujets<sup>55</sup>.

Cette raison propre aux juristes qui s'oppose à la raison naturelle est bien sûr ce que l'on appelle aujourd'hui, dans le sillage de Hobbes, la « raison artificielle ». Il ressort d'écrits d'autres juristes contemporains de Coke comme J. Dodderidge que cette raison artificielle peut être lue comme une mise en œuvre de l'humanisme juridique et de la philosophie morale qui lui est liée. J. Dodderidge a par exemple écrit :

Le droit est un discours de raison qui nécessite d'identifier, de comprendre et d'appliquer de nombreuses maximes et principes, le droit doit en conséquence

---

conception tendant à identifier le « droit anglais » – « le droit du pays » (*the law of the land*) – à la *common law* anglaise, comme si le droit anglais était et avait toujours été principalement cette *common law*, sans y inclure de façon égale [...] « le droit de la Chancellerie, le droit ecclésiastique, le droit de l'Amirauté [...] ».

<sup>52</sup> La « *lex terrae* » est une expression, un motif récurrent de la *common law*, issue de la version latine de la clause 39 de la Grande Charte de 1215 : « *No free man is to be arrested, or imprisoned, or disseised, or outlawed, or exiled, or in any other way ruined, nor will we go against him or send against him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land* ».

<sup>53</sup> State Trials, *Proceedings & Debates Relating to the Liberty of the Subject*, vol. 3 (London, 1809), n° 59, p. 153 (1627-28) : « *The question is what is lex terrae? Therein some differ. If I have any law, lex terrae is the common law* ».

<sup>54</sup> E. COKE, *Commons Debates 1628*, in S. SHAPPARD (dir.), *Selected Writings of Sir Edward Coke*, op. cit., p. 1285 : « *Magna Carta is such a fellow that he will have no sovereign* ».

<sup>55</sup> *Prohibition del Roy*, Co. Rep. XII, [notes de Coke], p. 479 [1607] : « *Then the king said, that he thought that the law was founded upon reason, and that he and others had reason, as well as the Judges : To which it was answered by me that true that God had endowed his Majesty with excellent Science and great endowments in nature, but that his Majesty was not learned in the Lawes of his Realm of England, and causes which concerns the life, inheritance, goods or fortunes of his Subjects* ».

s'étendre aux arts et sciences libéraux, en particulier la philosophie morale qui donne son fondement et sa logique, qui est l'art du raisonnement<sup>56</sup>.

Selon M.D. Walters, un auteur comme Dodderidge a pour ambition d'utiliser le ramisme pour mettre en œuvre le projet de la *common law*, méthode à laquelle s'est très fortement opposé Francis Bacon par exemple<sup>57</sup>. Or, bien qu'il ne s'y réfère jamais, il est certain que Coke est attaché à une définition médiévale de la vérité, c'est-à-dire une vérité entendue comme « conformité à une norme<sup>58</sup> ».

Enfin, la conception cokéenne du droit ou, plus largement, la « philosophie de la *common law* » repose sur une philosophie de l'histoire, sur ce que H.J. Berman appelle « l'école historique de la théorie du droit<sup>59</sup> », ou du moins une certaine conception du temps (coutume). Le fait que le droit soit ici conçu comme un lien juridique au passé ou l'idée selon laquelle le passé est normatif a été magistralement démontré et illustré par J.G.A. Pocock<sup>60</sup>. H.J. Berman affirme quant à lui :

[Coke] établit dans le contexte anglais le premier principe de l'école historique de la pensée juridique, qui fut plus amplement développé par ses successeurs en Angleterre [...] et qui finit par constituer une théorie générale du droit [...]. Ce premier principe consistait à considérer le droit d'une nation avant tout comme le produit de l'histoire de cette nation : non seulement d'après l'évidence sociologique selon laquelle les institutions prévalant à un moment donné découlent des institutions préexistantes, mais également dans le sens philosophique que l'histoire du droit d'une nation a et doit avoir une signification normative pour son développement présent et futur<sup>61</sup>.

En luttant contre le chancelier Ellesmere, Coke a donné à la *common law* son autonomie, mais, pour ce faire, il a eu très souvent besoin d'emprunter le langage de ses ennemis et sa dimension morale et religieuse. C'est Coke qui est le principal bâtisseur de ce pont entre *common law* et philosophie, et il a sans doute réinvesti une partie de l'héritage humaniste propre aux *common lawyers*. Avant la confrontation de la science et de la vieille *common law*, il y a ce moment de conflit interne à la justice entre droit naturel (Ellesmere) et droit positif (Coke) dont il

<sup>56</sup> J. DODDERIDGE, *The English Lawyer*, p. 37, 38, 62, cité par M. WALTERS, « Legal Humanism and law as integrity », *Cambridge Law Journal*, Jul. 2008, p. 352-375, p. 362 : « Law is a “discourse of reason” that involves identifying, understanding and applying “many fundamental Maxims and Principalls”, and so law must “of necessity stretch out her hand” to the liberal arts and sciences especially “Morall Philosophy” which provides its “foundation” and “Logicke”, which is “the Art of reasoning” ».

<sup>57</sup> M. WALTERS, « Legal Humanism and law as integrity », *Cambridge Law Journal*, Jul. 2008, p. 360-361, 364. Pierre de la Ramée était un humaniste français ayant élaboré une méthode déductive qui avait vocation à rompre avec la logique scholastique. Sa “méthode” de raisonnement, fondée sur la rhétorique, a fourni aux juristes une grille logique préfixe pour élaborer leur raisonnement. Le ramisme a eu un certain succès chez les juristes anglais de la Renaissance.

<sup>58</sup> J. M. COUNET, « Vérité », in Cl. GAUVARD *et al.* (dir.), *Dictionnaire du Moyen Age*, Paris, PUF, 2004, p. 1439-1440, p. 1439.

<sup>59</sup> H. J. BERMAN, *Droit et Révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, *op. cit.*, p. 404.

<sup>60</sup> J. G. A. POCKOCK, *The Ancient Constitution and the Feudal Law, a Study of English Historical Thought in the 17th century [1957] a Reissue with a Retrospect*, Cambridge, Cambridge University Press, 1987.

<sup>61</sup> Nos italiques. H. J. BERMAN, *Droit et Révolution II. L'impact des réformes protestantes sur la tradition juridique occidentale*, *op. cit.*, p. 404.

ressort une philosophie du droit « du droit positif » ou comme l'écrit Berman, « une théorie du droit anglais ayant d'importantes implications philosophiques »<sup>62</sup>. La théorie générale du droit doit donc beaucoup à Coke et surtout à sa pugnacité : M. Lobban<sup>63</sup> explique en effet que, dans la quatrième partie de ses *Institutes*, de plus de vingt ans postérieure à cet épisode de 1616 puisqu'elle a été publiée en 1644, Coke écrivait que, certes, la *Chancery* existait depuis Alfred (c'est-à-dire depuis le IX<sup>e</sup> siècle), mais que sa compétence en matière d'*Equity* s'était développée bien après<sup>64</sup>. Coke refusait ainsi encore une ultime fois la supériorité de l'*Equity* sur la *common law*.

### Céline Roynier

Professeure de droit public à CY Cergy Paris université, CPJP (EA 2530), Institut Universitaire de France (membre junior).

---

<sup>62</sup> *Ibid.*, p. 400 et s.

<sup>63</sup> M. LOBBAN, *A History of the Philosophy of Law in the Common Law World, 1600-1900*, *op. cit.*, p. 55.

<sup>64</sup> E. COKE, *The Fourth Part of the Laws of England concerning the jurisdiction of the Courts*, London, E. Brooke, 1747, p. 82 : « *Albeit our ancient authors, the Mirror, Glanvill, Bracton, Britton and Fleta doe treat of the former court in chancery [...], yet none them do once mention this court of equity* » (« Quoique nos anciens auteurs, le *Mirror*, *Glanvill*, *Bracton*, *Britton* et *Fleta* traitent bien de l'ancienne cour de la Chancellerie [...], aucun d'entre eux ne mentionne cette cour d'*Equity* » (notre traduction)).

#### COLOPHON

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

ISSN : 2606-4596

# DROIT & PHILOSOPHIE

---

*Droit & Philosophie* est la revue française consacrée à l'étude critique des liens entre droit, philosophie, théorie et culture juridiques. Elle se situe à leur intersection et se veut également un lieu de rencontre des doctrines françaises et étrangères dans ces matières. Cette ligne éditoriale ainsi que la qualité de ses publications sont garanties par un comité de lecture et une procédure d'évaluation systématique en double aveugle.

La revue *Droit & Philosophie* publie chaque année un volume numérique puis imprimé aux éditions Dalloz, ainsi que des contenus inédits tout au long de l'année (hors-séries, articles, traductions, recensions, mémoires, etc.).